P. T. werden freundlichst ersucht, die Correctur womöglich umgehend zu erledigen und, mit Ihrem „Imprimatur" versehen, an die Buchdruckerei von Gottlieb Gistel & Comp., Wien, I., Augustinerstrasse 12, zu retourniren.

II St 212

C. 1.

ODKAZ PRAVÉ ÚDA FRANTIŠKA STORCHA, PROF. UNIV. KNIHOVNĚ MASARYKOVĚ IV.

Civil- und Criminalprocess

von

Prof. **Zucker** in Prag.

21-C-44

Im IX. Bande dieser Zeitschrift[1]) haben wir den Unterschied zwischen Civil- und Criminalunrecht einer kritischen Erörterung unterzogen; im Zusammenhange mit der erwähnten Darstellung soll nunmehr versucht werden, das Wesen des Criminalprocesses jenem des Civilprocesses gegenüber zu stellen.

Der begriffliche Unterschied zwischen beiden Verfahrungsarten scheint uns bisher eine ausreichende Beachtung nicht gefunden zu haben.

Im Allgemeinen begnügen sich die Lehr- und Handbücher mit einer Definition, welche die Stellung des Criminalprocesses zum Civilprocesse nicht zu präcisiren vermag und verweisen auf eine Verschiedenheit des Stoffes, die einen Unterschied in der Structur des Verfahrens zur Folge haben soll, ohne aber diese Annahme des Näheren auszuführen.

So erklärt u. A. Planck[2]): „Durch das Verbrechen erwächst dem Staate das Recht, durch die Bestrafung des Verbrechers die verletzte Rechtsordnung wieder herzustellen. Jenes Recht und die demselben entsprechende Pflicht des Verbrechers, sich der Strafe zu unterwerfen, bildet den Gegenstand des Strafverfahrens."

---

[1]) Civil- und Criminalunrecht. Ein Vortrag, gehalten in der staatswissenschaftlichen Gesellschaft zu Prag im IX. Bd. d. Zeitschr., S. 492—504.

[2]) Planck, System. Darstellung d. deutschen Strafverfahrens, S. 117 ff.

4398

Durch eine solche Begriffserklärung erhält der Strafprocess eine Construction, die John[3]) nicht mit Unrecht als eine „civilprocessrechtliche“ bezeichnet. Dem Staate wird für die Verletzung, die ihm durch das Delict zugefügt wurde, ein Recht auf Strafe zuerkannt, das durch den Strafprocess zur Verwirklichung gelangen soll, und, um die Analogie mit dem Civilrechte zu vervollständigen, wird auch von einer Pflicht des Delinquirenden gesprochen, die durch die Verübung der strafbaren That verwirkte Strafe auf sich zu nehmen. Diese Darstellung übersieht, wie später auseinandergesetzt werden wird, dass nicht die Verübung der That, sondern das nach durchgeführtem Verfahren gefällte Strafurtheil die Quelle des Strafrechtes und der Strafpflicht bildet und dass der Delinquirende vor der Durchführung des Verfahrens keinerlei „Strafe auf sich zu nehmen“ hat.

Zachariae[4]) hält den Strafprocess für diejenige Art des gerichtlichen Verfahrens, „welche die rechtliche Geltendmachung des Strafrechtes des Staates zum Gegenstande hat“, die von dem Civilprocesse abweichende Gestaltung desselben dränge sich bei der richtigen Erkenntniss der Natur des Verbrechens und der Strafe als unabweisbare Forderung von selbst auf.

Im Interesse des Gemeinwesens müsse das Verbrechen gestraft werden, es darf aber andererseits die Strafe nur den wirklich Schuldigen treffen; der Gegensatz zwischen Civil- und Strafprocess sei also zunächst und zumeist nur darin vorhanden, dass im ersteren formelle, im letzteren materielle Wahrheit erbracht zu werden habe.

Das, was wir über Planck's Darstellung gesagt haben, hat im Allgemeinen auch hier zu gelten; nur wäre hinzuzufügen, dass auch dem Civilprocesse das Streben nach materieller Wahrheit zu Grunde liegt. Dieses Princip gelangt in neueren Verfahrungsarten (so z. B. im Bagetellverfahren) zum entschiedenen Ausdrucke, es liegt aber auch bereits dem gewöhnlichen Civilprocesse zu Grunde, nur dass es hier von dem Dispositionsrechte der Parteien zum Theile verdeckt wird,

[3]) John, Die deutsche Strafprocessordnung, II, S. 118.

[4]) Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprocesses, I, §. 1.

welches die Entstehung von Rechten und Pflichten auch innerhalb des Verfahrens von dem Willen der Betheiligten abhängig macht.

Dass aber, selbst hievon abgesehen, der Unterschied zwischen Criminal- und Civilprocess sich nicht im Gegensatze der materiellen zur formellen Wahrheitserforschung erschöpfe, bedarf wohl erst keiner umständlicheren Darlegung.

Ullmann[5]) erklärt den Strafprocess für „den Inbegriff von Handlungen, durch welche nach bestimmten Rechtsregeln der staatliche Anspruch auf Strafe im einzelnen Falle geltend gemacht wird“ und fügt hinzu: „Vom Civilprocesse unterscheidet sich der Strafprocess zunächst durch den Gegenstand. Dieser Unterschied werde im Principe durch den Gegensatz von Civil- und Criminalunrecht bestimmt, welcher in allen Einzelnheiten der Gestaltung der beiden Processsarten massgebend sei.“

Worin aber eben der behauptete Gegensatz zwischen Civil- und Criminalunrecht bestehe und wie derselbe in der Gestaltung des Civil- und Criminalprocesses zum Ausdrucke gelange, darüber gibt uns Ullmann keine Auskunft.

In ähnlicher Weise erklärt Geyer[6]): „Der eigentlichen Bedeutung nach ist der Strafprocess im subjectiven Sinne der Inbegriff von Handlungen, durch welche der Staat sein Strafrecht in jedem vorkommenden Falle geltend macht“ und begnügt sich weiters mit der allgemeinen Bemerkung: „Die von der Civilsache verschiedene Natur der Strafsache sei der Grund zu einer wesentlich verschiedenen Gestaltung des Strafprocesses.“

Glaser[7]) geht über die von uns erwähnte Frage mit wenigen Bemerkungen hinweg. Wohl unterscheidet sich seine Definition „der Strafprocess ist der rechtlich geordnete Vorgang bei der Verwirklichung des Strafrechtes in einzelnen Fällen“ bereits in bemerkenswerther Weise von den oben citirten Begriffsbestimmungen des Strafprocesses, aber in der Sache selbst findet Glaser die Eigenart des Strafprocesses

[5]) Ullmann, Das österr. Strafprocessrecht, S. 1, 7 u. ff.

[6]) Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprocessrechtes, S. 1, 9.

[7]) Glaser, Handbuch des Strafprocesses, S. 11, 276 u. ff.

nur in „einzelnen“ Abweichungen, die aus der Natur der Strafe und dem subjectiven Strafrechte des Staates — dem *jus puniendi* hervorgehen sollen.

Auch Binding und Kohler sprechen noch von einem durch den Strafprocess zu verwirklichenden „Strafanspruche“ des Staates, verweisen aber bereits auf ein charakteristisches Moment des Strafrechtes, welches für die Feststellung des Unterschiedes zwischen Civil- und Criminalprocess von grösserem Belange ist.

So erklärt insbesondere Binding[8]), dass kein Strafrecht realisirt werden dürfe, ehe es nicht durch Urtheil in seinem Dasein und seinem Inhalte festgestellt worden ist und dass die Strafzufügung nur gesetzlich geregelte Urtheilsvollstreckung sein dürfe, während Kohler[9]) zwischen reactionsfähigen und nicht reactionsfähigen Ansprüchen unterscheidet und ausführt: „Die nicht reactionsfähigen Ansprüche sind dem Civilrechte eigen, das Strafrecht kennt sie nicht... ein *jus puniendi*, ein Strafanspruch ohne Reactionsrecht sei nicht denkbar... im Civilrechte gibt es eine Leistung ohne gerichtliche Reaction, ja die meisten Leistungen erfolgen ohne die Intervention des Staates. Im Strafrechte aber ist eine Ausübung des *jus puniendi* gar nicht ohne staatlichen Act möglich.“

Dass das concrete Strafrecht nur im und durch den Process zur Wirksamkeit gelangt und ausserhalb desselben nicht ausgeübt zu werden vermag; dies verleiht allerdings dem Strafverfahren einen specifischen Charakter, der den Versuch, es in der oben angedeuteten Art und Weise dem Civilverfahren an die Seite zu stellen, als einen vergeblichen erkennen lassen sollte; indess die genannten Schriftsteller unterlassen es, die von ihnen hervorgehobene Erscheinung des Näheren zu beachten und sich des Grundes derselben klar zu werden.

Insbesondere debutirt Kohler mit einer Erklärung der von ihm festgestellten Eigenthümlichkeit des Strafrechtes, mit welcher wir uns schwer zufrieden geben können. Er meint: „Die Strafe ist eben etwas secundäres, sie hat die Bedeutung, für die Verletzung civiler Güter und socialer Interessen eine

[8]) Binding, Handbuch des Strafrechtes. I. Bd., 192.

[9]) Kohler, Recht und Process, im XIV Bd. d. Zeitschr., S. 71.

entsprechende Sühne zu bieten; hier handelt es sich also lediglich um eine secundäre Staatsthätigkeit im Interesse primärer Lebensgüter, und eben diese secundäre Stellung des Strafrechtes bewirkte es, dass dasselbe keine Strafrechte kennt, welche der staatlichen Activität ermangelten.“

Uns ist das, was Kohler hier zum Ausdrücke gebracht wissen will, nicht recht klar geworden.

Die Stellung des Strafrechtes wird als eine „secundäre“ bezeichnet, weil dasselbe auf einen Ersatz gerichtet sein soll; aber auch der civilrechtliche Entschädigungsanspruch geht auf eine Gutmachung aus, ohne deshalb der aussergerichtlichen Leistungsmöglichkeit entzogen zu sein.

Die weitere Behauptung, dass diese „secundäre“ Stellung des Strafrechtes es bewirke, dass kein Strafrecht der staatlichen Activität ermangle, ist keine Begründung, sondern eine überdies noch ungenaue Wiederholung des aufgestellten Satzes, dass das Strafrecht nur in der staatlichen Activität sich äussere, also nicht nur reactionsfähig ist, sondern auf anderem als gerichtlichem Wege gar nicht zur Wirksamkeit gelangt.

In eingehenderer Weise beschäftigt sich Laband[10]) mit der Erörterung des Unterschiedes zwischen Civil- und Strafgerichtsbarkeit.

„Das bürgerliche Unrecht als solches — erklärt er, rufe die Repression des Staates nicht hervor, der Staat sei nicht der Wächter und Beschützer der Privatrechte um ihrer selbst willen, die staatliche Aufgabe bestehe vielmehr nur darin, den ihm unterworfenen Personen Rechtsschutz zu gewähren, d. h. den Landfrieden aufrecht zu erhalten und die Selbsthilfe auszuschliessen. Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes dagegen sei die Bedeutung der Gerichtsbarkeit eine andere. Der Staat habe hier die selbstständige Verpflichtung gegen den Bruch der Rechtsordnung mittelst seiner Strafgewalt zu reagiren; er stellt hier nicht seine Macht einem Individuum zur Verfügung, sondern er übt diese Macht im eigenen Interesse zur Aufrechthaltung und Wiederherstellung seiner eigenen Rechtsordnung aus.

[10]) Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. III. Bd., 2. Abtheilung, §. 97.

Damit dieselbe aber in jedem einzelnen Falle ohne Willkür und Parteilichkeit sich vollziehe, ist ihre Ausübung an einen gesetzlich bestimmten Weg gewiesen.

Der hier erwähnten Auffassung vom Gegensatze des Civil- zum Criminalunrechte wäre in einzelnen Punkten zuzustimmen, doch fehlt es an den sich aus diesem Gegensatze ergebenden Schlussfolgerungen betreffs des Unterschiedes zwischen dem Civil- und Criminalprocesse.

Auch fasst wohl Laband, soweit es die Civilgerichtsbarkeit betrifft, die Stellung des Staates zum objectiven Rechte, nicht mit der genügenden Schärfe auf.

Der Staat bezweckt bei der Repression des Civilunrechtes nicht allein die Wahrung des privaten Rechtes der ihm unterworfenen Person, sondern auch jene des eigenen Interesses an der Aufrechthaltung des von ihm selbst normirten objectiven Rechtes. Indem er letzteres feststellt, nimmt er zugleich die Verpflichtung auf sich, dasselbe zu erhalten und zu festigen, und darum gewährt er dem „rechtmässig" Klagenden die Hilfe und verweigert sie dort, wo er die Behauptung der geschehenen Verletzung der objectiven Rechtsnorm nicht für begründet erkennt.

Er hat also, indem er den Streit entscheidet, der unter Berufung auf die von ihm selbst gesetzte Rechtsordnung eingeleitet und durchgeführt wird, offenbar eine mehrere Aufgabe als jene, die ihm Laband zumisst, „den Landfrieden aufrecht zu erhalten und die Selbsthilfe auszuschliessen".

Wenn schliesslich Laband erklärt: „So wie das Urtheil im Civilprocess das Recht *in concreto* feststellt und sanctionirt, so wird dem Staate und dem Angeklagten durch das strafprocessualische Urtheil das Strafrecht *in concreto* gefunden", so vermögen wir eben darin, dass im Civilprocess von einem vorhandenen (wirklichen oder behaupteten) subjectiven Rechte ausgegangen wird, während im Criminalprocesse das Strafrecht erst gefunden werden soll, eher ein unterscheidendes als ein gemeinsames Moment des Civil- und Criminalprocesses zu erkennen.

An Laband's Darstellung anknüpfend, bekämpft John[11]), wie wir bereits oben hervorgehoben haben, die civilprocessua-

[11]) John, Strafprocessordng. f. d. deutsche Reich, II. Bd., 1. Thl., S. 112.

lische Construction des Strafprocesses, insbesondere die Anschauung Kries's[12]) von der Processvoraussetzung im Criminalprocesse und findet den Unterschied zwischen Civil- und Criminalverfahren in Folgendem.

Wollte Jemand mittelst staatlichen Zwanges ein ihm zustehendes Privatrecht erlangen, so müsse er gegen eine andere Person bei einem Staatsgerichte die Klage erheben; der Begriff des Civilprocesses sei ohne zwei Parteien und Gericht gar nicht denkbar .... Ganz anders aber sei es, wenn die Staatsgewalt wegen strafbaren Unrechtes einschreitet.

Um sich dieses vorstellen zu können, brauche man in der That nichts Anderes als eine Person, welche das Organ der staatlichen Strafgewalt ist, und ein Ereigniss, welches nach den bestehenden Gesetzen das Einschreiten der Strafgewalt erforderlich zu machen scheint. Die Form des Verfahrens sei von Zweckmässigkeitsrücksichten abhängig ...

Auch wenn der Strafprocess als Anklageprocess in der höchsten Potenz organisirt wäre, so würde er dennoch um deswillen vom Civilprocess immer, und zwar in derselben Weise, verschieden bleiben, wie das Nothwendige von dem blos Zweckmässigen verschieden ist.

Dass im Civilprocess zwei Parteien vor dem Gericht verhandeln, sei das Grundprincip des Civilprocesses, dass scheinbar zwei Parteien vor dem erkennenden Strafgerichte verhandeln, sei dagegen lediglich ein Zweckmässigkeitsprincip. Schlechthin ist John zuzustimmen, wenn er sich der Anschauung, dass Vorerhebung und Voruntersuchung aus dem Gebiete des Strafprocesses zu verweisen wären, widersetzt; beide Phasen bilden einen integrirenden Theil des Strafverfahrens und haben eine ebenso wichtige Aufgabe in demselben zu erfüllen, als öffentliche Klage und Hauptverhandlung, auf welche einige Processualisten den eigentlichen Strafprocess beschränkt wissen wollen.

Aber in der Sache selbst, so weit es nämlich die Feststellung des Unterschiedes zwischen Civil- und Criminalprocess betrifft, liefert John's Darstellung, wie wir sehen, nur eine geringe Ausbeute.

[12]) v. Kries, Zeitschrift für d. gesammte Strafrechtswissenschaft. Bd. 5, S. 3 u. ff.

Mit der Behauptung, dass die Parteiverhandlung das Grundprincip des Civilprocesses bilde, während diese Parteiverhandlung im Strafprocesse nur aus Zweckmässigkeitsrücksichten erfolge, ist für die Erkenntniss des Unterschiedes zwischen beiden Verfahrungsarten wenig gewonnen, da es eben nothwendig erscheint, zu zeigen, wie in den äusserlich analogen Typen der beiden Verfahrungsarten die Grundverschiedenheiten des Civil- und Criminalrechtes zum Ausdrucke gelangen.

Dieser letzteren Aufgabe suchte Heinze in zwei bemerkenswerthen Darstellungen[13]) gerecht zu werden, von deren Erörterung aus wir in geeigneter Weise zur Darlegung unserer eigenen Anschauung gelangen zu können vermeinen.

Seine Grundanschauung finden wir zunächst in folgenden Sätzen zusammengefasst. In theilweiser Uebereinstimmung mit seinen Vorgängern erklärt er[14]): Der Process sei ein Inbegriff von Handlungen, durch welche in rechtlich geregelter Weise ein bestehendes oder behauptetes subjectives Recht verwirklicht werden soll.

Der Process sei aber nur eine Art der Geltendmachung des als bestehend behaupteten Rechtsanspruches, für gewisse Gattungen von Rechtsansprüchen das einzige Mittel der Verwirklichung.

„Es könne nicht ausbleiben", meint Heinze weiter, „dass das Verfahren zu rechtlicher Durchführung eines Anspruches grundsätzlich eine andere Bedeutung hat und eine andere Eigenart annimmt, wenn dem Betheiligten in dem Processe die Befugniss zukommt, kraft freier Entschliessung das in Rede stehende Recht seiner Substanz nach preiszugeben, anzuerkennen, zu mehren und zu mindern (Dispositionsprincip); eine andere, wenn dem Betheiligten vor und im Process jede Bestimmung über Existenz und Ausdehnung des Rechtes versagt ist (Officialprincip). Dieser Unterschied bestehe zwischen den im Wege des Civilprocesses und den im Wege des Strafprocesses zu erledigenden Gegenständen."

[13]) Heinze, Zur Physiologie des Strafrechtes im Gerichtssaale. Bd. 28, S. 561. — Derselbe, Dispositions- und Officialprincip in Goltdammer's Archiv. Bd. 24, S. 265 ff.

[14]) Dispositions- und Officialprincip, S. 265 u. ff.

Prüfen wir zunächst, ob dem concreten, durch das Civilverfahren zu verwirklichenden Rechtsanspruche, das concrete Strafrecht des Staates, das „*jus puniendi*" in der hier von Heinze behaupteten Weise an die Seite gestellt zu werden vermag.

Die behauptete Analogie erscheint uns schon aus dem Grunde ausgeschlossen, weil eben das concrete „Strafrecht", wie Heinze selbst zugibt, vor dem Processe jeder Verfügung seitens des Berechtigten entrückt ist und ausserhalb des Processes überhaupt nicht zur Wirksamkeit gelangen kann.

Während weiters im Civilrechte die aussergerichtliche Befriedigung des Gläubigers die Regel bildet, und zur gerichtlichen Geltendmachung des behaupteten Anspruches für gewöhnlich erst dann geschritten werden darf, wenn diese aussergerichtliche Befriedigung nicht zu erlangen ist, entbehrt das hier dem Staate von Heinze zuerkannte *jus puniendi* dieser aussergerichtlichen Befriedigungsmöglichkeit zur Gänze.

Vor und ausserhalb des Verfahrens gibt es überhaupt kein Strafrecht des Staates und darum erwächst durch die Verübung des Delicts dem Verbrecher auch keinerlei Rechtspflicht, die gesetzlich verwirkte Strafe über sich ergehen zu lassen.

Dieser Grundunterschied zwischen dem behaupteten „*jus puniendi*" und dem „Civilrechtsanspruche" tritt in der Construction der beiden Verfahrungsarten zur vollen Evidenz hervor.

Der Civilkläger macht sein bestehendes (wirkliches oder vermeintliches) Recht geltend und verlangt, dass der Belangte wegen seines Verhaltens zu demselben zu einer gewissen Leistung genöthigt werde.

Im Strafverfahren dagegen wird nicht die Anerkennung einer Leistungspflicht gegenüber einem bereits vorhandenen Rechte, sondern die Zuerkennung dieses Rechtes selbst verlangt.

Dieses Recht wird *in concreto* nicht als existent behauptet, sondern die Thätigkeit des Gerichtes wird angerufen, um es zu construiren und dem Staate zuzuerkennen. Im Civilprocesse entscheidet der Richter nicht über das Recht sondern über die angesprochene Leistung und wenn er

das dem Leistungsanspruche zu Grunde gelegte Rechtsverhältniss prüft, so geschieht das nicht, um den Bestand dieses Rechtes festzustellen, sondern um über die Frage der angesprochenen Leistungspflicht entscheiden zu können.[15])

Anders liegt die Sache im Strafprocesse; hier geht das Petit nicht auf die Anerkennung einer verweigerten Leistungspflicht des Verfolgten, sondern auf die formelle Zuerkennung einer Strafbefugniss, zu deren Vollzug es dann keiner weiteren besonderen staatlichen Hilfe bedarf, weil mit dem Strafrechte des Staates die „Leistungspflicht" des Verurtheilten sofort zusammenfällt.

Wenn *A* den *B* wegen Zahlung einer Geldsumme belangt, so ergeht nicht der richterliche Ausspruch, dass *A* und *B* jenes bestimmte Kaufsgeschäft abgeschlossen haben, auf welches *A* seinen Anspruch zurückführt, sondern der richterliche Ausspruch beschränkt sich auf Zu- oder Aberkennung der angesprochenen Leistung. Im Strafprocesse dagegen bildet die Verübung der Strafthat den Hauptgegenstand der angerufenen richterlichen Cognition.

Mit der Erkenntniss, dass es sich im Strafprocesse nicht um die Verwirklichung des Strafrechtes nach Analogie eines civilrechtlichen Anspruches, sondern um die Construction des Strafrechtes selbst handelt, entfällt eine Anzahl von Folgerungen, die Heinze aus der Wirksamkeit des Officialprincipes ableitet, um aus ihnen die Verschiedenheit des Strafprocesses gegenüber dem Civilprocesse begründen zu können.

So behauptet Heinze[16]): „Im Strafamt des Staates liegt offenkundig die Verpflichtung des Staates, die Verbrecher, welche den Organen des Staates bekannt werden, zur Verantwortung zu ziehen. Allein das Strafrecht und die Strafpflicht des Staates sind mit nichten beschränkt auf diejenigen strafbaren Thaten und Uebelthäter, welche zufällig zu seiner Kenntniss gelangen, sondern dieselben umfassen alle Verbrechen,

[15]) Dies ist auch im civilrechtlichen Schadensersatzprocesse der Fall, in welchem nicht die Zufügung des Schadens, sondern die Verweigerung der Entschädigung den Gegenstand der Klage bildet.

[16]) Dispositions- und Officialprincip, S. 275.

welche überhaupt der Strafgewalt des Staates unterworfen sind. Der Staat ist also verpflichtet, auch für die Entdeckung der ihm zur Zeit noch unbekannten Verbrechen und Verbrecher thätig zu sein.

Uns möchte es dagegen scheinen, dass ein streng durchgeführtes Officialprincip mit den Bestimmungen des modernen Rechtes über Vorbereitung und Initiative der Strafverfolgung eher im Widerspruche als im Einklange steht. Dagegen ermöglicht es gerade das Dispositionsprincip dem Verfolger dort vorzugehen, wo auch nur eine entfernte Vermuthung für eine bestimmte Thäterschaft vorliegt.

In ähnlicher Weise verhält es sich mit den hypothetischen Charakter der Strafklage, den Heinze gleichfalls auf die Wirksamkeit des Officialprincipes zurückzuführen sucht.[17])

Wenn bereits mit der (vermeintlichen oder wirklichen) Verübung des Delictes das concrete Strafrecht des Staates existent werden würde, so müsste gerade unter der Herrschaft des Officialprincipes der Process bis zur Fällung des richterlichen Erkenntnisses durchgeführt werden. Dass das verfolgende Organ in jedem Stadium des Verfahrens die Wahrscheinlichkeit der Schuld zu prüfen hat und von der Verfolgung abstehen muss, sobald es sich vom Ungrunde der ursprünglichen Voraussetzung im Laufe der eingeleiteten Untersuchung überzeugte, alle diese von Heinze hervorgehobenen und von ihm ausschliesslich auf die Wirksamkeit des Officialprincipes zurückgeführten Erscheinungen weisen darauf hin, dass es sich im Strafprocesse, nicht wie im Civilprocesse, um Verwirklichung eines bereits vorhandenen, sondern um die Construction eines erst zu gewährenden Strafrechtes handelt.

Auch dafür, dass der Strafprocess bei vollstem Einverständniss der Parteien „seine gewissen Wege gehen müsse" findet Heinze den Grund im Officialprincipe, weil durch die Formen der Procedur reichlichere Bürgschaften für die Zuverlässigkeit des Ergebnisses gewonnen werden sollen.[18]) Aber es gibt Fälle, in denen es dieser mehreren Bürgschaften entschieden nicht bedarf, so z. B. ein ausführliches durch alle Erhebungen im Vorverfahren bestätigtes Geständniss — hier

[17]) Heinze, Dispositions- und Officialprincip, S. 279.

[18]) Heinze, a. a. O. S. 278.

ist die Beibehaltung des vollen processualen Apparates als Selbstzweck anzusehen, weil es dieser Durchführung der processualen Formen zur Entstehung des materiellen, concreten Strafrechtes bedarf.

Euphemistisch spricht Heinze von einer weder unbeschränkten „noch ausnahmslosen" Geltung des Officialprincipes in unserem heutigen Strafprocesse.[19])

Und da, wo er das Vorhandensein des materiellen Dispositionsprincipes zugeben muss, glaubt er sich darauf berufen zu können, dass dieses materielle Dispositionsprincip in den Händen des Staates ganz einen anderen Sinn habe, als in den Händen des Privatmannes, weil es von dem öffentlichen Interesse geleitet werde. Indess dieses „öffentliche" Interesse ist nicht selten fluctuirender, als das private, welches in der berechnenden und abwägenden Selbstsucht des Einzelnen eine ziemlich verlässliche Grundlage hat und neben dem sogenannten Opportunitätsprincipe des modernen Criminalprocesses, scheint uns von einer ausschliesslichen Herrschaft des Officialitätsprincipes wohl kaum mehr die Rede sein zu dürfen.

Unerklärt bleibt endlich, wenn die Verschiedenheit des Criminalprocesses vom Civilprocesse nur auf den Unterschied zwischen Official- und Dispositionsprincip zurückgeführt werden will, eine ganze Reihe von Instituten, die dem Strafverfahren eigenthümlich sind, ohne sich aus der Natur der Officialmaxime ableiten zu lassen.

Angesichts dieser Bedenken werden wir die Feststellung des Unterschiedes zwischen Civil- und Criminalprocess in anderer Weise zu versuchen haben.

Nicht auf die Verschiedenheit der mittelst des Verfahrens zu verwirklichenden concreten Rechte, sondern auf den Gegensatz von Civil- und Criminalunrecht sollte — meinen wir — zurückgegangen werden, um den Unterschied zwischen beiden Verfahrungsarten klar zu stellen.

Wir haben von der civilunrechtmässigen Handlung behauptet, dass die Gesellschaft dieselbe nicht ausdrücklich verbiete, sondern nur insoweit gegen sie reagire, als sie dem concreten Privatrechte, welches durch die Verweigerung

[19]) Heinze, a. a. O. S. 292 u. ff.

der Leistung verletzt erscheint, zur Geltung verhilft; dass dagegen die criminalunrechtmässige Handlung als directe Gefährdung der gesellschaftlichen Ordnung ausdrücklich verboten sei.[20])

Dieser Unterschied gelangt in beiden Verfahrungsarten zum Ausdrucke.

Im Civilprocesse steht dem behaupteten, der freien Disposition des Klägers unterworfenen Rechte die Leistungspflicht des Geklagten gegenüber, welcher der Letztere je nach Massgabe der erfolgten Anerkennung des erhobenen Leistungsanspruches genügen kann; hier ist der Stoff für einen wirklichen Rechtsstreit gegeben, in welchem Angriffs- und Vertheidigungsmittel gleichmässig vertheilt sind.

Anders dagegen im Strafprocesse!

Durch denselben reagirt die Staatsgewalt unmittelbar gegen eine wider ihr ausdrückliches Verbot gesetzte That und eben hierdurch erhält das Strafverfahren seine eigenthümliche Gestaltung, die den Versuch, es dem Civilverfahren an die Seite zu stellen, als einen vergeblichen erscheinen lassen muss.

Die blosse Vermuthung, dass eine Auflehnung wider den im Verbote zum Ausdrucke gelangten Staatswillen stattgefunden habe, verleiht dem Criminalprocess einen impetuosen Charakter und unterwirft den Verdächtigen einer Repressivgewalt, die vielfach unbedenklich in dessen Rechtssphäre hinübergreift, sobald der Zweck der Verfolgung durch einen solchen Eingriff eine Förderung zu erfahren vermag.

Nicht erst in der Zufügung der Strafe für die Verübung des Delictes, schon im Verfahren, das die Schuld zu ermitteln und festzustellen hat, soll die Nichtigkeit der Auflehnung des Einzelnwillens wider den Willen der Gesammtheit aufgezeigt werden und sich das Uebergewicht der Staatsgewalt manifestiren.

Die durch den Verdacht der Verübung der verbotenen That hervorgerufene Verfolgung findet im Strafverfahren ihre Regelung und von diesem Standpunkte aus hat das verurtheilende Erkenntniss nicht allein das Maass der auszuübenden

[20]) Civil- und Criminalunrecht im IX. Bd. d. Zeitschrift S. 403.

Strafbefugniss festzustellen, sondern sie selbst erst zu sanctioniren, während ein Freispruch oder die Einstellung des Verfahrens als Genugthuung für die eingeleitete Verfolgung zu gelten haben.

Nur wenn diese Anschauung festgehalten wird, lassen sich einzelne Institute des Strafprocesses, so insbesondere das Verhör, die Haus- und Personsdurchsuchung, die Beschlagnahme, die Untersuchungshaft etc. in ihrer eigentlichen Bedeutung und Wirksamkeit erklären.

Insbesondere gilt dies bezüglich des Institutes der Untersuchungshaft, bezüglich welcher wir einfach Jenes wiederholen können, was von uns bei der dogmatischen Untersuchung dieses Processmittels gesagt wurde.[21])

Die Behauptung Binding's[22]) dass Ausübung der Rache der Zweck der ersten Bestrafung gewesen sei, findet hier ihre Bestätigung und insbesondere ist es das Verfahren bei Ergreifung auf frischer That, welches uns als die typische Grundform des Strafverfahrens im Allgemeinen gelten darf.

Den Weg, welchen die historische Entwicklung des Criminalprocesses von diesem Verfahren aus genommen hat, bezeichnet das Streben, den aggressiven Charakter der Verfolgung zu mildern und den Criminalprocess in die Bahnen eines geregelten Streites hinüberzuleiten.

So vollzog sich insbesondere die Scheidung des Verfahrens in eine Vor- und Hauptuntersuchung, bei welcher der letzt-

[21]) Meine Reform bedürftigkeitder Untersuchungshaft, S. 16 u. ff. So erklärten wir bezüglich der Verhaftung des auf frischer That Ergriffenen: Wir verhaften noch heute den Thäter, den wir auf frischer That ertappen, um ihm ein Uebel vor dem Urtheile zuzufügen, um ihn schon durch die Verhaftung für die Verübung der That zu strafen.

Unter dem unmittelbaren Eindrucke der verübten That oder kurz nach Verübung derselben vermögen wir die Aufwallung des Gefühles, der die Vergeltungslust zu Grunde liegt, nicht niederzuhalten, wir haben nicht die Kraft, uns mit dem Gedanken zu beruhigen, dass ja die Vergeltung später nach durchgeführtem rechtlichem Verfahren platzgreifen werde; wir verlangen ihren sofortigen Eintritt in irgend welcher Gestaltung und da die Verhaftung . . . uns wenigstens eine Art von Busse durch Erleidung eines Uebels zu versinnlichen geeignet scheint, so lassen wir es bei dieser Satzung bewenden.

[22]) Binding, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft im IV. Bde. d. Zeitschrift, S. 427 u. ff.

genannten Phase die Aufgabe zugewiesen wurde, den spröden Stoff des Strafrechtes zu einem wirklichen Streitgegenstande umzugestalten.

Indess das Strafverfahren als Ganzes betrachtet, spottet den Bemühungen das *jus puriendi* als einen „Anspruch" zu behandeln, der nach der Analogie des Civilrechtes im Wege des Verfahrens der Verwirklichung zugeführt zu werden hat; wir müssen daher den Begriff des Criminalprocesses viel weiter fassen, als dies bisher geschehen ist und setzen den gangbaren Definitionen desselben folgende entgegen: Der Criminalprocess ist der gesetzlich bestimmte Vorgang aus Anlass des Verdachtes der Verübung einer vom Strafgesetze verpönten Handlung.

c. 2.

Zur

Frage der Umgestaltung des heutigen Strafensystems.

Von

Dr. August Finger.

ODKAZ
PROF. DRA FRANTIŠKA STORCHA
UNIVERSITĚ MASARYKOVĚ

Wien 1890.

Manz'sche k. und k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

Separatabdruck aus der „Allgemeinen österreichischen Gerichts-Zeitung".

Druck der k. Wiener Zeitung. — 90. Nr. 140.

I. Es ist eine bekannte Erscheinung, daß der Weg des Fortschrittes, der Entwicklung kein geradliniger ist. Die Unzufriedenheit, die mit irgend einer Maßregel in einem socialen Körper besteht, erzeugt viel häufiger den Wunsch nach ihrer Beseitigung, als den Gedanken der Modification. Meist sind es radicale Elemente, die eine Reformmaßregel anregen, und jede, selbst von gemäßigten Elementen in Vorschlag gebrachte Reform artet in einen gewissen Radicalismus aus. Die Thatsache hat ihre psychologische Begründung. Längeres Beharren in einem gewissen Zustande ruft den Wunsch nach einer Aenderung desselben selbst dann hervor, wenn der bezügliche Zustand unangenehme Folgen nicht hervorbringt; die bloße Thatsache seiner Fortdauer erzeugt eine Ermüdung, die sich in dem Wunsche nach Aenderung äußert. Dieses Moment veranlaßt in der Gesellschaft zunächst die lebhaftesten und unruhigsten, die weniger bedachtsamen Elemente, an dem Bestehenden zu rütteln. Um so stärker und energischer wird jenes Bestreben — welches ungefähr dem vergleichbar ist, das in unserem Körper dann entsteht, wenn wir durch längere Zeit eine Bewegung nach einer gewissen Richtung gemacht haben und das sich als Tendenz, die Antipoden der bisher angestrengten Muskel in Bewegung zu setzen, ausspricht — dort hervortreten, wo das Beharren in der bisherigen Richtung neben der mit jeder Dauer verbundenen Ermüdung noch weiteres Leid erzeugt, oder die mit jeder Maßregel nothwendig verbundenen Schattenseiten derselben, deren unerwünschte Folgen, bei längerer Erfahrung zu deutlicherer Kenntniß bringt. Solche Umstände rufen nach Aenderung und der Ruf klingt, wie erwähnt, gewöhnlich aus in dem Vorschlage, die bisherige Bahn zu verlassen und in einer der bisher eingehaltenen Richtung entgegengesetzten fortzuschreiten. [1])

(Anmerkung.) Die Abhandlungen: Wach „Die Reform der Freiheitsstrafe" und Appelius „Die bedingte Verurtheilung" konnten, weil während des Druckes dieses Aufsatzes erschienen, für denselben nicht mehr benützt werden.

[1]) Die Beobachtung derartiger Verhältnisse in der Gesellschaft erklärt die Aufgaben, die die einzelnen socialen Parteien zu erfüllen haben. Aufgabe der conservativen Partei ist es, nicht jeder Entwicklung sich hemmend in den Weg zu stellen, sondern die mit dem Radicalismus einzelner Reformelemente verbundene explosive, stürmische Art der Entwicklung in ruhigen Bahnen zu halten — der Hemmschuh, der nicht das Fortbewegen des Wagens überhaupt hindert, sondern ihn nur schützt, damit allzu rasche Bewegung ihn nicht an einem Felsen zerschelle.

Von jedem Reformunternehmen gilt dasjenige, was Schwarze bezüglich der Reform der deutschen Strafproceßordnung (Gerichtssaal, 38. Band, S. 38 ff.) klagend hervorhebt: „man fragt nicht, ob nicht durch einzelne Abänderungen und Ergänzungen des Gesetzes eine völlig genügende Abhilfe der laut gewordenen Beschwerden geschafft werden könne, sondern man geht radical zu Werke. . . . . Man hält es für genügend, dem Mangel, der sich gezeigt hat, Abhilfe zu schaffen und fragt nicht, ob nicht die Abhilfe schlimmer wirkt, als die Beschwerde, zu deren Abhilfe sie bestimmt ist". Allerdings ist es schwer, einer Reformbewegung gegenüber volle Objectivität zu bewahren, man läuft Gefahr, entweder vom Radicalismus mit fortgerissen zu werden, oder in dem Bestreben, nicht in das eine Extrem zu gelangen, dem anderen zu verfallen und gerechtfertigte Vorschläge abzulehnen.

Auf dem Gebiete des Strafrechts ist heute an einem Punkte mit großer Energie eine Reformbewegung aufgetreten, die, durch die angeblich traurigen Erfahrungen des heutigen Strafvollzuges erzeugt, in energischer Weise eine Abänderung des bestehenden Strafensystems verlangt. Man tritt mit völlig neuen Vorschlägen hervor: die Nachtheile der heutigen Freiheitsstrafe werden in den schwärzesten Farben gemalt, die Vortheile der vorgeschlagenen Reformen werden begeistert gepriesen und glänzend geschildert, als handelte es sich nicht um Etwas, das den Nachweis seiner Berechtigung erst zu erbringen hätte, sondern als wäre es bereits vorlängst erprobt und bewährt und als spräche für die vorgeschlagene Reform mehr als die Nachtheile, die gegen das heutige Strafensystem mit Recht in's Feld geführt werden. —

II. Jede Reform des jetzigen Strafensystems wird sich die Aufgaben gegenwärtig halten müssen, welche die heutige Strafe zu erfüllen hat. Auf inductivem Wege, durch genaue Beobachtung muß man das Wesen der heutigen Strafe zu erkennen trachten, es muß versucht werden, genau Alles festzustellen, was die Strafe leistet, um beurtheilen zu können, ob die Maßregeln, die an die Stelle der heutigen Strafe gesetzt werden sollen, auch alle ihre Functionen zu erfüllen vermögen. [2])

Eine kurze Betrachtung der heutigen Strafe zeigt, daß dieselbe mehreren Anforderungen gerecht werden muß. In erster Linie muß die Strafe ein Uebel sein; sie ist ja nur geregelte und an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Zufügung eines Leids gegen Jemanden, der Anderen ein Leid zugefügt, der Etwas verbrochen hat. Die Strafe muß solcherweise das Bedürfniß nach Genugthuung befriedigen, das nicht nur der Verletzte, sondern auch die Gesellschaft empfindet, deren Regel des Zusammenlebens der Verbrecher durchbrochen hat. — Die Thatsache, daß auf die Begehung der Verbrechen ein Uebel, die Strafe, gesetzt ist, soll

[2]) Vergl. die treffenden Ausführungen von Lammasch „Ueber Zweck und Mittel der Strafe". Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. IX. 423 ff.

Diejenigen, welche etwa geneigt sind, Verbrechen zu begehen, von der Begehung abhalten (Generalprävention). Die bereits abgebüßte Strafe soll durch die Erinnerung an ihr Uebel Denjenigen, der einmal verbrochen hat, vor ähnlichen Schritten zurückhalten und sie soll diesen ihren Zweck noch leichter dadurch erreichen, daß der Vollzug der Strafe erziehlich auf den Verbrecher wirkt, so daß er beim Verlassen der Strafanstalt, in der er sein Verbrechen abgebüßt hat, der Gelegenheit, ein Verbrechen zu begehen, widerstandsfähiger gegenübersteht.

Die Strafe soll endlich — ihr uneigentlichster, vielleicht auf anderem Wege, als in den heutigen Strafensystemen besser zu erreichender Zweck — die Individuen, die weder durch die Strafandrohung von Verbrechen zurückzuhalten, noch durch den Strafvollzug zu bessern waren, für die Gesellschaft, für die sie eine Gefahr bedeuten, unschädlich machen.

Der erziehliche, der Besserungszweck der Strafe ist vorzüglich durch den Strafvollzug zu erreichen, durch die Art und Weise, wie der Verbrecher in der Strafhaft gehalten wird; dieser Zweck bestimmt die Form, in die das Uebel der Strafe gekleidet wird. Behufs leichterer Erreichung dieses Zweckes sollte sich an den Vollzug der Strafe noch eine Fürsorge für den entlassenen Sträfling anschließen, es sollte diesem, der durch seine Uebelthat mit der Gesellschaft gebrochen hat, wenn er gebessert ist, ermöglicht werden, wieder reuig in die Gesellschaft zurückzukehren, in ihr durch strenge Erfüllung seiner Pflichten sich wieder den Namen eines redlichen und braven Menschen zu erwerben, den er durch sein Verbrechen verwirkt hat. Die erwähnte Seite der Aufgaben der Gesellschaft gegenüber dem Verbrecherthume ist heute sehr vernachlässigt. Die Maßregeln, die einen Verbrecher, der seine Strafe abgebüßt hat, noch weiter begleiten, sind, statt zum Theile wenigstens Maßregeln für ihn zu sein, ausschließlich Maßregeln für die Gesellschaft, allein Maßregeln, die sich mit voller Schärfe gegen den Verbrecher kehren und die es ihm bei bestem Willen und mühevollster Anstrengung oft unmöglich machen, reuig in den Schoß der Gesellschaft zurückzukehren. [3]) Es ist daher auch erklärlich, weshalb die Zahl der Rückfälle in der ersten Zeit nach der Entlassung aus der Strafe am größten ist. — Unsere Gesellschaft hat sich zu jenem hohen ethischen Standpunkte nicht aufgeschwungen, der die Besserungsfähigkeit eines Verbrechers anerkennt, zum Standpunkte der Schrift, die mehr Freude hat an einem Sünder, der Buße thut, als an neunundneunzig Gerechten. Der Schritt, der einen Menschen zum Zuchthäusler gemacht hat, trennt ihn in der überwiegenden Zahl der Fälle für immer von der Gesellschaft, den Weg zu

[3]) Vergl. den Aufsatz „Wider die Polizeiaufsicht!" Von Dr. Braune, Anstaltsgeistlicher in Görlitz (Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. IX. S. 806 ff.) und den in den Mitth. der intern. crim. Vereinigung I. S. 129 abgedruckten Brief; ferner Aschrott „Zur Reform des deutschen Strafen- und Gefängnißwesens" Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. VIII. S. 12, insb. S. 18 ff.

ihr zurück kann er kaum je mehr wiederfinden. Es herrscht heute noch fast überall eine kaum beschreibbare Angst vor der Berührung mit entlassenen Sträflingen, sie werden gefürchtet und gemieden wie Pestkranke. Kein Wunder! Die jetzige Zeit übergroßer Concurrenz auf allen Gebieten der Arbeit nöthigt nicht nur den Einzelnen, sorgsamst darauf Bedacht zu haben, daß er sich in jeder Hinsicht concurrenzfähig erhalte, sie erzeugt als ein großes Uebel die Sucht, den Nachbarn, den Concurrenten zu verkleinern: es geschieht dies zum Theile mit zweckbewußter Bosheit, zum Theile in unbestimmtem Drange, aus instinctiver Erkenntniß, daß die Verkleinerung des Concurrenten die eigene Größe hebt, die doch nur relative Bedeutung hat.

Es ist nicht allein die bei allem Wohlwollen nicht zu verkennende geringere sittliche und geistige Erziehung, die es bewirkt, daß in der Classe der Armen Verbrechen häufiger vorkommen — als ausschlaggebendster Factor ist der Umstand zu nennen, daß die Verhältnisse, unter denen diese Leute leben, die Begehung von Verbrechen besonders begünstigen und Situationen schaffen, in denen es nur hohem sittlichem Ernst gelingt, der Verlockung gegenüber Stand zu halten. Die große Zahl der armen arbeitenden Bevölkerung bringt es weiter mit sich, daß, selbst wenn das percentuale Verhältniß der delinquirenden Personen in dieser Classe sich nicht ungünstiger gestaltet, als in anderen Gesellschaftsclassen, doch die absolut größte Anzahl der Delinquenten sich aus diesen Kreisen recrutirt. Die eigenthümlichen Verhältnisse dieser Classe müssen daher insbesondere im Auge behalten werden. Es ist nun darauf hinzuweisen, daß gerade in jenen Kreisen die Wiederkehr zu redlicher Arbeit nach abgebüßter Strafe schwer ist. Der Einzelne scheut nicht nur den Verkehr, die Berührung mit einem entlassenen Sträflinge, er fürchtet sogar die Verbreitung der Kenntniß, daß er früher zu diesem in einer Beziehung stand, bevor das Gericht das verdammende Urtheil über ihn aussprach. Dem Sohne, der Tochter, hinter denen sich einst die Kerkerthüren geschlossen haben, bleibt in den meisten Fällen, wenn auch nicht das elterliche Herz, so doch die elterliche Wohnung verschlossen. Nicht Lieblosigkeit ist es, die solches Verhalten aufdrängt, es ist die Sorge um die eigene Erhaltung, die Erhaltung anderer Angehöriger. Bei wem soll der Sünder, der seine Strafe abgebüßt hat, Aufnahme finden, wenn die, die seinem Herzen am nächsten stehen, die Berührung mit ihm scheuen? Er verläßt die Heimat, sucht Arbeit in der Fremde, doch überall werden Ausweise, Zeugnisse verlangt, diese, oder Erkundigungen, die eingeholt werden, das Geflüster Neugieriger oder Neidischer offenbaren bald seine Vergangenheit und nöthigen ihn, wieder weiter zu ziehen. So irrt Derjenige, der gesühnt hat, was er gegen die Gesellschaft verbrochen, mühevoll von Ort zu Ort; immer stößt er wieder auf taube Ohren, auf kalte Herzen und nimmt ihn, den Verzweifelnden, nach einiger Zeit wieder eine Strafanstalt als Verbrecher auf, so erscheint

ihm dies wie eine Erlösung. Die Welt, in der er wieder gut sein wollte, ließ es nicht zu, sie sah in dem reuigen Sünder immer noch den Verbrecher, in stolzer Ueberhebung wies ihm jeder die Thüre — in der Abgeschiedenheit der Strafanstalt ist er unter Genossen, die, wenn sie ihm auch nicht Mitleid entgegenbringen, ihn doch wenigstens nicht die Schärfe der Verachtung fühlen lassen.

Wer verbrochen hat, hat sich als schwach erwiesen, ihm müßte, wenn man seine Rückkehr zum Guten anstrebt, dies, soll es erreicht werden können, leicht gemacht werden; dagegen läßt sich behaupten, daß in der heutigen Gesellschaft nichts so schwer ist, als die Rückkehr auf den einmal verlassenen Pfad des Rechtes.[4]) Den Bestand und die Wirksamkeit der erwähnten Momente kann wohl niemand mit den heutigen gesellschaftlichen Zuständen auch nur einigermaßen Vertraute in Abrede stellen. Anderseits wird bei Beurtheilung der gegen das Verbrecherthum bestehenden Maßregeln dieses Fehlen jeglicher Fürsorge für den entlassenen Sträfling meist übersehen und es wird die sich hieraus ergebende üble Folge: die häufigen Rückfälle, statt richtig auf diesen Mangel zurückgeführt zu werden, einem schlecht eingerichteten Strafvollzuge in die Schuhe geschoben. Wir glauben, es wird keinen bedeutenden Widerspruch finden, wenn wir behaupten, daß der erwähnte Mangel mehr Verbrechen erzeugt hat, als die heute modern gewordene „angeborene Neigung zum Verbrecherthume", „ataviſtische Rückbildung" u. s. w. — Es ist falsch, zu sagen: der Verbrecher wird als solcher *geboren*, es ist bedauerlicherweise richtig, zu sagen: die Mehrzahl der Verbrecher wird in der Gesellschaft zu solchen *erzogen*.

Den Gründen dieser traurigen Erscheinung, daß die, die einmal die Bahn des Lasters betreten haben, auf derselben zu verharren pflegen — nachzugehen, ist vor Allem Pflicht der Strafrechtswissenschaft. Sie hat, um diese schwierige Aufgabe zu lösen, in neuerer Zeit die Statistik in ihren Dienst gestellt. Leider ist die Criminalstatistik, selbst was die einfache Angabe der ziffermäßigen Anzahl der relevanten Erscheinungen betrifft, noch sehr im Argen; auch werden bisher nur Ziffern über die einzelnen Verurtheilungen und die Art der Delicte mitgetheilt — Ziffern, die irgend einen sicheren Rückschluß nicht zulassen, sondern blos mannigfachen Deutungen Raum geben und solche je nach dem Standpunkte dessen, der sie verwerthen will, auch erfahren. Gerade aber für die Auslegung statistischer Daten kann nicht genug Vorsicht empfohlen werden. Um nur Eines zu erwähnen: Die Zunahme der Verbrechen, oder mindestens die unter der Herrschaft der heutigen Strafe nicht bemerkbare

[4]) Vergl. den früher (Anm. 3) citirten, in seiner Einfachheit geradezu ergreifenden Brief eines Abgestraften an Prof. v. Liszt. — Beachtenswerth scheint uns der Vorschlag *Aschrott's* (a. a. O. S. 35), die Auswanderung Bestrafter nach Verbüßung ihrer Strafe zu befördern. Allerdings setzt die Durchführung dieses Vorschlages einen Colonialbesitz voraus.

Abnahme derselben läßt noch keineswegs den gewöhnlichen Schluß auf die Schädlichkeit oder Nutzlosigkeit der heutigen Strafe zu; es dürfen andere Factoren nicht übersehen werden: ob die Verhältnisse, unter denen Verbrechen begangen werden, nicht überhaupt zugenommen haben, oder wenigstens an einzelnen Orten besonders ausgedehnt aufgetreten sind; ob nicht früher straflose Handlungen nun unter Strafe gezogen werden, sei es, daß eine Aenderung der Gesetzgebung vorliegt, sei es, daß eine andere, ausdehnende Auslegung des geltenden Gesetzes herrschend wurde, und vieles Andere.

III. Der früher gebrachte Hinweis auf den Mangel jeglicher Fürsorge für den entlassenen Sträfling, welcher Mangel viele der vorkommenden Verbrechensrückfälle verschulden dürfte, sowie der erwähnte Umstand, daß die geläufige Deutung statistischer Daten wegen der Unvollständigkeit der letzteren keine unanfechtbare ist, wollen keineswegs etwa zur Begründung der Behauptung herangezogen werden, daß die gegen das geltende Strafensystem vorgebrachten, insbesondere aus der großen Zahl der Rückfälle hergeleiteten Beschwerden keine Berechtigung haben, oder zur Rechtfertigung der Forderung benützt werden, daß das geltende Strafensystem bestehen bleibe und nur durch geregelte Fürsorge für den entlassenen Sträfling ergänzt werde. Das Strafensystem des geltenden österreichischen Strafgesetzes trifft vor Allem ein schwerer Vorwurf (der auch dem Strafensystem des deutschen R. St. G. B. gemacht wird, vielleicht noch mit mehr Berechtigung), der Vorwurf, daß die im Strafgesetze eingeführten Strafen Schemen, Formen sind, denen es an einem klar bestimmten Inhalt gebricht und die daher das individuelle Ermessen an verschiedenen Orten, zum Theile durch die Verhältnisse bestimmt, verschieden ausfüllt.[5]) Das Strafensystem des geltenden österreichischen Strafgesetzes leidet noch an dem weiteren bedeutenderen Mangel, daß die Zeit die Unterschiede zwischen den einzelnen Arten der Freiheitsstrafe nicht nur verwischt hat, sondern, was noch schlimmer ist, daß heute zwischen der schwersten Freiheitsstrafe (dem schweren Kerker) und der im Interesse einer gründlichen und schleunigen Untersuchung oft gegen einen Unschuldigen angewendeten Anhaltung in Untersuchungshaft nicht nur kein wesentlicher Unterschied besteht, sondern daß der Kerkersträfling, fast besser daran ist, als der Untersuchungshäftling, so daß also im Laufe der Zeit sich das frühere Verhältniß geradezu verkehrt hat.

Ziehen wir die uns zunächst allein interessirenden Freiheitsstrafen in Betracht, so ist zu erwähnen, daß das österreichische Strafgesetz vier Arten von Freiheitsstrafen kennt, welche, von der gelinderen Art zur schwereren aufsteigend, mit den Namen Arrest, strenger Arrest, Kerker

[5]) Vergl. Aschrott „Zur Reform des deutschen Strafen- und Gefängnißwesens" Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. VIII. S. 1 ff.; Krohne „Der gegenwärtige Stand der Gefängnißwissenschaft" Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. I. S. 71 ff.

(abusive meist einfacher Kerker genannt) und schwerer Kerker bezeichnet werden.

Der Unterschied, der zwischen dem Arrest und dem strengen Arrest besteht, ist — von der Art der praktischen Durchführung der gesetzlichen Bestimmung abgesehen — schon im Gesetze ein unklarer. Nach § 244 St. G. besteht der Arrest ersten Grades in Verschließung in einem Gefangenhause ohne Eisen, wobei es dem Verurtheilten, wenn er sich den Unterhalt aus eigenen Mitteln oder durch Unterstützung der Seinigen zu verschaffen fähig ist, überlassen bleibt, seine Beschäftigung zu wählen.

Auch im strengen Arreste (§ 245 St. G.) wird der Verurtheilte ohne Eisen, in Beziehung auf Verpflegung und Arbeit aber so gehalten, wie es die Einrichtung der für solche Sträflinge bestimmten Strafanstalten nach den darüber bestehenden oder noch zu erlassenden Vorschriften mit sich bringt.

Was die beiden Arten des Kerkers betrifft, so enthält diesbezüglich unser Strafgesetz folgende Bestimmungen. Der § 15 sagt: „In dem ersten Grade der Kerkerstrafe wird der Sträfling ohne Eisen, jedoch enge verwahrt, und in der Verpflegung so gehalten, wie es die Einrichtung der für solche Sträflinge bestimmten Strafanstalten nach den darüber bestehenden oder noch zu erlassenden besonderen Vorschriften mit sich bringt. Es wird ihm mit Niemandem eine Zusammenkunft ohne Gegenwart des Gefangenwärters, auch keine Unterredung in einer dem Letzteren unverständlichen Sprache gestattet." Bezüglich der schweren Kerkerstrafe bestimmt § 16: „Der zur Kerkerstrafe des zweiten Grades Verurtheilte wird mit Eisen an den Füßen angehalten. Eine Unterredung mit Leuten, die nicht unmittelbar auf seine Verwahrung Bezug haben, wird ihm nur in ganz besonderen und wichtigen Fällen gestattet." Die namhafte Verschärfung, welche den Kerker des zweiten Grades von jenem des ersten schied, ist durch das Gesetz vom 15. November 1867, R. G. Bl. Nr. 131, beseitigt; es besteht heute der Unterschied zwischen einfachem und schwerem Kerker nur mehr darin, daß nach § 3 des Gesetzes vom 15. November 1867 bei Verhängung der schweren Kerkerstrafe „statt der Eisen auf Beifügung einer oder mehrerer der gesetzlich zulässigen Verschärfungsarten der Kerkerstrafe zu erkennen ist", ferner darin, daß nach § 27 lit. a St. G. in Fällen der Verurtheilung zur schweren Kerkerstrafe bei adeligen Verbrechern der Verlust des Adels im Urtheil ausgesprochen werden muß.

Sehen wir vom letzteren Ausnahmefalle ab, so besteht auch theoretisch gar kein Unterschied mehr zwischen der Kerkerstrafe und der schweren Kerkerstrafe in jenen Fällen, in denen bei Verhängung der Kerkerstrafe (z. B. in Folge der Anwendung der Bestimmung des § 55 St. G.) auf irgend welche Verschärfungen erkannt wird. Diese Thatsache ist sehr zu bedauern; sie stellt Verbrecher, die mit Rücksicht

auf die Verschiedenheit des von ihnen begangenen Verbrechens eine wesentlich verschiedene Beurtheilung und Behandlung erfahren sollten, auf gleiche Stufe: der Gewohnheitsdieb und jener, der in leidenschaftlicher Aufwallung gerechten Zornes einen Anderen körperlich schwer beschädigt hat, der Brandleger oder der Nothzüchtler und jener, der einen Zweikampf unternommen, werden auf gleiche Stufe gestellt.

IV. Weit schlimmer gestaltet sich allerdings noch die praktische Durchführung dieser Vorschriften. Zum Beweise der Richtigkeit dieser Behauptung greifen wir auf's Gerathewohl aus der großen Zahl der bestehenden verschiedenen Anordnungen die Hausordnung für das Gefangenhaus des Landesgerichtes in Wien heraus, um an der Hand derselben unsere frühere Behauptung zu belegen. Die Möglichkeit der Anhaltung der Kerkersträflinge in Einzelnhaft lassen wir unberücksichtigt. Sie ist bei uns noch wenig praktisch. Bemerkt mag nur werden, daß die Sträflinge erfahrungsgemäß die Verbüßung in Einzelnhaft vorziehen, dies schon deshalb, weil § 4 des Gesetzes vom 1. April 1872, R. G. Bl. Nr. 43, für die Einzelnhaft eine Begünstigung bei Berechnung der Dauer der Strafhaft gewährt. Das Gefangenhaus des Landesgerichtes in Wien beherbergt alle fünf Kategorien von Gefangenen, die auf dem Boden der österreichischen Strafgesetze bestehen, und zwar 1. Untersuchungsgefangene, 2. Arreststräflinge, 3. zu strengem Arrest verurtheilte Personen, 4. Kerkersträflinge, 5. zur Strafe des schweren Kerkers Verurtheilte. Betrachten wir kurz, wie sich die Durchführung dieser einzelnen Arten der Gefangenhaltung nach dieser Hausordnung — allerdings zunächst immer noch blos theoretisch — gestaltet, so gelangen wir zu folgendem Resultate, das das inhaltliche Bild der in unseren Gesetzen lediglich der Form nach eingeführten verschiedenen Arten der Freiheitsstrafen abgibt:

1. Der Arrest besteht nach § 244 St. G. in einer Verschließung im Gefangenhause. Der Sträfling darf — und hier beginnen bereits die Bestimmungen der Hausordnung — eigene Wäsche und Kleidung benützen; als Lagerstätte dient ihm ein Strohsack und Strohkopfpolster, eine Wolldecke, zwei Leintücher. Der Arreststräfling darf Bart und lange Kopfhaare tragen, er ist gehalten, an Werktagen die im Hause eingeführten Arbeiten zu verrichten, bezieht für dieselben keine Entlohnung, doch wird ihm nach Ablauf der Lehrzeit ein Theil des Arbeitslohnes (bei Stückarbeit die Hälfte des dafür entfallenden reinen Verdienstes, bei Arbeiten, welche eine Entlohnung nach Stücken nicht zulassen, ein tarifmäßiger Tag- oder Stundenlohn im Höchstausmaße von 20 kr. per Tag und 2 kr. per Stunde) gutgeschrieben. Die eine Hälfte dieses gutgeschriebenen Arbeitslohnes wird ihm in der Arbeitscasse aufbewahrt und bei Entlassung aus der Haft übergeben, oder im Falle seines Todes an seine Erben ausgefolgt; die andere Hälfte des Arbeitslohnes

darf er zur Anschaffung von Nebengenüssen (Aufbesserung der Kost), zur Unterstützung seiner Angehörigen, zur Anschaffung von Büchern, Lehrmitteln, Briefpapier u. s. w. verwenden. Der Arreststräfling darf jede Woche einen Brief erhalten und einen Besuch empfangen und jede Woche einen Brief schreiben; es ist ihm gestattet, auch andere als in der Gefangenhausbibliothek befindliche Bücher, ferner Regierungsblätter und Zeitschriften nichtpolitischen Inhaltes zu lesen; es darf ihm die Benützung von Schreib- und Zeichenmaterial und das Brennen von Licht bis 10 Uhr Abends bewilligt werden; endlich kann ihm vom Gefängnißdirector die Bewilligung ertheilt werden, während des Tages zwei Cigarren oder 40 Gramm geschnittenen Tabaks zu rauchen. Von diesen für Arreststräflinge bestehenden Vorschriften bestehen für diejenigen Personen, welche im Besitze einiger Geldmittel sind [6]), noch nachfolgende Abweichungen: den Arreststräflingen, die die Reinigung der Wäsche aus Eigenem bezahlen, ist ein öfterer Wäschewechsel gestattet (der regelmäßige Wäschewechsel findet bei der Leibwäsche allwöchentlich, bei der Bettwäsche allmonatlich statt); sie dürfen, wenn sie sich aus Eigenem verköstigen, eine Haar- oder Seegrasmatratze, einen solchen Kopfpolster und eine genähte Bettdecke benützen, endlich sich mit selbstgewählten Arbeiten beschäftigen.

2. Die Abweichungen der Strafe des strengen Arrestes von jener des Arrestes sind auch theoretisch nur sehr geringe. Die Sträflinge sind hier in allen Fällen auf den Genuß der Gefangenhauskost beschränkt und sind gehalten, an Werktagen die im Hause eingeführten Arbeiten zu verrichten. Da jedoch die Selbstverpflegung nur bei Gefangenen, die im Besitze einiger Mittel sind, praktisch von Be-

---

[6]) Eine derartige Abweichung wäre grundsätzlich zu vermeiden. Die schwierigste Aufgabe der inneren Ausgestaltung der Strafe liegt allerdings darin, daß die Strafe, die gleiches Uebel bei gleicher Schuld sein soll, die individuellen Verhältnisse des zu Strafenden nach Thunlichkeit zu berücksichtigen hat. Es unterliegt keinem Zweifel, daß für den in günstigen Verhältnissen Lebenden die Verhängung der Freiheitsstrafe eine größere Härte bedeutet, als für jenen, der mit Noth und Elend zu kämpfen hat, für Letzteren bedeutet sie blos eine Freiheitsentziehung, für Ersteren hat sie noch eine Anzahl anderer Uebel im Gefolge. Diese Thatsache sollte bei richterlicher Zumessung der Strafe gewürdigt werden. Die Forderung der Rücksichtnahme auf das Individuum bei Verhängung und Vollzug der Strafe muß jedoch mit einer anderen wichtigen Forderung im Einklange bleiben, mit der Forderung deutlichen Ausdruckes der Gleichheit Aller vor dem Gesetze. Wenn, wie dies heute üblich, der vermögende Arreststräfling sich Vortheile zuwenden kann, die dem Armen um seiner Armuth willen verschlossen bleiben, so entsteht in dem Letzteren, besonders unter den heutigen Verhältnissen, leicht die Meinung, daß selbst vor dem Gesetze nicht Alle gleich sind, daß auch im Vollzuge der Strafe der Arme härter daran ist, als der Reiche. Die heutige Freiheitsstrafe sollte intensiver gestaltet werden, um auch Strafe, d. h. Uebel für die zu bleiben, denen die Freiheit nicht viel bedeutet; in dieser Strafhaft wären aber grundsätzlich alle Sträflinge gleich zu halten, die Anpassung an die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles wäre vornehmlich durch die verschiedene Dauer der Strafe anzustreben.

deutung ist, da weiter nur jene Arreststräflinge ersten Grades, die sich selbst verpflegen, vom Arbeitszwange befreit sind, da endlich die Sträflingskost bei denen, die sich nicht selbst verpflegen, im Arreste ersten und zweiten Grades die gleiche ist, so ergibt sich hieraus sofort, daß schon theoretisch bei Personen, die kein Vermögen besitzen, zwischen dem Arreste ersten und zweiten Grades schlechthin kein Unterschied besteht.

3. Werfen wir nun einen Blick auf die Art und Weise, wie nach der erwähnten Hausordnung die Untersuchungsgefangenen zu halten sind, so finden wir, daß bis auf einzelne unbedeutende, durch das Wesen der Untersuchungshaft gegebene Einschränkungen, die sich insbesondere auf den Verkehr mit der Außenwelt, also auf den Empfang von Besuchen, das Schreiben und den Empfang von Briefen beziehen — in welcher Hinsicht die Untersuchungsgefangenen eingeschränkter sind als die Sträflinge — die Untersuchungsgefangenen mit den Arreststräflingen gleichgehalten werden. Die einzige Abweichung besteht darin, daß Untersuchungsgefangene zu den im Strafhause eingeführten Arbeiten nur auf ihr Ansuchen, und zwar nur dann zuzulassen sind, wenn dies nach den Verhältnissen unbedenklich erscheint. Im Uebrigen steht es ihnen frei, sich mit selbstgewählten Arbeiten insoweit zu beschäftigen, als damit keine Störung der Ruhe und Ordnung des Hauses und keine Belästigung der Mitgefangenen verbunden ist.

4. Ueberblicken wir noch kurz die Art, wie die Kerkersträflinge gehalten werden, so ergibt sich nach der Hausordnung ein Unterschied zwischen Sträflingen des Kerkers und jenen des schweren Kerkers nur darin, daß Erstere eigene Kleider tragen dürfen, während Letztere Sträflingskleider anzulegen haben. Die Räumlichkeit, in der die Kerkersträflinge ihre Strafe abzubüßen haben, ist die gleiche wie die der Arreststräflinge. Als besondere Bestimmungen für Kerkersträflinge sind anzuführen, daß die Kerkersträflinge keinen Bart und kein langes Kopfhaar tragen dürfen (auch hier gibt es wieder eine Ausnahme bei Sträflingen, deren Strafzeit nicht über drei Monate dauert), daß das Verbot, Tabak zu rauchen, unbedingt besteht, endlich daß Kerkersträflinge blos einmal im Monate einen Brief abschicken und empfangen und blos einmal im Monate einen Besuch empfangen dürfen.

Wird das hier Angeführte mit dem vorher bezüglich der Arreststräflinge Gesagten zusammengehalten, so finden wir, daß der Unterschied zwischen dem schweren Kerker und dem Arrest nur darin besteht, daß der Sträfling des schweren Kerkers keinen Bart, kein langes Kopfhaar, keine eigenen Kleider tragen darf, daß ihm das Tabakrauchen unbedingt untersagt ist und daß er den Arreststräflingen gegenüber hinsichtlich des Empfanges von Besuchen und Briefen beschränkt ist. Besitzt der Arreststräfling, wie dies oft vorkommt, keine ihm gehörigen eigenen Kleider, so daß er also Strafhauskleider bekommt, und denken wir an einen bartlosen und kurzhaarigen Arreststräfling, so reducirt sich der Unterschied zwischen dem Arrest- und dem Kerkersträfling darauf, daß Letzterer dem Ersteren gegenüber hinsichtlich des Empfanges von Briefen und Besuchen und bezüglich des Rauchens im Nachtheile ist.

Da es aber auch bei Untersuchungsgefangenen vorkommt, daß sie keine entsprechenden eigenen Kleider besitzen und in Folge dessen Sträflingskleider erhalten, das Tragen der Sträflingskleider somit aufhört, Theil der Strafe zu sein und nur mehr Ausdruck dafür wird, daß ein Inhaftirter keine entsprechenden eigenen Kleider besitzt, so gelangen wir zu dem Resultate, daß die Art, wie Sträflinge gehalten werden, die zur schweren Kerkerstrafe verurtheilt sind, sich von der Art, wie Untersuchungsgefangene gehalten werden, nicht wesentlich unterscheidet. Die praktische Durchführung der erwähnten Vorschriften bringt es — wie wir noch näher ausführen wollen — oft mit sich, daß Kerkersträflinge trotz der nach § 3 des Gesetzes vom 15. November 1867, R. G. Bl. Nr. 131, bei Verhängung der schweren Kerkerstrafe an Stelle der früher angewendeten Ketten nun auszusprechenden, nach § 19 St. G. zulässigen Verschärfungen häufig besser daran sind, als die Untersuchungshäftlinge.

Diese kurze Uebersicht rechtfertigt die Behauptung, die wir an dieselbe anschließen wollen, daß das Strafensystem des geltenden Strafgesetzes eine Unwahrheit ist, indem es praktisch nicht durchgeführt ist. Die einzelnen heute geläufigen Strafarten sind Schemen ohne inhaltliche Ausfüllung, verschiedene Namen für dasselbe Ding. Was heute den Kerker vom Arrest noch scheidet, ist — von den mit der Verurtheilung zu einer Kerkerstrafe verbundenen, praktisch wenig bedeutsamen Rechtsfolgen abgesehen — hauptsächlich nur mehr die irrige Vorstellung, die sich an die Kerkerstrafe noch aus Zeiten knüpft, da dieselbe nicht nur eine strenge, sondern geradezu barbarische Strafe war. Dies erklärt auch, warum diese Strafart von denen, die sie noch nicht durchgemacht, mehr gefürchtet wird, warum sie auf diese eine abschreckendere Wirkung übt, als auf jene, die sie bereits einmal überstanden haben. Der größte Uebelstand, den die inhaltliche Ausgleichung der einzelnen Strafarten zur Folge hatte, ist der, daß der Unterschied zwischen der Behandlung der Untersuchungsgefangenen und jener der Kerkersträflinge fast auf Null reducirt ist.

V. Um eine Uebersicht zu gewinnen, wie sich die praktische Durchführung der erwähnten Vorschriften gestaltet (wir wollen hiebei von den vermögenden Untersuchungs- und Arreststräflingen absehen, da deren Anzahl eine kleine ist und im Verhältnisse zur Unzahl der Gefangenen, die kein Vermögen besitzen, nicht in Betracht kommt), begleiten wir einen Sträfling auf seinem Wege vom Tage, da er als Thäter einer strafbaren Handlung erscheint, bis zum Antritte der Freiheitsstrafe. Wir wollen auch hier wieder hauptsächlich die Verhältnisse im Auge

behalten, wie sie in größeren Städten ablaufen, da sie hier verhältnißmäßig noch am günstigsten sind.

Sobald irgend Jemand einer strafbaren That genügend verdächtigt ist, ist es zunächst die Sicherheitsbehörde, die Polizei, die sich seiner bemächtigt und die ersten Erhebungen einleitet; der der strafbaren Handlung Verdächtige wird in den weitaus überwiegenden Fällen in „polizeilichen Gewahrsam" genommen [7]). Nach kürzerer oder längerer

[7]) Die große Verantwortlichkeit, die die Sicherheitsbehörde der Gesellschaft gegenüber in der Richtung trägt, daß sie einen Verbrecher, dessen sie habhaft wurde, nicht entkommen lasse, rechtfertigt und erklärt es, weshalb mit der Inhaftnahme Verdächtiger in so zahlreichen Fällen vorgegangen wird. Indessen wäre es wohl der Erwägung werth, ob Untersuchungen auf freiem Fuße nicht viel zahlreicher möglich wären, als sie heute vorkommen. Der Cirkel, in dem man sich heute bei Beantwortung der Frage bewegt, ob eine Untersuchung auf freiem Fuße platzgreifen könne, ist folgender: Die Sicherheitsbehörde nimmt den Verdächtigen in Haft (man spricht euphemistisch allerdings blos von Gewahrsam) und überläßt es der Anschauung und Verantwortung des Gerichtes, die von ihr blos provisorisch, für kurze Zeit, gesetzte Maßregel aufzuheben, d. h. den dem Gerichte aus polizeilichem Gewahrsam Eingelieferten auf freien Fuß zu setzen und so gegen ihn die Untersuchung zu führen. Die Argumentation der Gerichte läuft jedoch, wenn ein aus polizeilichem Gewahrsam Ueberstellter aus der Untersuchungshaft entlassen zu werden bittet, darauf hinaus, man könne den Betreffenden nicht frei lassen, die Sicherheitsbehörde habe ihn im Gewahrsam gehalten, er müsse also fluchtverdächtig sein. Die Anzahl der Personen, gegen welche die Untersuchung auf freiem Fuße durchgeführt wird, ist heute bei uns eine minimale; hiebei darf nicht übersehen werden, wie viele dieser Personen unschuldig sind; daß der Uebelstand, der durch eine liberalere Handhabung der bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen etwa dadurch entstünde, daß der eine oder andere der Verbrecher sich der verdienten Strafe entziehen würde, reichlich durch die Minderung der Noth und des Elends aufgewogen würde, die jetzt die zu häufige Untersuchungshaft im Gefolge hat, ist kaum fraglich. Gerade bei Handhabung derartiger Bestimmungen wird zu sehr aus dem Auge verloren, daß die heutige Strafe zum wesentlichsten Theile Zweckinstitution ist. Die einzige Richtung, in der das Bestreben gehöriger Ausgestaltung der Freiheitsstrafe gehen darf, ist die, daß die Freiheitsentziehung nach Thunlichkeit auf die Dauer der Verbüßung der Strafe eingeschränkt werde, so daß die Vorstellung der Freiheitsentziehung von der der Strafe untrennbar wird. Da volle Beseitigung der Sicherungshaft nicht möglich ist, so muß sie von der Strafhaft durch augenfällige Merkmale unterschieden sein. Jede Freiheitsentziehung, die nicht Strafe ist und äußerlich wie diese Strafe abläuft, benimmt der Strafe einen wesentlichen Theil ihres Charakters und wirkt hiedurch äußerst schädlich. Entschieden zu mißbilligen ist in dieser Hinsicht die Bestimmung des § 8 des Gesetzes vom 24. Mai 1885, R. G. Bl. Nr. 90, die es gestattet, daß eine Person, rücksichtlich der die Zulässigkeit der Abgabe an eine Zwangsarbeitsanstalt ausgesprochen worden ist, bis zum Ablaufe von vier Wochen nach Beendigung der Strafzeit bei dem Gerichte — behufs eventueller Durchführung der Abgabe in die Zwangsarbeitsanstalt — in Verwahrung belassen werden könne. Die Anhaltung in einer Zwangsarbeitsanstalt, die gegen den Sträfling im Urtheile ausgesprochen wird, wird derselbe mit Recht als Theil der wider ihn verhängten Strafe betrachten — unerklärlich muß es ihm aber sein und als hartes Unrecht muß er es empfinden, wenn er nach Abbüßung der Kerkerstrafe und vor Abgabe an die Zwangsarbeitsanstalt noch wochenlang der Freiheit verlustig bleibt, nicht zur Strafe, nein — nach seiner

Dauer polizeilichen Gewahrsams erfolgt die Ablieferung des Verdächtigen an die Gerichte, welche nun — wie erwähnt — in den meisten Fällen gegen den Eingelieferten die Untersuchungshaft verhängen. Der einer strafbaren Handlung Beschuldigte kommt mit anderen Schicksalsgenossen in eine Zelle und wird — wie oben angeführt — im Allgemeinen so gehalten, wie ein zu Arrest oder strengem Arrest Verurtheilter. Die geringen möglichen Erleichterungen, die er sich in dieser seiner Lage gewähren kann, wurden als unbedeutend oben näher bezeichnet. Hervorzuheben ist nur, daß die Heranziehung der Untersuchungsgefangenen zu Arbeiten praktisch nicht durchgeführt ist. Die Furcht, der Untersuchungsgefangene könnte durch Besprechung mit Anderen, durch Belehrung, die er über die Art, wie er sich verantworten solle, erhalten könnte — auf den Gang der Untersuchung in schädlicher Weise einwirken, bringt es mit sich, daß man es nach Thunlichkeit vermeidet, den Untersuchungsgefangenen mit Anderen zusammenkommen zu lassen. Ein solcher Verkehr wäre mit der Einführung der Arbeit gegeben, da die Arbeiten in größeren Räumen verrichtet werden müßten. Eine weitere Schwierigkeit wurde in der Aufrechthaltung des Disciplin gefunden, die Untersuchungsgefangenen gegenüber doch nicht durch jene strengen Maßregeln aufrecht erhalten werden könnte, welche Sträflingen gegenüber am Platze sind. So kam es, daß der Untersuchungshäftling heute seine Zelle nur mehr verläßt, wenn der Untersuchungsrichter seine Vorführung gebietet. Die einzige mögliche Beschäftigung ist Lectüre. Im Uebrigen verbringt er die Zeit in unthätigem Hinbrüten.

Wird der Untersuchungshäftling verurtheilt, so tritt selbst dann, wenn wider ihn die Strafe des schweren Kerkers ausgesprochen wurde, äußerlich mit ihm keine weitere Veränderung ein, als daß ihm seine bisherigen Kleider, falls er solche hatte und nicht schon Sträflingskleider trug,

Meinung zwecklos. In noch höherem Maße trifft der erhobene Vorwurf jene Anhaltung in polizeilichem Gewahrsam, die nach Abbüßung der Strafe heute wochenlang oft nur deswegen erfolgt, weil die Heimatszuständigkeit des Sträflings erhoben werden muß, damit er abgeschoben werden kann. Derartige Maßregeln wirken geradezu demoralisirend, vor ihrer Anwendung kann nicht entschieden genug gewarnt werden. Was sie im einzelnen Falle erzielen, wiegt beiweitem das Uebel nicht auf, das sie im Allgemeinen erzeugen. Ein Staat, dessen wichtigste um nicht zu sagen einzige Strafart in der Freiheitsentziehung besteht, hat allen Grund, die Entziehung der Freiheit als wesentliches Uebel erscheinen zu lassen, eine große Empfindsamkeit in diesem Punkte zu erhalten — dann aber ist sorgsam mit ihr umzugehen, sie darf nur ernste Folge ernster Ursache sein. Maßregeln, wie die erwähnten, mindern den Werth der Freiheit und damit die Schwere und abschreckende Wirkung der Strafe der Freiheitsentziehung. Daß die Freiheitsstrafe viel von ihrer Wirkung eingebüßt hat, ist zum großen Theile dem Umstande zuzuschreiben, daß die kleinlichsten Ursachen genügen, um Jemandem die Freiheit zu entziehen — der Werth der Freiheit, den der Staat im eigensten Interesse erhalten sollte, wird herabgedrückt.

abgenommen und Sträflingskleider angezogen werden [8]) und daß ihm eventuell Kopf- und Barthaare gestutzt werden. Von jetzt ab wird er zur Arbeit herangezogen [9]). Diese wenigen Veränderungen leiten einen Zustand ein, der für die meisten Sträflinge der Untersuchungshaft gegenüber eine Erleichterung bedeutet. In den Arbeitsräumen des Kerkers hat der Sträfling freiere Bewegung als in der Zelle der Untersuchungshaft; die Arbeit zerstreut ihn, sie gibt ihm die Möglichkeit, einen Theil des Lohnes für sich zu verwenden. Wir erfahren es daher nicht selten, daß Untersuchungshäftlinge sich über die lange Dauer der Untersuchung nicht etwa deshalb beklagen, weil sie sich nach der verlorenen Freiheit sehnen, sondern weil sie in die Strafhaft zu kommen wünschen, die ihnen der Untersuchungshaft gegenüber eine Erleichterung bedeutet. Besonders auffallend tritt dies bei Rückfälligen hervor. Hierin liegt ein äußerst wichtiger Mangel des heutigen Strafvollzuges. Der Strafvollzug — für Wenige an sich inhaltlich noch ein Uebel — ist für fast Alle ein geringeres Uebel als die Untersuchungshaft, somit ein geringeres Uebel wie eine Maßregel, die jeden Schuldlosen treffen kann.

VI. Noch unerquicklicher gestalten sich die erwähnten Verhältnisse in den Bezirksgerichtsgefängnissen. Von einem Zwang zur Arbeit, ja sogar von einer Möglichkeit, zu arbeiten, kann hier sowohl in der Verwahrungs- als Strafhaft fast nie die Rede sein. Die aus wenigen Zellen bestehenden Arreste sind klein und geben meist eben noch genügenden Raum für die Liegestätten der Häftlinge. Die Leute leben träge in den Tag hinein, sie sind, wollen sie sich die Stunden kürzen, auf einander angewiesen. Die Erfahrungen, die der Einzelne gemacht, was sie erlebt, wird gegenseitig ausgetauscht; manches verbrecherische Samenkorn wird auf empfänglichen Boden gestreut, manche Freundschaft geschlossen für künftig gemeinsamen Weg zur Begehung von Verbrechen. Untersuchungsgefangene sind von Sträflingen nicht getrennt. Derjenige, der zum Antritte seiner Strafe in den Arrest abgeführt wird, kehrt wieder in die Zelle zurück, aus der er als Untersuchungshäftling vor den Richter gebracht wurde. Aeußerlich und inhaltlich tritt keine Aenderung ein und der Sträfling kann oft nicht verstehen, warum bei völlig gleich bleibenden Verhältnissen ihm jetzt als Strafe zugerechnet wird, was durch viele Tage auch einen für schuldlos erklärten Zellengenossen traf und was ihm selbst durch längere Zeit nicht als Strafe zugerechnet wurde.

Auf dieses unthätige Hinleben in den Räumen der Bezirksgerichtsgefängnisse ist im vollem Maße das Sprichwort anzuwenden: Müssiggang ist aller Laster Anfang. Nichts ist so sehr geeignet, Geist und Gemüth zu ertödten, zu jeder Arbeit unfähig zu machen, als der aufgedrungene, anfänglich als Qual, später aber als fast unausrottbares Bedürfniß empfundene Müssiggang. Einem Individuum, das in dieses Stadium geräth — und in kürzerer oder längerer Zeit muß jedes dahin gerathen — hört die Entziehung der Freiheit auf, ein Uebel zu sein. Die Trägheit, das Herumlungern wird ihm Bedürfniß, diesem kann er in den Gefängnißmauern leichter nachleben, als in der Freiheit, weil hier, nicht aber dort die Bedürfnisse des Lebens nur bei thätigem Schaffen befriedigt werden können. So dünkt sich ein derart Herabgekommener besser daran, wenn er in Strafe ist, als wenn er die Freiheit genießt. Einen geheizten Raum, eine annehmbare Liegestätte, genießbare Kost, einige Zerstreuung mit Zellengenossen — alles dies sind Aussichten, die ihm die Strafe eröffnet, während die Welt der Freiheit von ihm Arbeit verlangt, bei der er oft noch Kälte und Hunger leidet. Das Einzige, was solche Sträflinge noch als Uebel empfinden, ist eine eventuell nicht zureichende Kost und es ist oft staunenswerth, wie schnell sie durch eigene Erfahrung und Mittheilung Anderer darüber unterrichtet sind, in welchem Bezirksgerichtsgefängnisse die Kost eine bessere und ausgiebigere ist. Die diesbezügliche Anschauung der Sträflinge findet bei uns ihren deutlichen Ausdruck in der Zunahme der Zahl der Verurtheilungen wegen Bettelns und wegen verbotener Rückkehr (§§ 323 und 324 St. G.) bei diesem Gerichte. Es ist diese Thatsache leicht erklärlich; die Verübung der meisten Delicte ist bis zu einem gewissen Grade vom Zusammentreffen günstiger äußerer Verhältnisse abhängig — die erwähnten

[8]) Eine Reform des Strafensystems müßte mit thunlichster Scheidung der Form und des Wesens der Untersuchungshaft von jener der einzelnen Strafarten auch die völlige Sonderung der äußeren Anzeichen dieser verschiedenen Arten der Haft anstreben. Ein Untersuchungsgefangener, der keine entsprechenden eigenen Kleider besitzt und daher bekleidet werden muß, dürfte grundsätzlich keine Sträflingskleider, sondern müßte andere bessere Kleider erhalten. Man wende nicht ein, daß dies Aeußerlichkeiten sind; die Durchführung der Strafe muß mit sinnenfälligen Merkmalen verbunden sein, und der Strafe diese Merkmale entziehen, sie auch unter anderen Verhältnissen als gegen einen hiezu Verurtheilten setzen, heißt der Strafe einen Theil ihres Wesens nehmen.

[9]) Es ist an dieser Stelle auch noch der heute in Oesterreich lebhaften Bewegung, welche die Einschränkung der Strafhausarbeiten im Interesse des Kleingewerbes bezweckt, zu gedenken. Diese Bewegung war zum Theile schon von Erfolg begleitet, ihr weiter nachzugeben, wäre vom Uebel. Diese heute wichtige, zum Theile durch Agitationen künstlich angefachte Bewegung ist Ausläufer der über fast ganz Europa verbreiteten Schutzzollbewegung. Es hat sich aus dem gesunden Gedanken der Nothwendigkeit, den Schwachen vorübergehend zum Zwecke seiner Erstarkung zu schützen, die falsche und bequeme Anschauung Bahn gebrochen, daß auf dem Gebiete der Production der Schwächere dem Stärkeren gegenüber dadurch geschützt werden muß, daß man den Stärkeren auch schwächt. Aufmerksamen Beobachtern entgeht wohl nicht, daß diese in ihren Consequenzen traurige Bewegung vom wirthschaftlichen auf das geistige Gebiet überzugreifen beginnt. Der populäre Ruf nach Entlastung der überbürdeten Schuljugend, nach praktischerer Ausgestaltung der Universitätsstudien ist Ausdruck dieser Bewegung, die das Minimalmaß der Anforderungen herabdrücken will, damit der Unbefähigte gleich dem Befähigten und Berufenen äußerlich das Ziel erreichen könne.

beiden Delicte sind von äußeren Verhältnissen fast ganz unabhängig, wenn sie begangen werden, um in Arrest zu kommen.

Noch eine Beobachtung, die wohl jeder bestätigen wird, der einige Zeit das Strafrichteramt bei Bezirksgerichten versah, mag hier erwähnt werden: während bei allen anderen häufiger vorkommenden Delicten die Thatsache, daß ihre Begehung als etwas Unerlaubtes, Verächtliches angesehen wird, in der beiweitem größten Zahl der Individuen ihre abhaltende Kraft nicht ganz versagt, werden die Delicte der Reversion und des Bettelns ohne Scheu begangen und eingestanden, weil die meisten Individuen etwas mit Recht Unerlaubtes in der Begehung dieser Handlungen nicht zu erkennen vermögen. Revertenten und Bettler haben das Bewußtsein, Unrechtes gethan zu haben, fast niemals; sie betrachten sich in den meisten Fällen als bemitleidenswerthe Opfer der Verhältnisse, die Strafe erscheint ihnen als ein Schicksalsschlag, nicht als Sühne einer Schuld; daher kommt auch das so häufig wahrnehmbare Selbstbewußtsein, mit dem derartige Delinquenten die Frage nach der Ursache ihrer Einlieferung mit sicherer Ruhe dahin beantworten, sie hätten weder gestohlen, noch Jemanden geschlagen, sie hätten nur gebettelt, oder sie seien gegen das Verbot in einen Ort zurückgekehrt. Die Frage nach den Vorstrafen wird auch bezüglich keiner Delicte so wahrheitsgetreu beantwortet, als bezüglich des Bettelns und der Reversion. Bei Bettlern und Revertenten ist es endlich auch keine seltene Erscheinung, daß sie eingestehen, diese Delicte blos begangen zu haben, um in den Arrest zu kommen. Viele von ihnen würden vor einem Diebstahle oder vor anderen Delicten zurückschrecken. Diese Thatsache gibt zu denken und enthält die ernste Mahnung, das Strafgesetz im Einklang zu halten mit den jeweiligen Volksanschauungen.

VII. Betrachtungen der erwähnten Art — Kenner der österreichischen Gefängnißverhältnisse werden uns bestätigen, daß sie nicht übertrieben geschildert sind — lassen allerdings arge Bedenken aufkommen, ob unsere geltende Freiheitsstrafe eine richtige und zweckentsprechend eingerichtete Institution ist. Die Einmüthigkeit, mit der diese Frage verneint wird, ist einerseits ebenso sehr Zeugniß gegen die bestehende Freiheitsstrafe, als sie anderseits die Wärme und Freude erklärt, mit der man sich an jeden Reformgedanken anschließt, der die heute geltende Freiheitsstrafe abändern oder abschaffen will. Die bestehende Freiheitsstrafe, insbesondere die kurzzeitige Freiheitsstrafe, so hören wir heute an allen Orten, ist eine ganz verfehlte Institution [10]). Diese Strafart ist kein Uebel — sie schreckt daher nicht ab; sie dauert zu kurz — es ist daher unmöglich, während ihrer Dauer bessernden Einfluß auf den

[10]) Vgl. v. Liszt, „Criminalpolitische Aufgaben". Zeitschr. für die ges. Strafrechtswissenschaft, S. 746 ff. und die dort Genannten; vgl. auch Schütze, „Die sogenannte bedingte Verurtheilung", Allg. österr. Ger.-Ztg. 1890, Nr. 2 u. 3.

Sträfling zu üben; sie bringt den Neuling am Wege des Verbrechens, den Gelegenheitsverbrecher, den, der ein geringes Delict begangen hat, in Verbindung mit Veteranen des Verbrecherthums, mit hartgesottenen Sündern — sie verdirbt durch diese Gesellschaft. Was folgt daraus? Die kurzzeitigen Freiheitsstrafen müssen abgeschafft, die sogenannte bedingte Verurtheilung muß eingeführt werden. Besonders letztere Institution, die bedingte Verurtheilung, wird heute mit vieler Wärme vertheidigt. Wir werden dieselbe in Folgendem näher betrachten, hier sei es gestattet, einige Worte hinsichtlich der Abschaffung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe vorauszuschicken.

Die Strafen, die nur wenige Tage dauern, so lautet die Forderung dieses Reformvorschlages, müssen abgeschafft werden, die kürzeste Dauer der Freiheitsstrafe soll mit sechs Wochen bestimmt werden. Soll wirklich damit etwas abgeholfen werden? Bedeutet dieser Reformvorschlag nicht die Vertreibung des Teufels durch den Belzebub? Ueberblicken wir die Gründe, die gegen die kurzzeitigen Freiheitsstrafen regelmäßig angeführt werden, die Gründe, die wir oben erwähnten, so kann mit der bedeutenden Erhöhung des heutigen Mindestmaßes der Freiheitsstrafe nur Eines bezweckt werden wollen: die Erhöhung der Intensität des Strafübels, folgeweise die Ausstattung desselben mit größerer, von der Begehung eines Delictes abhaltender Kraft. Alle übrigen Einwände, die gegen die kurzzeitigen Freiheitsstrafen vorgebracht wurden, bleiben auch gegen diese Strafe mit ihrem Mindestmaße von sechs Wochen bestehen — auch der Einwand, daß die heutige Strafe wegen ihrer Kürze nicht zu bessern vermöge. Ist der zu einer Freiheitsstrafe Verurtheilte ein Gelegenheitsverbrecher, dann bedarf er keiner Besserung, andernfalls dürfte es kaum bezweifelt werden, daß auch das Mindestmaß von sechs Wochen kaum hinreichen wird, um den schlechten Menschen zu bessern. Die übrigen, gegen die kurzzeitigen Freiheitsstrafen angeführten Gründe sind gegen diese im Mindestmaße sechs Wochen betragende Freiheitsstrafe fast mit noch mehr Berechtigung vorzubringen, wenn nicht die Strafe eine andere Gestalt erhält, als sie heute hat. Wenn heute geklagt wird, daß die kurzzeitige Freiheitsstrafe Denjenigen verdirbt, der zum ersten Male delinquirt hat, so können wir antworten: er wird noch mehr verdorben werden, wenn er statt für zwei Tage für sechs Wochen eingesperrt wird; wenn man mit Recht bemerkt, daß die dauernde Unthätigkeit in den kleinen Gefängnissen eine nachhaltende üble Wirkung übt, weil sie den Delinquenten gewöhnt, seine Lebensbedürfnisse ohne Mühe befriedigt zu sehen, so muß geantwortet werden, das Faullenzen wird gewiß dadurch nicht besser, daß es statt einige Tage sechs Wochen dauert. Man wird einwenden, diese mindestens sechs Wochen dauernde Freiheitsstrafe werde anders gestaltet werden, als die heutige Strafe, man wird einen Arbeitszwang nicht nur theoretisch einführen, sondern auch praktisch ermöglichen, man wird den Neuling auf der Verbrecher-

laufbahn isoliren vom hartgesottenen Sünder, man wird den jugendlichen Delinquenten von jeder möglicherweise schädlich wirkenden Berührung mit anderen verurtheilten Individuen schützen — thut man dies Alles und scheut man insbesondere die Kosten nicht, die eine solche Reform erfordern würde (nur nebenbei sei bemerkt, daß die Höhe der Kosten der Erhaltung des Heeres von Delinquenten, die zu kurzer Strafe verurtheilt sind, auch als Argument gegen die kurzzeitige Freiheitsstrafe angeführt zu werden pflegt), dann fallen alle Gründe weg, die gegen die heutige kurzzeitige Freiheitsstrafe vorgebracht werden — denn diese Einwürfe gelten ja nur gegen die heutige Strafe, sie gelten aber nicht mehr gegen eine vom heutigen Strafensystem völlig verschiedene Strafart. Das Verlangen nach Abschaffung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe muß so lange als ungenügend begründet bezeichnet werden, so lange für die Haft mit dem Mindestmaße von sechs Wochen nur negative, gegen die heutige Art der Durchführung der Freiheitsstrafe im Allgemeinen (mag sie nun einen Tag oder sechs Monate dauern) sprechende Gründe vorgebracht werden; eine positive Begründung dieses Vorschlages wäre von Nöthen, doch diese fehlt. Ein Argument bleibt übrig, das man als positive Begründung der vorgeschlagenen Reform gelten lassen könnte, es wäre dies die Behauptung der größeren abhaltenden Kraft der längeren Freiheitsstrafe. Wir verhalten uns diesem Argumente gegenüber und der von den Gegnern der kurzzeitigen Freiheitsstrafe in dieser Hinsicht geträumten segensreichen Wirkung ziemlich skeptisch. Wir haben gelegentlich an anderer Stelle [11]) hervorgehoben, daß es ein großer Irrthum, eine Selbsttäuschung ist, wenn man meint, daß die Vorstellung von der Strafe, die auf eine verbotene Handlung gesetzt ist, rücksichtlich ihrer vom Delicte abhaltenden Kraft im gleichen Verhältnisse steht zur Dauer der Strafe; es ist völlig verfehlt, zu glauben, daß die Vorstellung einer sechswöchentlichen Freiheitsstrafe unbedingt mehr abhaltende Kraft gegenüber den zur Begehung eines Delictes bestimmenden Motiven äußert, als die Vorstellung einer einwöchentlichen Freiheitsstrafe. Es kann sich Jeder leicht überzeugen, wie unbestimmt und unklar die Vorstellung ist, die wir mit einem bestimmten Zeitablaufe verbinden. Blicken wir in die Vergangenheit, so erscheint uns manche kurze Zeitperiode, in der wir viel erlebt haben, ungleich länger als manche lange, doch inhaltsarme Zeitepoche; es ist dies leicht erklärlich, die Zeit ist für den Rückblick nichts Anderes, als die Summe ihrer Erinnerungsbilder. Blicken wir in die Zukunft und suchen wir uns ein Uebel, das durch irgend eine Zeit andauern soll, vorzustellen, so wird sich wohl bei Beurtheilung der Größe eines Uebels, dessen Intensität mit seiner Dauer zu einem Ganzen sum-

[11]) „Zur Begründung des Strafrechtes vom deterministischen Standpunkte," Juristische Vierteljahrschrift, Prag 887, S. 29 ff.

miren; allein das so entstehende Urtheil, daß das länger dauernde Uebel bei gleicher Intensität das größere ist, als das kürzer dauernde, ist es nicht, was eine von der Begehung eines Verbrechens abhaltende Kraft zu äußern vermag. Anticipirte, mit der Verwirklichung gewisser Verhältnisse erwartete Lustgefühle sind die zum Verbrechen treibenden Elemente, ihnen kann wirksam nur durch anticipirte Unlustgefühle begegnet werden. Hier auf diesem Boden, wo anticipirte Lust- mit anticipirten Unlustgefühlen um die Oberhand streiten, kann nur behauptet werden, daß die Vorstellung von der Strafe als einem Uebel Unlustgefühle associire (anticipire) und solcher Art gegenüber den Anreizungen zum Verbrechen eine Gegentendenz bilde. Mehr wirkt hier jedenfalls die Vorstellung vom Uebel, als die Erwägung seiner Dauer, so daß mit Bestimmtheit gesagt werden kann, daß das an die Vorstellung der Strafe geknüpfte Unlustgefühl selbst bei bedeutenden gedachten Differenzen in der Dauer der Strafe an Intensität nur wenig merkbar zunehme. Hiebei darf nicht übersehen werden, daß der Begehung eines Delictes eine Entschließung, wie die hier vorausgesetzte, die die Größe der zum Verbrechen treibenden Lustmomente und der abhaltenden Unlustmomente gegen einander abwägen würde, nur in den seltensten Fällen vorausgeht. Die Delicte werden meist bald mit einer gewissen Raschheit des Entschlusses begangen, das Individuum erliegt ohne Ueberlegung den rasch anstürmenden zum Verbrechen treibenden Motiven, bald werden sie begangen, mit der Hoffnung unentdeckt und somit straflos zu bleiben. An die besondere Wirksamkeit der größeren von Verbrechen abhaltenden Kraft der im Minimum sechswöchentlichen Freiheitsstrafe gegenüber der kurzzeitigen Freiheitsstrafe dürfen somit nach unserer Meinung keine großen Hoffnungen geknüpft werden. Die übrigen nachtheiligen Folgen der Freiheitsstrafen werden aber durch die neu einzuführende Strafe erhöht, insbesondere ist als ein Letztes noch die Erhöhung der Reflexwirkungen der Strafe zu erwähnen, daß diese längere Strafhaft in höherem Maße als heute den Ruin vieler Familien mit sich bringen wird, denen sie den Ernährer für so lange Zeit entzieht; daß die lange Dauer der Haft viel häufiger den Verlust der Berufsstellung, der Arbeit für den Bestraften zur Folge haben wird, als dies leider schon heute der Fall ist.

VIII. Neben der erwähnten Abschaffung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe wird noch ein anderer Reformvorschlag von den Gegnern des heutigen Strafensystems mit besonderer Wärme vertreten: die bedingte Verurtheilung resp. die Aussetzung der Strafvollstreckung. [12])

[12]) Vergl. hierüber v. Liszt, „Criminalpolitische Aufgaben" Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. IX. u. X.; und die ebenda Band IX. S. 748 angegebene Literatur, ferner Kirchenheim „Bedingte Bestrafung" Gerichtssaal 43. Band; von Hippel „Die Vorschläge zur Einführung der bedingten Verurtheilung in Deutschland" Gerichtssaal 43. Band; Schütze „Die sogenannte bedingte Verurtheilung und verwandte Reformen unseres Strafensystems" Ger.-Ztg. 1890

Der Gedanke, der diesem Vorschlage zu Grunde liegt, ist kein neuer. Am Continente hat er zunächst in Belgien im Gesetze vom 31. Mai 1888 Ausdruck gefunden; nähere Kenntnisse darüber, ob die Reform sich dort erprobt hat, fehlen. Der leitende Grundsatz der Reform pflegt in folgender Weise ausgeführt zu werden: Derjenige, der einmal gegen das Gesetz gehandelt hat, verdient es nicht, sofort mit des Gesetzes ganzer Schärfe getroffen zu werden; wegen dieses ersten, vielleicht leichten Vergehens soll er nicht sogleich aus der Gesellschaft heraus in die Reihen vielfach abgestrafter, oft ganz verworfener Individuen gestoßen werden, in so übler Gesellschaft würde er schlechter statt besser werden; der Staat soll einem solchen Delinquenten, falls die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, durch den Mund des Richters verkünden, daß er (der Staat) auf den Vollzug der durch das Delict verwirkten Strafe vorläufig verzichte, daß aber dieser diesmal verurtheilte Verbrecher, falls er innerhalb bestimmter Zeit nochmals delinquiren würde, neben der durch dieses neue Delict verwirkten neuen Strafe auch noch die frühere Strafe, deren Vollzug aufgeschoben wurde, zu erleiden haben würde. Man will auf solche Weise den Delinquenten ferne halten vom schädigenden Einflusse der schlechten Gesellschaft in den Gefängnissen und man rechnet in zweiter Linie mit einer besonderen Feinfühligkeit der Delinquenten — einer Feinfühligkeit, die in eigenthümlichem Contraste steht zu dem gleichzeitig erhobenen Rufe nach Verschärfung der Strafen, zu der weitgehenden Furcht vor dem üblen Einfluß der Gefängnißgesellschaft auf den zum ersten Male Verurtheilten — und hofft, der so Verurtheilte, aber nicht Gestrafte werde sich leichter bessern. Rührung vor der Nachsicht, die mit ihm geübt wurde, und Furcht vor dem Erleiden zweier Strafen im Falle neuerlicher Begehung eines Delictes sollen — so hofft man — dieses Resultat erzielen. Es läßt sich nicht läugnen, daß der Gedanke der Aussetzung der Strafvollstreckung etwas — wir möchten sagen — Einschmeichelndes an sich hat; wenn wir dahin gelangt sind, die Strafe, die im Gesetze für den Fall der Begehung eines Delictes angedroht ist, nicht zu vollziehen, wenn großmüthigerweise Verzeihung für den Fall erprobter Besserung gewährt wird, dann sind wir in der Entwicklung am weitesten von jenem Punkte entfernt, an dem die Strafe noch die häßliche Gestalt sofortiger Rache für eine erlittene Unbill trug, wir haben einen bedeutenden Schritt nach vorwärts zu jenem Ideale gemacht, das den Verbrecher bessern will, nicht durch Zufügung eines Leids, durch harte und strenge Erziehung, sondern durch einen Appell an die in ihm schlummernden besseren Kräfte. Der Gedanke der Aussetzung der Strafvollstreckung ruft Bilder zurück aus den

---

Nr. 2 u. 3, weiter Ger.-Ztg. 1889 Nr. 3—5; Mittheilungen der int. crim. Vereinigung, 1. Jahrgang. Wahlberg, Betrachtungen über die Freiheitsstrafen. Jurist. Blätter 1890, Nr. 1—8.

glücklichen Tagen der Kindheit, er erinnert, wie das unerfahrene Kind von Denen zurechtgewiesen wurde, die es innig liebten, von den Eltern; er erinnert, wie oft diese Nachsicht übten, wenn ihren Geboten nicht entsprochen wurde, wie gerne sie die verdiente Strafe unvollzogen ließen, um sie für den Fall abermaliger Mißachtung ihrer Gebote anzudrohen. Die Strafgewalt des Staates erscheint nicht mehr in der Gestalt strenger unbeugsamer und unerbittlicher Härte, sie gewinnt den Eindruck freundlicher und nachsichtiger Milde. Allein gerade weil dieser Gedanke das Gefühl in mächtigerer Weise erregt, muß um so ängstlicher an die Prüfung seiner Berechtigung geschritten werden, weil zu besorgen ist, daß das für ihn gewonnene Gefühl Verstandesgründe nicht zu Gehör kommen läßt, die gegen ihn sprechen.

Wollen wir in Kürze die Anschauungen überblicken, die für die bedingte Verurtheilung geltend gemacht werden, so können wir uns im Wesen auf die Gutachten beziehen, welche über die erwähnte Frage der internationalen criminalistischen Vereinigung erstattet wurden: es sind dies das von Ad. Prins erstattete Gutachten „condamnation conditionelle“ und das Gutachten von Lammasch „Empfiehlt sich die Einführung der bedingten Verurtheilung (belgisches Gesetz vom 31. Mai 1888) in die Strafgesetzgebung der übrigen Länder und unter welchen Voraussetzungen?“ Die Gründe für die bedingte Verurtheilung werden in erster Linie aus den Gründen gegen die kurzzeitigen Freiheitsstrafen geschöpft. Weil die kurzzeitige Freiheitsstrafe zu kurz ist, um abzuschrecken; zu kurz, um den Delinquenten zu bessern; weil sie andererseits eine zu harte Strafe gegen Denjenigen ist, der das erste Mal die Bahn des Verbrechens betreten hat; weil sie den Gelegenheitsverbrecher dadurch verdirbt, daß sie ihn in die Gesellschaft von alten hartgesottenen Sündern bringt — soll an Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe die bedingte Verurtheilung treten. In dieser Hinsicht äußert sich insbesondere Prins in seinem vorerwähnten Gutachten gegen die kurzzeitigen Freiheitsstrafen in folgender Weise: „En ce qui concerne les récidivistes, un emprisonnement de quelques jours ou même de quelques semaines est une dérision. — La prison n'est ni répressive ni éducative, ne produit ni intimidation ni amendement. En ce qui concerne les débutants de la criminalité, ceux qui n'ayant jamais été poursuivis auparavant, commettent une première peccadille, c'est plus grave encore: il ne suffit plus de proclamer l'inutilité de la prison, il faut reconnaître son caractère nuisible. Elle dégrade l'honnête homme, affaiblit chez lui la notion de la dignité et le ressort moral. Quand il a subi sa peine, il rentre au foyer domestique amoindri aux yeux de sa famille et de ses compagnons; parfois il ne retrouve plus son gagne-pain; il a perdu sa place à l'atelier, les clients l'ont quitté. . . .“

Prins spendet endlich der bedingten Verurtheilung folgende Lobsprüche: „la condamnation conditionelle est donc une mesure saine et juste. — Appliquée aux delinquants sans passé judiciaire elle est suffisamment préventive et répond ainsi aux désirs des pénologues. Elle corrige les excès d'un système dont le résultat est d'encombrer les prisons d'une foule de détenus qui les traversent trop rapidement, parfois au détriment de leur avenir et toujours sans profit pour la société. Elle oblige, il est vrai, le juge à faire oeuvre d'initiative et de conscience, à bien distinguer parmi les délinquants qui défilent devant lui, ceux à qui la mesure s'adapte. Mais en même temps elle relève sa mission sociale et lui rend son véritable caractère." — und schließt sein Gutachten mit den Worten, daß dieselbe eine Maßregel sei, die mit den besten Hoffnungen empfohlen werden kann.

Vorsichtiger als Prins äußert sich Lammasch. — Lammasch übersieht in seinem Gutachten auch die möglichen schädlichen Folgen der Suspension der Strafvollstreckung nicht, und empfiehlt dieselbe auch nur bedingt. Lammasch hält insbesondere die Einführung der bedingten Verurtheilung dort für unzulässig, wo die Wirksamkeit der Strafdrohung als Generalprävention nur eine geringe ist, dort nicht für rathsam, wo das Vergeltungsbedürfniß der durch das Verbrechen verletzten Individuen ein besonders reizbares zu sein pflegt. Die Einführung der bedingten Verurtheilung wird von Lammasch daher blos für Staaten empfohlen, in Betreff welcher die erwähnten Bedenken nicht zutreffen, und zwar insbesondere dann, wenn aus irgend welchen äußeren Rücksichten ihr Gefängnißwesen nicht in einer allen Anforderungen entsprechenden Weise ausgestaltet werden könnte.

v. Liszt empfiehlt dagegen die bedingte Verurtheilung behufs thunlichster Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe als das „geeignetste Mittel" zur Erreichung dieses Zieles.

Die Frage der Einführung der bedingten Verurtheilung war auch bereits Gegenstand der Berathung der ersten am 7. und 8. August 1889 in Brüssel abgehaltenen Jahresversammlung der internationalen criminalistischen Vereinigung und wurde in der erwähnten Versammlung nachfolgende These zum Beschlusse erhoben: „Die Vereinigung empfiehlt den Gesetzgebern aller Länder die Annahme des Princips der bedingten Verurtheilung, weist aber gleichzeitig auf die Nothwendigkeit hin, das Anwendungsgebiet der Maßregel nach den örtlichen Verhältnissen zu bestimmen und dabei auf das Gefühl und den Culturzustand jedes Volkes Rücksicht zu nehmen." In den Aeußerungen der Mitglieder der internationalen criminalistischen Vereinigung, die in der erwähnten Versammlung zur Frage der bedingten Verurtheilung Stellung nahmen, spricht sich volle Uebereinstimmung für diese Maßregel aus. Was dem Beschlusse der internationalen criminalistischen Vereinigung gegenüber

einigermaßen zu Zweifeln anregt, ist der Mangel positiver Begründung der neu einzuführenden Institution. Eine so einschneidende Maßregel sollte doch mit wichtigen positiven Argumenten begründet werden, man verwirft Bestehendes doch erst dann völlig, wenn es als unbrauchbar und nicht verbesserungsfähig erkannt wird.

IX. Gegenüber den Gründen, welche von Freunden der bedingten Verurtheilung aus den üblen Erfahrungen, die mit der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gemacht wurden, für diese neue Maßregel geschöpft werden, wollen wir es versuchen, die Gründe näher in's Auge zu fassen, welche uns direct gegen die Einführung der Aussetzung der Strafvollstreckung zu sprechen scheinen. Wir weisen zunächst auf das Moment hin, das Kirchenheim in seiner oben genannten Abhandlung mit Recht hervorhebt, daß es der Strafe, deren Vollstreckung ausgesetzt, deren Vollstreckung erst von der Thatsache einer abermaligen Begehung eines Delictes abhängig gemacht wird, an Ernst gebricht, wir weisen ferner auf ein Moment hin, das uns als wichtiger Grund gegen die Einführung der „bedingten Verurtheilung" scheint, wiewohl es für dieselbe wiederholt angeführt wird: es findet Ausdruck in dem Satze, daß es nicht gerechtfertigt sei, Jemanden, der das erste Mal gefehlt hat, aus der Gesellschaft heraus in die Reihen der Verlorenen zu stoßen, ihn die Schmach und Schande einer Strafe erdulden zu lassen. Eine solche Argumentation ist eine verfehlte, sie verkennt das Wesen der Strafe und ihr Verhältniß zur Uebelthat. Nicht die Verurtheilung wegen einer Uebelthat ist Dasjenige, was einen Menschen in der Gesellschaft verächtlich macht, oder verächtlich zu machen geeignet ist, nicht die Abbüßung der Strafe in Folge der Uebelthat, sondern die Uebelthat selbst. Daß sich die andere kaum begreifliche Meinung, daß das Urtheil und die Strafe das den Menschen Herabsetzende sei, bilden konnte, und daß diesen Factoren gegenüber die Begehung der Uebelthat fast als etwas Gleichgiltiges betrachtet wird, ist wohl nur daraus zu erklären, daß man nur von Demjenigen, der wegen einer strafbaren That verurtheilt wurde, sagen kann, daß er sie auch wirklich begangen hat. Das Urtheil ist die allein anerkannte Form, in der die unanfechtbare Ueberzeugung, daß Jemand Thäter einer ihm zugeschriebenen strafbaren Handlung ist, Ausdruck findet. Solange Jemandes Schuld in der solennen Form des Urtheiles nicht ausgesprochen ist, so lange kann nicht nur darüber Zweifel bestehen, ob der Betreffende wirklich Thäter der ihm zur Last gelegten strafbaren Handlung ist, sondern er kann auch verlangen, daß ihm die bezügliche Handlung von Niemandem zugemuthet wird. So kam es, daß in der Meinung der Welt nicht die strafbare That als Dasjenige angesehen wurde, was den Menschen herabsetzt, ihn verächtlich macht, sondern das Urtheil und die in Folge desselben erlittene Strafe. Einer solchen irrigen Anschauung, die geeignet ist, die moralischen Elemente einer Gesellschaft arg zu erschüttern, soll mit allem

Nachdrucke entgegengearbeitet werden — sie hat sonst zur Folge, daß die schlechtesten Leute, Leute, die mit ihrer Schlechtigkeit ebensoviel Schlauheit verbinden, so daß deren Uebelthat entweder nicht auffommt, oder sie dem Gesetze ein Schnippchen zu schlagen verstehen; daß Leute, die sich vor der nacheilenden Gerechtigkeit verborgen zu halten wissen, die Achtung der Mitwelt nicht nur aussprechen, sondern auch genießen, weil sie nicht verurtheilt wurden. Eine solche, die Moral untergrabende Anschauung wird aber wesentlich gefördert durch einen Gedanken, der für die bedingte Verurtheilung stets erwähnt wird: der Delinquent soll die Strafe seiner Uebelthat nicht erleiden, damit er in den Augen der Mitwelt nicht verächtlich gemacht, nicht herabgesetzt werde. Dem gegenüber antworten wir: er soll die Strafe leiden, nicht sie, die seine Verbrechen sühnt, seine eigene That setzt ihn in den Augen der Mitwelt herab.

Ist die That, auf welche Strafe gesetzt ist, eine solche, daß sie nicht als aus schlechter oder ungezügelter Individualität entspringende angesehen wird; erscheint die Entziehung der Freiheit als zu harte Strafe gegen diese oder jene That, dann schaffe man diese Strafe für diese That ab; nicht aber spreche man die Strafe aus, um sie dann nicht zu verhängen. Geben wir einmal einer Maßregel, die sich durch Hinweis, wie sehr die Strafe verächtlich macht, zu rechtfertigen sucht, in einem Gesetze Ausdruck, so wird sich bald die Meinung verbreiten, daß dem Delicte an sich ein ignominiöser Charakter nicht inne wohne. Man wende dagegen nicht ein, daß dem dadurch vorgebeugt ist, daß verurtheilt wird, daß ja nur der Strafvollzug ausgesetzt wird. Gerade weil man von dem Urtheile nicht die Wirkung erwartet, die heute die Strafe nach sich zieht, will man es einführen; weil man hofft, daß die Gesellschaft einem so „bedingt Verurtheilten" gegenüber sich verhalten werde, als ob er nichts gethan hätte; weil man hofft, daß er um der bloßen Strafthat willen seine Lebensstellung nicht verlieren werde — gerade deshalb führt man die bedingte Verurtheilung ein. Indem man dies hofft, rechnet man mit der ungesunden Anschauung, daß nicht das Delict, sondern die Strafe infamire, man leistet der Meinung Vorschub, daß der unredliche Comptoirist, der seinem Dienstherrn einen kleinen Geldbetrag unterschlägt, das Vertrauen seines Principals nicht durch die Unterschlagung verwirkt, sondern durch die kleine Arreststrafe, die er in Folge der Uebelthat erleidet.

Indem die Aussetzung des Strafvollzuges blos auf Delinquenten Anwendung finden soll, die sich das erste Mal gegen das Gesetz vergangen haben, wird dieselbe — wie schon von Kirchenheim mit Recht hervorgehoben wurde — die Meinung erwecken, es sei eine einmalige Uebertretung des Gesetzes gestattet. Wenige der bedingt Verurtheilten werden verstehen, welche Bedeutung dem kundgemachten Urtheil und der in demselben ausgesprochenen Aussetzung des Strafvollzuges zukommt, die überwiegende Mehrzahl, die nur dafür Verständniß hat, ob nach

Verkündigung des Urtheiles die Abführung in die Strafhaft erfolgt, oder nicht erfolgt, wird unter dem bedingten Urtheil nichts Anderes erblicken, als die Nachsicht der auf das begangene Delict gesetzten und urtheilsmäßig ausgesprochenen Strafe verbunden mit der Androhung, daß er es um so schwerer werde büßen müssen, wenn er wieder mit dem Gesetze in Conflict kommt. Es wird auch hinsichtlich der Begehung von Delicten das schlechte Sprichwort zur Herrschaft gelangen: „Einmal ist keinmal".

Es bedarf keiner näheren Ausführung, daß der erste Schritt zum Verbrechen für Alle, die nicht etwa in frühester Jugend, zu einer Zeit, da ihnen das Verständniß für den Unterschied von gut und böse noch fehlt, zu Verbrechen angelernt worden sind, der schwerste ist; wer diesen Schritt gemacht hat, dem wird es leichter, sich wiederholt gegen das Gesetz zu vergehen. Eine Menge Momente, die als abhaltende der ersten Delinquirung entgegenstehen, fallen mit diesem ersten Delicte weg. Die Gesetzgebung muß es sich wohl überlegen, diesen ersten und folgenschwersten Schritt dadurch zu erleichtern, daß sie trotz seiner Begehung Straflosigkeit in Aussicht stellt. Der Gesetzgebung muß es wichtiger sein, Diejenigen, die sich gegen ihre Normen noch nie vergangen haben, vom Betreten des Weges des Verbrechens für immer zurückzuhalten, als ihnen diesen ersten Schritt zu erleichtern, um dann zu sorgen, wie sie auf den Weg zurückzuführen, den sie ohne Erleichterung des ersten Schrittes zu eigenem und der Allgemeinheit Segen gar nie betreten haben würden. Die Verlockung, ein Delict zu begehen, wird um so größer sein, wenn gesehen wird, wie Andere, die dieses Delict begangen haben, straffrei ausgegangen sind, wenn hiedurch die Ueberzeugung erschüttert wird, daß zwischen der Begehung eines Verbrechens und der Strafe eine nothwendige Verbindung herrscht, die heute als solche überall anerkannt wird und welche die gute Folge hat, daß Derjenige, der heute geneigt ist, ein Verbrechen zu begehen, es nur begeht, wenn die Verhältnisse so liegen, daß er unentdeckt bleiben zu können hofft. Lassen wir längere Zeit auf die erste Begehung eines Delictes keine Strafe folgen, so wird die ungescheute und freche Art ihrer Verübung die Bestimmung des Gesetzes bald zu einer undurchführbaren machen, die Bestimmung wird lediglich auf dem Papier stehen und die Nichtanwendung derselben wird wieder gut machen müssen, was die Zeit ihres kurzen Bestandes Böses erzeugt hat.

Neben diesen principiellen Bedenken gegen die bedingte Verurtheilung glauben wir noch andere, nicht so sehr gegen ihr Wesen, als ihre Durchführbarkeit gerichtete, hervorheben zu sollen. Als ersten hieher gehörigen Einwand erwähnen wir, daß die bedingte Verurtheilung nicht schlechthin allen Individuen gegenüber anwendbar erscheint, bei denen die strafbare That und die Art ihrer Verübung die Suspension des

Strafurtheiles rechtfertigen würde. Der Entwurf des österreichischen Strafgesetzes hat dieser Forderung in der Bestimmung Rechnung getragen, daß der Aufschub des Vollzuges einer zuerkannten Freiheitsstrafe bei Personen unzulässig ist, deren Wohnsitz nicht festgestellt ist. Ist es schon an sich bedenklich, die Frage der Bestrafung oder Nichtbestrafung eines Delictes — als solche und nicht als Frage des Vollzuges oder Nichtvollzuges einer ausgesprochenen Strafe wird die bedingte Verurtheilung der Allgemeinheit erscheinen — von Umständen abhängig zu machen, die außerhalb des Verbrechers und des Verbrechens liegen, so ist es dann doppelt bedenklich, wenn gerade diese Umstände, von welchen sie abhängig sein soll, bei einer ganzen Classe von Menschen häufig nicht vorkommen. Gerade die ärmste Classe der Menschen, die Classe, aus der sich die meisten Verbrecher recrutiren, ist auch diejenige, bei welcher in den häufigsten Fällen die Voraussetzungen fehlen, von welchen die Aussetzung des Strafvollzuges abhängen soll. Dies wird zur Folge haben, daß sie hier seltener als bei Verbrechern aus anderen Classen angewendet werden wird und hiedurch erleidet wieder die Ueberzeugung von der Gleichheit Aller vor dem Gesetze, das Vertrauen in die Gerechtigkeit einen mächtigen Stoß, dies um so mehr, als der arme verurtheilte Arbeiter nicht in der Lage sein wird, zu begreifen, warum der Umstand, daß sein Wohnsitz nicht festgestellt ist, ihn nicht soll theilhaft werden lassen einer Wohlthat, die Anderen zukam.

Es darf weiter nicht übersehen werden, daß die Ursache der Aussetzung des Vollzuges eines Urtheiles, der Umstand, daß die ausgesprochene Strafe erst zu vollziehen sein wird, wenn der Verurtheilte abermals delinquirt hat, eine umfassende Evidenthaltung und Beobachtung Derjenigen zur Folge haben wird, die bedingt verurtheilt wurden. Es ist nun sehr zu befürchten, daß diese Evidenthaltung im Laufe der Zeit zu Plackereien ausarten wird, wie sie die heutige Polizeiaufsicht im Gefolge hat, Plackereien, welche den bedingt Verurtheilten auf Schritt und Tritt verfolgen und ihm leicht das unmöglich machen werden, was durch die bedingte Verurtheilung erzielt werden soll. Er wird wie der heute unter Polizeiaufsicht Stehende Gefahr laufen, daß die Sicherheitsbehörde nach ihm Erkundigungen einzieht, bald in seiner Wohnung, bald bei seinem Dienstherrn; die Durchführung der Ueberwachung wird ihn nöthigen, sich zu melden, wo er sich aufhält, sie wird seine Freizügigkeit beschränken, ihn in zeitraubenden Verkehr mit Behörden bringen. Dazu gesellt sich ein Weiteres: der Delinquent, der wegen einer strafbaren Handlung vor Gericht gestellt wird, wird, wenn er sich als noch unbescholten angibt, in jedem Falle zu weitläufigen Nachforschungen über seine Vergangenheit Anlaß geben. Diese Nachforschungen werden sich um so schwieriger dort gestalten, wenn ein bereits Abgestrafter oder Abgeurtheilter, um die Aussetzung des Strafvollzuges zu erreichen, Namen, Alter und andere Momente unrichtig angeben wird. Die Nachforschungen

über den Delinquenten werden zeitraubend sein, sie werden mit sich bringen, daß eine lange Untersuchungshaft gegen den verhängt werden muß, der die Wohlthat der Aussetzung des Strafvollzuges für sich in Anspruch nimmt. Hiedurch werden wieder viele jener schädlichen Folgen hervorgerufen, zwecks deren Vermeidung die bedingte Verurtheilung eingeführt werden soll. Die Klarstellung der erwähnten Umstände wird die Arbeit der heute schon überhäuften Gerichte beträchtlich vermehren, der Richter wird endlich, müde bei jedesmaliger Einlieferung eines Menschen langwierige Erhebungen über dessen Vergangenheit zu pflegen, die Mehrzahl der Fälle für eine Aussetzung des Strafvollstreckung ungeeignet halten: der Häftling wird lieber die Strafe des Delicts auf sich nehmen, dessentwegen er eingeliefert ist, als eine längere Untersuchungshaft zu erdulden, und nach Schluß derselben noch das Damoklesschwert bedingter Verurtheilung über seinem Haupte zu empfinden. Die bedingte Verurtheilung wird unpraktisch werden, sich zu einer Ausnahmemaßregel für einzelne Stände gestalten, oder ganz verschwinden, wie der Hausarrest unseres heutigen Strafensystems.

Da die bedingte Verurtheilung zum Theile wenigstens von äußeren mit der strafbaren Handlung in keiner Verbindung stehenden Verhältnissen abhängig ist, so wird dieselbe, was auch noch gegen sie spricht, die kurzzeitigen Freiheitsstrafen nicht schlechthin entbehrlich machen. Man kann allerdings von der Anschauung ausgehen, daß für gewisse Delicte eine Strafe im Mindestausmaße von sechs Wochen angemessen ist, daß andere Delicte im Falle sie das erste Mal begangen werden, genügend gestraft sind, wenn gegen ihren Thäter der Vollzug der im Urtheile ausgesprochenen Strafe vorläufig ausgesetzt wird. Da nun die Aussetzung des Strafvollzuges auch von Umständen abhängig ist, die mit der strafbaren That nichts zu thun haben, so ist nicht leicht einzusehen, warum beim Fehlen dieser Voraussetzungen an Stelle der bedingten Verurtheilung eine Strafe von mindestens sechs Wochen Freiheitsentziehung treten soll. Ein derartiger Vorgang würde den Eindruck so weitgehender Ungerechtigkeit machen, daß die kurzzeitige Freiheitsstrafe wenigstens für die Fälle wird beibehalten werden müssen, in denen die bedingte Verurtheilung nur wegen Mangel der äußeren Umstände, unter denen sie allein verhängt werden kann, nicht platzgreift.

Ein letztes Moment sei noch erwähnt, das mit der Einführung der bedingten Verurtheilung zwar noch keineswegs gegeben ist, durch dieselbe aber leicht erzeugt werden kann: die Gefahr einer gewissen Flüchtigkeit in der Beurtheilung der Schuldfrage in Fällen, in denen dem wegen Verdachtes einer strafbaren Handlung eingelieferten Individuum die Wohlthat der bedingten Verurtheilung zu Gute käme. Die bedingte Verurtheilung wird, wenn auch nicht in gleichem Maße, so doch in gleicher Weise, wie auf den Verurtheilten, so auf den Richter den Ein-

druck üben, daß die ausgesprochene Verurtheilung ihre Bedeutung eigentlich erst erhält, wenn der bedingt Verurtheilte neuerlich delinquirt. Der Richter, der gleichzeitig mit der Verurtheilung die bedingte Aussetzung des Vollzuges der im Urtheile festgestellten Strafe ausspricht, wird leicht geneigt werden, diesem Urtheile geringere Bedeutung beizulegen; das Uebel, das sonst unmittelbare Folge der Urtheils für den Verurtheilten ist, fällt hier weg, die eventuell doch abzubüßende Strafe erscheint nicht als Folge des Urtheils, sondern als Folge neuerlicher Begehung eines Delictes innerhalb der kritischen Zeit. — Die Anforderungen, die an Jene gestellt werden, welche sich dem richterlichen Berufe widmen, sind hoch und schwierig zu erfüllen; es ist allerdings nicht zu leugnen, daß mit der Größe der Aufgabe auch die Kraft, das Bewußtsein der Pflicht und der Verantwortung wächst, indessen darf nicht übersehen werden, daß unser Richteramt von Menschen geübt wird, und daß daher jede Maßregel zu meiden ist, welche menschliche Schwächen erzeugt oder vergrößert. Die Aussetzung des Strafvollzuges halten wir für eine solche Maßregel. Es ist eben die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der überbürdete Richter, dem die Menge der Arbeit die Möglichkeit voller Gründlichkeit benimmt, in den Fällen, in denen er mit einer bedingten Verurtheilung vorgehen kann, auf Verdachtsgründe hin, die ihm sonst zu einer Verurtheilung nicht genügen würden, die ihn bestimmen würden, die Sache noch näher zu untersuchen, die Angelegenheit für den Ausspruch einer bedingten Verurtheilung reif hält. Er wird von der sich leicht aufdrängenden Erwägung geleitet werden, daß, sollte der vor Gericht Gestellte thatsächlich das Delict begangen haben, das ihm zugemuthet wird — die bedingte Verurtheilung eben am Platze ist; der Zweifel an der Schuld des Angeklagten findet aber einen starken Feind in dem Satze, daß mit einer solchen bedingten Verurtheilung nicht viel gethan ist, denn werde sich der Verurtheilte ferner brav halten, dann habe die erfolgte Verurtheilung keine Bedeutung; werde er aber bald wieder wegen eines Delictes vor Gericht gestellt, dann sei es Zeit, die Frage der Schuld zu erwägen und in manchen Fällen, wenn es sich um die Begehung eines Delictes ähnlicher Art handelt, werde gerade die neuerliche Begehung des Delictes es wahrscheinlich machen, daß der Thäter auch das frühere Delict begangen hat. Die Verantwortlichkeit für den Urtheilsspruch wird so auf die Schultern des eventuell kommenden Richters überwälzt. Wir wiederholen es: wir sind von der Gewissenhaftigkeit unseres Richterstandes überzeugt, allein weil uns große Achtung vor diesem Berufe erfüllt und weil wir nicht blind sein wollen gegen Gefahren, die dieser schwierigen Pflichterfüllung drohen, so glauben wir, daß jede neue Maßregel auch von diesem Standpunkte aus gewürdigt werden sollte.

Wir gelangen somit zum Resultate, daß die Einführung der Maßregel der Aussetzung des Strafvollzuges (die bedingte Verurtheilung)

nicht zu empfehlen ist[15]), weil ihr zunächst principiell schwerwiegende Bedenken, ferner Schwierigkeiten hinsichtlich ihrer Durchführung entgegenstehen und weil sie das angebliche Uebel nicht zu beseitigen vermag, das den Gedanken der bedingten Verurtheilung erzeugte: die kurzzeitige Freiheitsstrafe. Wir können uns daher auch mit der Einführung der bedingten Verurtheilung in dem Entwurfe unseres Strafgesetzes nicht befremden. Auf einzelne Bestimmungen des Strafvollzuges in diesem Entwurfe einzugehen, behalten wir für ein anderes Mal vor, an dieser Stelle sei nur noch auf Eines hingewiesen: auf die dringende Nothwendigkeit, zu dem Entwurfe ein Durchführungsgesetz betreffend den Vollzug der daselbst eingeführten Strafarten vorzubereiten, damit der Inhalt der einzelnen Strafarten nicht nur genauer bestimmt, sondern auch für die verschiedenen Orte, an welchen die Strafen zum Vollzuge gelangen, gleich bestimmt werde, und damit nicht wieder ein Zustand, der dem heutigen gleicht und der in dem Strafensystem, wie ihn das Gesetz gedacht hat, nie vorgesehen war, als Sturmbock benützt werde gegen dieses Strafensystem.

---

[15]) Erwähnenswerth ist, daß nach einer Mittheilung, die wir Herrn Prof. Brunnenmeister verdanken, sich sämmtliche Vorstände der Gerichte I. u. II Instanz in Preußen mit Ausnahme Eines (Halle) entschieden gegen die bedingte Verurtheilung ausgesprochen haben. Vgl auch Binding, Normen, 2. Aufl. S. 417, Anm 4.

c. 3.

Zur Entstehungsgeschichte

der

Theresianischen

Halsgerichtsordnung,

mit besonderer

Rücksicht auf das im Artikel 58 derselben behandelte

crimen magiæ vel sortilegii.

Von

M. Friedrich von Maasburg,

Doctor sämmtlicher Rechte und Hofsecretär in der Cabinetskanzlei Sr. k. und k. Apostol. Majestät des Kaisers Franz Joseph I.

ODKAZ
PROF. DRA FRANTIŠKA STORCHA
UNIVERSITĚ MASARYKOVĚ

Wien.

Manz'sche k. k. Hofverlags- und Universitäts-Buchhandlung.

1880.

Alle Rechte vorbehalten.

Seiner Excellenz

dem

hochwohlgebornen Herrn

Dr. Julius Glaser,

Großkreuze des kaiserl. österr. Leopold-Ordens, Ritter des Ordens der eisernen Krone I. Cl., Comthur des Franz-Joseph-Ordens m. d. St., Großkreuze des herzogl. nassau'schen Adolph-Ordens, Seiner k. und k. Apostolischen Majestät wirklichem geheimen Rathe, Generalprocurator am k. k. obersten Gerichts- als Cassationshofe in Wien ꝛc. ꝛc. ꝛc.

hochachtungsvoll gewidmet

vom

Verfasser.

Vorwort.

Bei den Vorarbeiten zu meiner 1879 publicirten Geschichte der Wiener obersten Justizstelle, stieß ich im oberstgerichtlichen Archive auf mehrere, die Judicatur in Hexenprocessen betreffende Actenstücke aus der Regierungsepoche Maria Theresia's, welche einerseits die volle Befangenheit des Richterstandes in dem Aberglauben jener Zeit, andererseits aber auch den hellen Blick der Kaiserin sowie ihr stetes Bemühen documentiren, allen damals auf das Zauberwesen Bezug habenden Mißbräuchen thunlichst zu steuern.

Eben dieser Gegensatz in den Anschauungen der maßgebenden Kreise bei Beurtheilung der für die Criminalistik des vorigen Jahrhunderts noch bedeutungsvollen Fragen rücksichtlich der Realität und Folgen teuflischer Einwirkungen, veranlaßte mich zunächst, dem Standpunkte nachzuforschen, welchen die von der Kaiserin seit 1752 mit der Bearbeitung einer neuen peinlichen Gerichtsordnung betraute, wiederholt reorganisirte Hofcommission diesfalls einnahm, und da die von mir eruirten, wenngleich leider unvollständigen amtlichen Quellen nicht nur über das Verbrechen der Magie manches Interessante, sondern zugleich vielfache Anhaltspunkte boten, um wenigstens die äußere Entstehungsgeschichte der Theresiana bis zu ihrer endlichen Kundmachung zu verfolgen, so war ich anknüpfend

an das bereits 1866 vom Hofrathe Dr. Wahlberg Mitgetheilte*) bemüht, auch die letztere zum Abschlusse zu bringen, und übergebe nunmehr Alles, was mir in beiden Richtungen mittheilenswerth schien, der Oeffentlichkeit.

Die aus den bisher unbekannten, zur Theresiana verfaßten Motivenberichten der Compitationscommission extrahirten Stellen fanden im zweiten Abschnitte sowohl ihres Inhaltes wegen, als auch deshalb wortgetreue Aufnahme, weil sie sammt den ihnen beigefügten staatsräthlichen Gutachten und a. h. Entschließungen deutlich zeigen, in welcher Art man überhaupt bei der Schaffung des Gesetzes vorging und wie gründlich die gegen dasselbe während der Endberathungen erhobenen Bedenken an höchster Stelle erwogen wurden.

Schließlich fühle ich mich ganz besonders verpflichtet, Sr. Excellenz dem Herrn Staatsrathe Freiherrn von Braun für die wohlwollende Bereitwilligkeit, mit der er mir die a. h. Bewilligung zur Benützung des geheimen Cabinetsarchivs erwirkte, meinen ehrfurchtsvollen Dank auszusprechen, zumal nur hiedurch namentlich dort, wo auf die innere Geschichte der Codification Bedacht zu nehmen war, störende Lücken ausgefüllt werden konnten.

Wien, am 16. September 1880.

Dr. v. Maasburg.

*) In seinem von mir wiederholt citirten Aufsatze über die „Genesis der Theresiana", welcher zuerst im Jahrg. 1866 der allg. österr. Gerichts-Zeitung erschien.

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Verfolgung des crimen magiae vel sortilegii in den österreichischen Erbländern, auf Grund der daselbst seit dem 16. Jahrhunderte erlassenen Halsgerichtsordnungen. Die 1752 zur Combinirung der Ferdinandea und Josephina berufene Criminalcommission hält diesbezüglich den bisherigen Standpunkt der Gesetzgebung fest. Langsamer Fortschritt und endliche Sistirung der combinirenden Berathungen während der Jahre 1755—1758. Wiederaufnahme derselben seit dem Jahre 1759. Aeußerungen der Kaiserin Maria Theresia über das Zauber- und Hexenwesen. Circularverordnungen behufs Regelung des Vorganges der Halsgerichte bei einlangenden Anzeigen wegen des „Lasters der Zauberei". Ansuchen der Criminalcommission um Einholung eines Gutachtens der Theologen über die Magie. Uebergang der Arbeiten zur Schaffung eines neuen Strafgesetzbuches an die pro compilatione codicis Theresiani aufgestellte Hofcommission. Erlassung eines die Zauberei, Hexerei und Wahrsagerei betreffenden besonderen Gesetzartikels (5. November 1766). Unveränderte Aufnahme desselben in den zweiten Theil der Theresiana. Kritische Bemerkung des Fürsten Kaunitz rücksichtlich dieser Verfügung . . . . . 1—16

II. Endliche Vorlage des neuen Strafgesetzbuches zur a. h. Sanctionirung. Beide Theile desselben werden vorher im Entwurfe dem Prager Appellationspräsidenten Grafen Wieschnik zur Abgabe eines Gutachtens übergeben. Abschluß der Codificationsarbeiten durch Erstattung umfassender Motivenberichte seitens der Compilations-Commission über die ihr mitgetheilten Bemerkungen Wieschnik's. Mittheilung einzelner Stellen aus den vorerwähnten Commissionsberichten sammt den hierüber erflossenen a. h. Entschließungen, u. zw. zu den Artikeln: 33 (§§. 7, 18 und 19), 38 (§. 17), 39 (§§. 4 und 12), 41 (§§. 2 und 3), 42 (§. 10), 53 (§. 1) und 85 (§. 7) des Entwurfes der Theresianischen Halsgerichtsordnung . 17—43

Anhang.

1. Artikel von der Zauberei, Hexerei, Wahrsagerei und dergleichen, kundgemacht am 5. November 1766. — 2. Gutächtliche Aeußerung des Staatskanzlers Fürsten von Kaunitz über die peinliche Halsgerichtsordnung Maria Theresia's, an den Staatsminister Georg Fürsten von Starhemberg gerichtet . . . . . 45—60

Abkürzungen:

A. g. allergnädigst.
A. h. allerhöchst.
A. u. V. allerunterthänigster Vortrag.
Geh. Cab.-Arch. geheimes Cabinets-Archiv.
N. ö. niederösterreichisch.
O. G. H. oberster Gerichtshof.
O. ö. oberösterreichisch.
V. ö. vorderösterreichisch.

I.

„Man ist in unserer Zeit versucht zu lächeln, wenn von Hexen und Zauberern die Rede ist. Manche glauben kaum, daß Hexen und Zauberer das Thema einer ernsten wissenschaftlichen Untersuchung sein können. Aber dieses Thema war ein furchtbar ernstes für unsere Voreltern .... welches lange Zeit die Redlichsten, Besten, Aufgeklärtesten für sich und die Ihrigen zittern machte." E. G. v. Wächter.

Die aus religiöser Befangenheit und dem altvererbten Glauben an dämonische Wunder hervorgegangenen, das crimen magiae vel sortilegii betreffenden Verfolgungen, welche sich seit dem fünfzehnten Jahrhunderte wie eine „epidemische Krankheit" über Europa verbreiteten [1]), hatten mit all' ihren traurigen Consequenzen, auch die österreichischen Lande heimgesucht. [2])

[1]) Dieses zutreffenden Vergleichs bedient sich Hegel in seinen „Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte" (Berlin, 1837), S. 427. Eingehend behandelt die gerichtliche Verfolgung der Hexen und Zauberer in Deutschland vom XV. bis zum XVIII. Jahrhunderte Wächter in seinen „Beiträgen zur deutschen Geschichte, insbesondere zur Geschichte des deutschen Strafrechts", wo auch (S. 279 ff.) die einschlägige voluminöse Literatur angeführt erscheint. In Kürze besprochen wird das Zauber- und Hexenwesen der mittelalterlichen und späteren Zeit in Scherr's Geschichte der Religion, III. Bd., S. 247 ff. Auch in seiner „Geschichte deutscher Cultur und Sitte" (Cap. VII) und in der „Geschichte der deutschen Frauen" (Cap. IV) widmet Scherr diesem Gegenstande seine Aufmerksamkeit. Außerdem verweisen wir auf: J. Peter Frank: „System einer vollständigen medicinischen Polizei" (Wien, 1790), Bd. IV, S. 463 ff. Dr. Ed. Henke: „Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts" (Sulzbach, 1809), II. Thl., S. 24 u. ff. Thr. Gottlieb Konopak: „Beitrag zur Geschichte der ehemaligen Hexenprocesse" im neuen Archiv des Criminalrechts (Halle, 1817), Bd. I, S. 304 ff. Dr. E. F. Klein's Bemerkungen über die Hexenprocesse, besonders zu Ende des XVI. Jahrhunderts, Archiv des Criminalrechts, Bd. II, S. 119. J. Abegg: „Der Aberglaube und das Verbrechen. Beitrag zur Strafrechtsgeschichte", Archiv des Criminalrechts, Jahrg. 1856, S. 369 ff. Daß übrigens der Hexenglauben auch in unserem Jahrhunderte noch nicht ganz erloschen ist, darüber vergleiche A. L. Back's: „Merkwürdige Hexenprocesse nebst einer Geschichte des Hexenwesens überhaupt" (Altenburg, 1848), S. 175 ff. und insbesondere die Mittheilung Jagemann's im „Gerichtssaal", III. Jahrg. (1851), Bd. II, S. 98 ff.

[2]) Die Consuetudines austriacae von Joh. B. Suttinger (Nürnberg, 1718) weisen (S. 908) auf zwei im Jahre 1618 zu Haimburg und Bruck a. d. Leitha wegen Zauberei durchgeführte Processe hin. Das Rescript Kaiser Leopold I. vom 8. October 1679 (Codex austr. Bd. I, S. 475) rügt es, daß in einem Hexenprocesse wider mehrere Frauenspersonen beim n.-ö. Landgerichte, mit Umgehung der höheren Instanz, neue, in Oesterreich bisher „ungewöhnliche Genera und Instrumenta Torturae" angewendet worden seien, und verordnet die sogleiche Abschaffung des sogenannten Nagelbettes. Auch Joh. Jac. v. Weingarten führt in seiner „Silva variarum observationum et

Die Theologie ging hier ebenso wie anderwärts mit der Jurisprudenz Hand in Hand [3]), und da die Zauberei von den geltenden Gesetzen übereinstimmend unter die peinlichen Verbrechen eingereiht erschien [4]), war der inquisitorischen und strafenden Thätigkeit der Gerichte, welche in der Zeit des Verfalles der Strafrechtspflege bis zu den höchsten Instanzen hinauf mehr weniger unter dem Einflusse der Carpzow'schen Schule standen, Thür und Thor geöffnet. [5])

juris quaestionum" (Prag, 1683), S. 400 an, daß in den Jahren 1680 und 1681 vom böhmischen Appellationscollegium, welches damals auch für Mähren als zweite Instanz fungirte, verschiedene, u. z. meistens Weibspersonen aus Ullersdorf in Mähren, denen man die magia diabolica zur Last legte, zur Feuerstrafe condemnirt wurden. Vergl. ferner: Joh. Chr. Gräff: Versuch einer Geschichte der Criminalgesetzgebung 2c., auch des Hexen- und Zauberwesens in der Steiermark. Graz, 1817, S. 149 ff. Dr. Jg. Pfaundler: Die Hexenprocesse des Mittelalters mit specieller Beziehung auf Tirol. (Innsbruck, 1843). Dr. Fr. Müller: Beiträge zur Geschichte des Hexenglaubens und des Hexenprocesses in Siebenbürgen (Braunschweig, 1854), woselbst auf S. 7 ff. und S. 55 zugleich der Einfluß der Inquisition auf die gesellschaftlichen Zustände Ungarns Berücksichtigung findet. Der gerichtlichen Verfolgung des Zauberwesens bei den Magyaren geschieht überdies Erwähnung bei: Endlicher „Die Gesetze des heil. Stefan" (Wien, 1849), S. 178 ff. und bei Henke l. c. S. 215. S. endlich auch Arneth: Geschichte Maria Theresia's (Wien, 1870), Bd. IV, S. 110.

[3]) Wir verweisen in dieser Hinsicht auf Weingarten a. a. O. S. 399 ff. und auf Joh. Chr. Fröhlich de Fröhlichsburg's Commentar zur peinl. Halsgerichtsordnung Carl V. oder „kurtze doch gründliche Unterweisung, wie ein dem richterlichen Amt obliegender Nachforschung- oder Inquisitionsproceß nach Gelegenheit und Herkommen der kaiserlichen, churfürstlichen wie auch andern, sonderlich der Ober- und Unterösterreichischen Fürstenthümer und Lande, auch nach Inhalt Tyrolischer Statuten, Niederösterreichischer Lands-Ordnungen 2c. zu Protokoll zu bringen und zu vollführen sei" (Frankfurt und Leipzig, 1727). Zweiter Tractat, I. Buch, Tit. 3, S. 18 ff. Vergl. auch Jenull: Das österreichische Criminalrecht. Graz, 1808, I. Th., S. 87; Anmerk. bei Gräff a. a. O. S. 170 ff.

[4]) Bereits in der Landgerichtsordnung Kaiser Maxmilian I. für das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns vom 21. August 1514, erscheint unter den Verbrechen auch die Zauberei angeführt. (Vergl. Hye's „Beitrag zur österreichischen Strafrechtsgeschichte" in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit, Jahrg. 1844, Bd. I, S. 384.) In gleicher Weise zählt die Landesordnung Ferdinand I. für Krain und die angereihten Herrschaften 2c. vom 18. Februar 1535 (Edit. Laibach, 1707, S. 6.) unter den „Sachen und Thaten, so für Blut-Malefitz und Landgerichts-Händel geacht und verstanden werden", die Zauberei auf. Die unter Erzherzog Carl II. erlassene Land- und peinliche Gerichtsordnung des Fürstenthums Steyer vom 24. Dec. 1574 (Edit. Graz, 1638) bestimmt im Art. 75 des I. Theiles: „Item so jemand den Leuthen durch Zauberey Schaden oder nachtheil zufügt, der soll mit dem Fewer vom Leben zum Todt gestrafft werden. Wo aber Jemand Zauberey gebraucht und damit niemand Schaden gethan hatt, soll sonst nach gelegenheit der Sachen, darinn das Gericht Raths gebrauchen solle, gestrafft werden". Leopold's I. Landgerichtsordnung für Oesterreich ob der Enns vom 14. August 1675 reiht die Zauberei unter die „purlauteren Malefitzfälle", handelt von ihr umständlich im III. Th., Art. 2 (§. 1—6) und schärft strenge ein zu untersuchen: ob die beschuldigte Person nicht „wahre Teuffels-Zaichen an ihrem Leib habe". Ebenso wird die Zauberei in Ferdinand's III. „Neuer peinl. Landgerichtsordnung in Oesterreich unter der Enns" vom 30. December 1656 (II. Th., Art. 60), in Josef's I. peinl. Halsgerichtsordnung vom 16. Juli 1707 (Art. 19, §. 3) und in den böhmischen Stadtrechten (O—2, N—35 und P—24) als todeswürdiges Verbrechen bezeichnet. Die Tiroler Polizeiordnung vom 14. December 1573 will zwar (im Abs. 13) die Zauberer und Wahrsager nur wie Gotteslästerer behandelt und durch Auflegung von Geldstrafen verfolgt wissen; dessen ungeachtet aber wurde diesfalls besonders in Südtirol, ebenso wie in den österr. Vorlanden, nach der peinl. Halsgerichtsordnung Carl V. (Art. CIX) judicirt.

[5]) Ueber Benedikt Carpzow, der sich nicht über seine Zeit zu erheben vermochte, dessen Werke aber bei Theoretikern und Praktikern im XVII. und XVIII. Jahrhunderte eine fast gesetzliche Autorität genossen, vergl. Henke a. a. O. S. 150 ff.

Als man 1752 in Wien zu einer Combinirung der in Niederösterreich und Böhmen geltenden peinlichen Gerichtsordnungen Ferdinand III. und Josef's I. schritt und diese Arbeit bald nach ihrem Beginne von der Idee getragen wurde, für die deutschen Erblande der Monarchie eine gemeinsame Criminalgerichtsordnung zu statuiren [6]), war leider das Licht der Aufklärung welches sich seit Bekker und Thomasius allmälig Bahn brach und schließlich in den Hexenprocessen nichts als einen grausamen Unsinn erkennen ließ, bis zu der ad hoc berufenen, aus Justizhofräthen zusammengesetzten Commission [7]), noch nicht vorgedrungen.

Den Commissionsmitgliedern, welche überhaupt eine eigentlich kritische Beurtheilung der beiden vorerwähnten Halsgerichtsordnungen unterließen, fiel es gar nicht ein, auch nur den leisesten Zweifel wider das gesetzlich anerkannte crimen magiae anzuregen und auf die Verwerflichkeit des bisher in Hexensachen beobachteten Verfahrens hinzuweisen.

Bei der am 12. Januar 1753 stattgehabten Berathung über den Art. XXIV der Ferdinandea [8]), wurde keinerlei Bemerkung laut, welche die Existenz der daselbst im §. 3 unter den „haimblich begangenen Lastern" aufgezählten Zauberei in Frage gezogen hätte, und in der Commissionssitzung vom 16. März 1754 fand der Referent dem §. 3 des Art. XIX der später die Compilirungsbasis bildenden Josephina [9]),

E. G. Wächter: „Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere gemeines deutsches Strafrecht" (Leipzig, 1844), S. 103 ff. Wächter's Beiträge S. 291. Soldan: „Geschichte der Hexenprocesse" (Stuttgart, 1843) S. 403 ff. E. R. Köstlin „Geschichte des deutschen Strafrechts" (Tübingen, 1859), S. 221 ff. Das gerichtliche Verfahren, welches man bei Verfolgung der für ein crimen exceptum geltenden Zauberei beobachtete, schildert Wächter in seinen Beiträgen S. 99 ff., 317 ff., dann Soldan a. a. O. S. 215 ff. Der Angeklagte war fast jedes rechtlichen Vertheidigungsmittels beraubt und allen erdenklichen Mißhandlungen ausgesetzt. „Geistliche lockten und schreckten, Büttel plagten und suggerirten, Richter logen und betrogen, wenn es auf andere Art nicht gehen wollte. Jeder hielt sich zu Allem gegen das Hexenvolk berechtigt, weil er damit entweder dem Himmel einen Dienst zu leisten glaubte oder sich selbst."

[6]) Die äußere Geschichte der ersten Stadien der Theresianischen Criminalcommission beleuchtete Hofrath Dr. Wahlberg in seinen „Bruchstücken der Genesis der Theresiana". S. dessen ges. kl. Schriften (Wien, 1877), Bd. II, S. 115 ff. Bereits in dem vom Hofrathe Pöck in der Commissionssitzung vom 23. September 1752 vorgelegten Entwurfe des aus Anlaß der bevorstehenden Combinirungsarbeiten an die verschiedenen Länderstellen zu erlassenden kaiserlichen Rescripts heißt es: „Wan nun aber Uns als Landes-Fürstin vielen Weegs daran gelegen, daß bei Unseren Insassen und Unterthanen der tugendhafte Lebenswandel fortgepflanzet, das dagegen streittende landesverderbliche Laster ausgerothet und bestrafet, folgbahr auf solche weiß die Gott geheilligte, das gemeine Weesen allein erhaltende Justiz gehandhabet und beförderet werde, in welch heilsamen und höchst verpflichten Absehen Wir dan beschlossen, allen dißfalls unterwaltenden Gebrechen und Unordnungen nachdrücklich zu steuern, mithin in all Unseren Erb-Königreich und Landen eine so viel es möglich allerdings hinlängliche und gleichförmige Criminal-Saz und Ordnung einzuführen — als befehlen Wir euch . . . 2c." (Archiv des obersten Gerichtshofes).

[7]) Der Commission waren anfänglich unter dem Vorsitze des Mich. Joh. Grafen von Althann, die Hofräthe Turba, Hüttner, Mühlensdorf und Pöck zugetheilt. Letzterer führte zunächst das Referat. Mühlensdorf fungirte einige Zeit als Correferent. Vergl. meine „Geschichte der obersten Justizstelle" (Prag, 1879), S. 79, Anmerk. 31.

[8]) Derselbe handelt: „Von der Nachforschung, ob die That würcklich beschehen sey und sich in Wahrheit also befinde."

[9]) Anfangs ging die Commission bei ihren Berathungen von der Ferdinandea aus und gelangte ziemlich rasch bis zum 27. Art. der letzteren; seit dem 31. März 1753 diente aber die Josephina der Compilirung zur Grundlage. (Vergl. Wahlberg a. a. O. S. 117.) Der Art. 19 der Josephina führt die Aufschrift: „Auff was

welcher umständlich von dem Verbrechen der Zauberei handelt, einfach „seines orths nichts beizusetzen, massen die Josephina cum Ferdinandea dießfahls gänzlich übereinkomme."

Auch den im Art. V, §. 5 der Josephina als möglich bezeichneten Fall: daß ein Mensch durch Zauberei beschädigt worden oder umgekommen ist, beanständete die Commission nicht; ja als am 7. Januar 1755 diese Gesetzesstelle nochmals zur Sprache kam, ward sogar über Motion des Referenten beschlossen, der größeren Deutlichkeit wegen in einem besonderen Paragraphe auszusprechen: „Wäre aber Jemand durch Zauberey an Leib und Gesundheit verlezet und gar umb das Leben gebracht worden, so sind nicht nur der beschädigte Leib und die daran gebliebenen Bezauberungs-Merkmahle genau zu besichtigen, sondern es sollen auch die bei dem verlezten oder verstorbenen Menschen gewesten Zeugen über alle Umstände, so sich mit dem Bezauberten und auf was Arth zugetragen, über was sich derselbe erstlich beklaget oder wie er verschieden seye, besonders examiniret, und die erfundenen zauberischen Sachen, als Bücher, Töpf, Spiegel, Kräuter, Öhl, Salben, zauberische Wachs-Kertzeln und dergleichen, denen Criminal-Actis beigelegt werden." Ebenso wurden in der Commissionssitzung vom 28. Januar 1755 nicht nur die im Art. XIII, §. 4 der Josephina zur Constatirung des Lasters der Zauberei angeführten Indicia specialia beibehalten [10]), sondern diese überdies aus den im Art. LX der Ferdinandea enthaltenen „Anzaigungen zur Nachforschung" ergänzt.

Indeß gingen diese, die Adaptirung der Josephinischen Halsgerichtsordnung bezweckenden Arbeiten, nachdem sie bereits bis zur Hälfte vorgeschritten waren, 1756 auf die behufs Verfassung eines codex universalis berufene Compitalions-Commission über und geriethen hiedurch, weil man ihnen daselbst nicht die erforderliche Aufmerksamkeit schenkte, bald ganz ins Stocken. [11]) Erst als die Kaiserin hierauf vom obersten Justizpräsidenten Grafen Korzensky anläßlich der Berichterstattung über den status justitiae für das Jahr 1758 aufmerksam gemacht wurde, befahl sie, daß die Berathungen sofort wieder bei einer eigenen Commission

weise die übelthäter dem Verdienst und Ihren Umständen nach zu bestraffen seynd" und behandelt in 46 Paragraphen die einzelnen Delicte.

[10]) Als solche Indicia erscheinen daselbst aufgezählt: „Aberglaubische Gesundheitsmittel, Schaden so allzeit in gegenwart deß Inquisiten beschehen und niemahl in dessen Abwesenheit; bei ihm oder Ihr gefundene verdächtig- oder verbothene Bücher, Spiegl, Verbündnus mit dem bösen Feind, mit ungewöhnlichen Ziffern oder Zeichen, mit oder ohne Bluth geschriebene Zettel, Todtenbein, an deß Inquisiten Leib unschmertzhafft befundene Merckmahle und sonsten zur Zauberey gebräuchliche Sachen gedroheter und erfolgter nicht allerdings natürlicher Schaden, übernatürliche Wissenschafft zu künfftiger oder unbegreifflicher Dinge, von schlechten Leuten angemaste Wahrsagerey, etwas besonders vor anderen, zum gleichnus: wann ihre Felder grünen, deren andern dürren, ihr Vieh nutzbahr, anderer verdorben 2c. Wann die in Verdacht gekommene Person andere Leuthe die Zauberey zu lehren sich anerbothen, Menschlich unbegreiffliche Thaten würcket, in der Lufft herumb fahret 2c."

[11]) Weder Azzoni noch Pöck, welche als Referenten in Aussicht genommen waren, vermochten wegen anderweitiger Berufsgeschäfte die Arbeit zu fördern. Die wenigen Daten, welche oben über den Fortgang der Compilationsarbeiten in Strafsachen geboten werden, entnahm der Verf., bei der Unvollständigkeit der eigentlichen Commissionsacten, vornehmlich den interessanten Jahresberichten, welche der oberste Justizpräsident der Kaiserin über den Stand der Justizgeschäfte [status justitiae] zu erstatten hatte. (Vergl. über diese Berichte meine Geschichte der obersten Justizstelle, S. 54 ff.)

fortzusetzen und die derselben beizuziehenden Hofräthe in Vorschlag zu bringen seien. [12]) Diesem letzteren Auftrage kam die oberste Justizstelle am 3. September 1759 nach [13]), und da ihr Antrag a. h. Orts die Genehmigung erhielt, nahm die neu constituirte Criminalcommission, bei welcher anfangs Pelser als Referent und Mühlensdorf als Correferent fungirte, das durch mehrere Jahre unterbrochen gewesene Codificationsgeschäft, wieder in Angriff. [14])

Die erste Sitzung fand am 21. September 1759 statt. Man einigte sich zunächst dahin, alle in dem bereits vorliegenden Combinirungselaborate noch offen gelassenen Fragen zusammenzustellen, und bei der nunmehr berufenen Commission einer endgiltigen Beschlußfassung zu unterziehen. Um ferner den Referenten zu unterstützen und in der Fortsetzung des ganzen Werkes nicht zu hemmen, wurde Hofrath Mühlensdorf damit

[12]) Die betreffende a. h. Entschließung langte am 21. August 1759 herab und lautete: „wegen josephinischen Halsgericht ist es schonn über die hellfte der arbeit gekommen, und will das selbe in 3 oder 4 monathen solle ausgearbeit sein; mir dessentwegen die räthe vorzuschlagen". (Arch. d. oberst. Ger.-H.)

[13]) In dem Sitzungsprotokolle des böhmischen Senates vom 3. September 1759 erscheint eingetragen: „Nachdem Ihre Majestät auf den zu höchsten Handen abgegebenen, diesortigen statum justitiae unter Anderem resolviret, daß die vorgehabte und über die Helffte zu Stand gebrachte, hernachmahls aber sistirt wordene Combinirung der Josephinae mit der Ferdinandaeischen zur Einführung einer allgemeinen Peynlichen Hals- und Landgerichtsordnung ferners fortgesetzet und das hierzu erforderliche Personale in Vorschlag gebracht, somit das gantze Werk in Zeit von 3 bis 4 Monath vollendet werden solle, so ist befunden worden Ihro Majestät zur Zusammensetzung dieser unter dem Praesidio Sr. Exc. des Herrn Vicepräsidentens Grafen v. Althann fortzuführenden Commission nachfolgende Herren Hofräthe, benamtlich den Grafen Perlas, von Mühlensdorf, Pelser, Bourguignon, Azzoni und Holger, u. zw. den Hofrath von Pelser zum Referenten im Platz des Hofrathes von Pöck und den von Mühlensdorf pro Correferente zur höchsten Begnehmigung in Vorschlag zu bringen." (Arch. d. oberst. Ger.-H.)

[14]) Freilich ging der Wunsch der Kaiserin, es möchte die ganze Arbeit in 3 bis 4 Monaten zu Ende gebracht werden, nicht in Erfüllung. In einem a. u. Vortrage vom 22. November 1759 versicherte zwar der oberste Justizpräsident: „daß die unter dem Praesidio des Grafen von Althann a. g. aufgestellte Hofcommission in Adaptirung der Nemesis criminalis Josephinae auf die österreichischen Erblande, wirklich seit einiger Zeit im Werke begriffen seyn, auch diese Arbeit zu befördern und sobald nur möglich vollends zu Stand zu bringen mit allem Eyffer sich bestrebe"; — allein die Sache nahm trotzdem einen so langsamen Fortgang, daß der mit Zugrundelegung der Josephina verfaßte Entwurf erst am 16. April 1761 mittelst eines gemeinschaftlichen Protocolls des Directoriums und der obersten Justizstelle a. h. Orts vorgelegt wurde. Zudem tauchten nun selbst im Staatsrathe neue Bedenken auf, ob es nicht doch besser gewesen wäre, das Gesetz „quoad formale nach der Eintheilung und Norma der Ferdinandea", welche viel deutlicher als die Josephina verfaßt sei, einzurichten. In der unter dem Vorsitze der Majestäten am 16. Mai 1761 stattgehabten Sitzung des Staatsrathes, wurde sohin beschlossen, die Commission zu beauftragen: „es solle das Gute von der Ferdinandea in formali beybehalten und das Gute, so sich quoad materiale in der Josephina befindet, der Ferdinandea beigesetzet, das materiale internum gegen einander gleichgestellet, folglich aus den beiden Halsgerichtsordnungen eine dritte gemacht, diese mit Abolirung der zwey ersteren Namen Theresiana geheißen und das neue Formulare wieder ad approbandum vorgelegt werden." (Geh. Cab.-Arch.) In Folge dessen begannen die kaum abgeschlossenen Codificationsarbeiten von Neuem und wurden nunmehr der „pro compilatione codicis Theresiani" aufgestellten Hofcommission übertragen. Mit a. h. Handbillet vom 8. Juni 1761 (intim. 11. Juni) bestimmte die Kaiserin den Hofrath Holger, weil „er ein geschwinder Arbeiter ist", zum Referenten, und ließ es auch seitdem, wie die Acten ausweisen, nicht an wiederholten Betreibungen fehlen. Demungeachtet erfolgte thatsächlich die Publication der Theresiana erst 1769.

betraut, aus den früheren Berathungsprotokollen, welche die ersten sechzehn Artikel der Josephina behandelten [15]), einen Entwurf für die künftige Criminalgerichtsordnung zu verfassen. Auch erwirkte sich die Commission im Interesse der Beschleunigung das Recht, der Kaiserin unmittelbar und nicht erst durch die oberste Justizstelle Vortrag erstatten zu dürfen. Auf Grund des vorstehenden Arbeitsplanes schritt man während der nächsten Monate bis zum Art. XIX. der Josephina vor, und gelangte so bei der Berathung über die einzelnen Delicte nochmals zum „Laster der Zauberey". War nun seitens der früheren Commission gerade rücksichtlich dieses, von einer abergläubischen Criminalistik aufgestellten Verbrechens, einfach an dem Bestehenden festgehalten worden, so erschien dies gegenwärtig nicht mehr angezeigt. Den Commissionsmitgliedern konnte schon in Folge ihrer amtlichen Stellung nicht unbekannt sein, welchen Standpunkt Maria Theresia in dieser Hinsicht einnahm, zumal sich zur Klarlegung desselben, wie wir in Kürze hervorheben wollen, der obersten Justizstelle gegenüber wiederholt Gelegenheit geboten hatte. Daß sich aber die Anschauung der Kaiserin im Widerstreite mit den damals noch tief eingewurzelten Vorurtheilen der Geistlichkeit und des Richterstandes befand, dies geht unzweifelhaft aus nachstehenden a. h. Entschließungen hervor.

Bereits als im Jahre 1755 zu Hermersdorf in Mähren plötzlich der schon im Alterthume verbreitete Vampyrglauben auftauchte [16]) und über Veranlassung der Geistlichkeit sogar mehrere Exhumirungen stattfanden [17]), erließ Maria Theresia an sämmtliche Länder-Repräsentationen eine gegen jenen Irrwahn und das Gespensterwesen überhaupt gerichtete Circularverordnung und stellte die strenge Bestrafung der aus solchen Anlässen vorkommenden Betrügereien in Aussicht. [18])

[15]) Im December 1754 hatte man nämlich mit einer neuerlichen Berathung der bereits gefaßten Beschlüsse begonnen und war hierin bis zum Art. XVI der Josephina gelangt. Vergl. Wahlberg a. a. O. S. 118.

[16]) Ueber den Vampyrismus vergl. Soldan a. a. O. S. 45. Derselbe war auch eine nicht seltene Erscheinung in Schlesien, Polen und Ungarn, wie C. F. de Canz in seiner Schrift: „De cultibus magicis" (Wien, bei Trattner, 1767), S. 193 ff. ausführt.

[17]) Die bezüglichen Acten mit dem ärztlichen Befunde über die exhumirten Leichen erliegen im Archive des k. k. Cultusministeriums (Fasc. II Gener.).

[18]) Diese Verordnung (de dato Wien, 1. März 1755), welche der obersten Justizstelle mitgetheilt und von dieser an die ihr unterstehenden zweiten Instanzen zur geeigneten Verfügung hinausgegeben wurde, lautet: „Maria Theresia ꝛc. Wir haben eine Zeit lang mißfällig wahrnehmen müssen, daß nicht allein verschiedene von Unseren Landesinwohnern in ihrer Leichtgläubigkeit so weith gehen, daß sie dasjenige was ihnen im Traum oder Einbildung vorstellet oder durch andere betrügerische Leuthe vorgespiegelt wird, für gespenste und Hexerey halten, nicht minder denen für besessen sich ausgebenden Leuthen alsogleich den glauben beymessen, sondern daß sie auch in dieser ihrer Leichtglaubigkeitt öffter mahls von einigen mit Vorurtheil eingenomenen Geistlichen gestärket worden; wie dan letzthin in Unserem Marggrafenthum Mähren die Sach so weith getrieben worden, daß von der Geistlichkeit verschiedene Cörper unter dem Vorwand, daß sie mit der sogenannten magia posthuma behafftet gewesen, aus dem Freydhof ausgegraben und einige davon verbrennet worden; wo doch hiernechst bey der erfolgten Untersuchung sich nichts anderes als was natürlich ware befunden hat. Wiezumahlen aber hierunter mehrentheils aberglauben und Betrug stecket, und wir dergleichen sündliche Mißbräuche in Unseren Staaten künfftighin keineswegs zu gestatten, sondern villmehr mit denen empfindlichsten straffen anzusehen gemeinet seyen; alß ist Unser

Mit dem a. u. Vortrage vom 18. Juni 1756 legte ferner die oberste Justizstelle das Gnadengesuch des „in denen Gistebnitzer Frohnvesten insitzenden, Fürst Lobkowitzischen unterthänigen Viehhirten" Johann Polak, welcher „ex capite superstitionis et respective Magiae de rigore juris zum Schwertschlag" verurtheilt worden war, der Kaiserin zur höchsten Entscheidung vor. [19]) Laut des diesfalls vom Justizhofrathe Frankenbusch ausführlich verfaßten Referates, hatten mehrere Bewohner der Stadt Jistebnitz und Umgebung [20]) wider Johann Polak die Anzeige erstattet: derselbe verhexe ihre Hausthiere, so daß sonst ganz gesunde Kühe Blut statt Milch geben, Ochsen und Pferde durch Schlangenbisse verletzt erscheinen, einige davon bereits in Folge dieser Zauberei verkrüppelt und umgestanden sind und sich der hiedurch verursachte Gesammtschade auf sechzig Gulden beziffere. Das Jistebnitzer Halsgericht zog in Folge dessen den Beschuldigten sofort in Criminaluntersuchung, welcher bei seiner Vernehmung angab: es sei ihm vor längerer Zeit der böse Feind in Gestalt einer Schlange erschienen. Er habe von dieser letzteren begehrt, daß sie auf sein jedesmaliges Verlangen sich einfinden und den obigen Beschwerdeführern, welche ihn früher mehrfach gekränkt hätten, an ihrem Viehe empfindlichen Schaden zufügen solle. Dies wäre ihm zugesichert worden, worauf er dem Teufel, ohne denselben übrigens seine Seele ausdrücklich zu verschreiben, eine schwarze Henne zu opfern gelobt und sich sohin gestützt auf dieses Bündniß nicht nur der Schlange, sondern auch noch anderer zauberischer Mittel zum Nachtheile oder Nutzen der Hausthiere seiner Nachbarn bedient habe.

Das inquirirende Halsgericht legte nach geschlossenem Beweisverfahren den ganzen Erhebungsact der königlich böhmischen Appellationskammer zur Entscheidung vor. Die letztere erachtete zunächst, daß aus den Inquisitionsacten „von Seithen des Inquisiti das pactum explicitum formale cum daemone mit nichten zu entnehmen" und auch nicht zu ersehen wäre, von wem dieser die ihm zur Last gelegten Zauberkünste

Befehl, daß künfftig in allen derley Sachen von der Geistlichkeit ohne Concurrenz des Politici nichts vorgenohmen, sondern allemahl, wan ein solcher casus eines Gespensts, Hexerey, Schatzgraberey oder eines angeblichen vom Teufel Besessenen vorkommen solte, derselbe der Politischen Instanz sofort angezeiget, mithin von dieser mit Beyziehung eines vernünftigen Physici die Sach untersuchet und eingesehen werden solle, ob und was für Betrug darunter verborgen und wie sadan die Betrüger zu bestraffen seyn werden. Ihr werdet solchem nach diese Unsere allerhöchste Anordnung nicht allein dorten, wo Ihr es nöthig erachtet, kund machen, sondern dieselbe auch vornehmlich denen geistlichen Ordinariis mit dem Beysatz intimiren, daß sie ihren untergebenen Consistoriis und Geistlichen dißfalls so wohl die erforderliche Pastoral-Instruction ertheilen und sie andurch von ihren Vorurtheilen, mit welchen einige etwan behafftet seyn könten, ableithen, als auch vor allem dahin anweisen sollen, in vorbesagten Fällen allemahl die Sach denen Politischen Stellen anzuzeigen und die genaue Untersuchung vorher gehen zu lassen, worüber sodan de casu in casum der Bericht an Uns zu erstatten seyn wird." (Arch. d. oberst. Ger.-H.) Sie erscheint auch abgedruckt bei Canz l. c. S. 373, dann im Codex austriacus V, S. 935 und in der unter Josef II. neu veranstalteten Sammlung der Theresianischen Gesetze III, S. 172.

[19]) Wir entnehmen das Obige den übrigens zum Theile nur abschriftlich vorliegenden Acten der obersten Justizstelle und den Rathsprotokollen des böhmischen Senates aus dem Jahre 1756.

[20]) Die im Taborer Kreise gelegene Allod. Herrschaft Jistebnitz (Jistebnice) gehörte dem Fürsten Lobkowitz. Die Stadt Jistebnitz hatte zu jener Zeit noch die Blutbann-Jurisdiction, welche sie erst 1765 verlor. Vergl. Schmidt v. Bergenhold's Geschichte der Privatrechtsgesetzgebung und Gerichtsverfassung im Königreiche Böhmen (Prag, 1866), S. 280.

gelernt, sowie ob er hierin sein Eheweib oder seine Kinder unterrichtet habe, und verordnete deshalb, daß ein weiteres „examen per articulos stringentiores nicht nur mit dem Inquisito veranlasset, sondern auch dessen Weib und Kinder gerichtlich constituiret, nicht minder zugleich der Inquisitus, ob an demselben kein Hexen-Zeichen oder Stigma zu finden, durch den Creyß-Physicum nach der von Seithen der königlichen Appellation verfaßten Vorschrift visitiret, wie ingleichen ein in des Inquisiti Behausung gefundenes Krauth an den academischen Magistrat zu Prag pro Sentimento medico überschicket werde: ob nemlichen dieses Krauth zu Hexereyen zu gebrauchen oder was etwa dasselbe natürlicher Weiß für eine Würckung haben möge."

Obgleich nun die in Folge dieses obergerichtlichen Auftrages reassumirte Voruntersuchung nichts Neues ergab, am Leibe des Beschädigten „nach Anzeige des aydlichen Attestati chirurgici kein Hexen-Zeichen oder sonstiges Stigma gefunden worden und aus dem erstatteten Sentimento medico die eigentliche Kraft oder Würkung des allzusehr zerbreßelten obgemelten Krauths nicht zu entnehmen gewesen", wurde Johann Polak trotzdem von der Appellationskammer gemäß Art. XIX, §. 3 der Josephinischen Halsgerichtsordnung zum Tode durch den Schwertschlag verurtheilt[21]), über dessen Gnadengesuch aber mit Rücksicht auf mehrere geltend gemachte Milderungsumstände[22]) die Verhängung einer fünfjährigen Freiheitsstrafe unter Anhaltung zu gemeiner Arbeit beantragt. Auch die oberste Justizstelle erachtete einhellig[23]), daß im vorliegenden Falle nach dem eigenen Geständnisse des Johann Polak, wenn dieser auch nur zu den sogenannten abergläubischen Segensprechern zu zählen sei, gleichwohl „ein pactum implicitum mit dem bösen Feind unterloffen seyn dürffte" und der Beschuldigte daher „in satisfactionem publici und anderen derley Mißethätteren zum abschröcken von der

[21]) Die Josephina bestimmte: „Auff warhaffte Zauberey, sie geschehe mit außdrucklich oder verstandener Verbündnus gegen den bösen Feind, dardurch denen Leuthen, Viehe oder Früchten der Erden schaden zugefüget wird, oder auch auff diejenige, welche neben verlaugnung deß Christlichen Glaubens sich dem bösen Feind ergeben, mit demselben umbgangen oder sich unzüchtig vermischet, wann sie auch sonsten durch Zauberey niemand schaden zugefügt hätten, gehört die Straff des Feuers, obschon solche aus erheblichen Ursachen und wann Inquisitus oder Inquisita erst darzu gekommen, Jung von Jahren, Einfältig, in der Wahrheit busfertig oder der schaden nicht so groß, mit vorgehender enthaubtung gelindert und nur der Cörper verbrennet werden kan; hingegen die Wahrsager, abergläubische Seegensprecher und Bock-Reiter, welche ohne außdrückliche Verbindnus mit dem bösen Feind dieses verüben, mögen nach erheblichkeit des Verbrechens zum schwerd, jedoch nicht ohne Unterscheyd, sondern nur wann solches durch deß bösen Feindes hülff wissentlich beschehete, sonsten aber zu einer Extra-Ordinari Straff verurtheilt oder wann der Schaden und Umbstände nicht gar groß, nach abgelegten Aydt und offentlicher Absagung derlei Unthaten nicht mehr zu verüben mit einem gantzen oder halben Schilling und zugleich deß Lands auff Ewig verwiesen oder fahls sie unterthänig wären oder andere wichtige Ursachen solches erforderten, mit einem zwey- auch drey Jährigen Opere publico und eben also die Jenigen, welche sich bei derley bösen und so bekannten Leuthen Raths erholen, bestraffet werden."

[22]) Als mildernd wurde außer der Rücksicht auf die schuldlose Familie hervorgehoben, daß Polak über 60 Jahre alt sei, die That bereue und bei seiner Visitirung keine Merkmale eines teuflischen Bundes, wohl aber zwei Rosenkränze vorgekunden worden seien, was auf die christliche Gesinnung des im Uebrigen bisher unbeanständeten Verurtheilten hinweise."

[23]) An der Berathung nahmen (unter dem Vorsitze Korzensky's) Breuner, Althann, Hartig, Saurau, Turba, Haan und Frankenbusch Theil.

königlichen Appellations-Cammer im Weeg Rechtens de stricto jure nach Maaßgebung obcitirter peinlich-Josephinischen Halß-Gerichts-Ordnung (Art. XIX, §. 3) zum Schwert-Streich hat verurtheilt werden müssen", trat jedoch dem bereits von der unteren Instanz gestellten Antrage auf Begnadigung bei und befürwortete, es möchte die Todesstrafe „lediglich in eine dreijährige gemein arbeit allermildest verwandelt werden".

Auf diesen Gnadenantrag erfloß am 12. Juli 1756 nachstehende Erledigung der Kaiserin: „Aus der gantzen Sache ist nichts weniger als was übernatürliches zu ersehen, sondern sehr viel Einfalt und noch mehrers Ignoranz und wären die Pfarrer und Geistlichkeit besser anzuhalten, die aberglauben abzustellen. Was mich aber sehr befrembdet hat, daß die Appellation selbsten in solche Einfältigkeiten eingegangen, daß selbe nicht allein darüber einen Proceß geführt und noch zum Überfluß in diese aberglaubische Idee eingegangen, ihme (Polak) visitiren zu lassen ob er nicht ein Hexen-Zeichen oder Stigma hat. Ich möchte wissen woher solche Zeichen probirt seynd, als in der grossen Ignoranz, indeme keine Hexen existiren, also auch keine Zeichen. Wäre also der Appellation zu verheben ein solcher Fortgang; künftig weder in particular Gerichtern noch bey denen obern niehmalls einen dergleichen Proceß mehr erlaube vorzunehmen, sondern mir alle Selbsten reservire, mithin alle in Erster Instanz hieher zu verweisen und diß aus allen Ländern, damit einmahl diese so einfältige und aberglaubische Wahne aus dem grund gehoben werden, weilen nichts solches existirt und viele unschuldige ungerechter Weis leyden können. Diesen (Polak) auf freyen Fuß zu setzen oder auf St. Marx zu schicken."

Sofort nach dem Herablangen dieser Entscheidung berief der damalige oberste Justizpräsident Graf von Korzensky den in derselben Sache früher versammelten Senat[24]) zu einer nochmaligen Berathung zusammen. Das Resultat derselben war, es sei vor jeder weiteren Verfügung zunächst nochmals die „allermildeste Intention" der Kaiserin rücksichtlich der künftigen Beurtheilung des crimen magiae einzuholen und hieran einzelne Bemerkungen über den vorliegenden Straffall selbst zu knüpfen. In dem sohin erstatteten a. u. Vortrage vom 16. Juli 1756 hebt die oberste Justizstelle, welche sich durch den in der obenangeführten a. h. Resolution enthaltenen herben Tadel mitgetroffen fühlte, zunächst hervor, daß die böhmische Appellationskammer bei Durchführung des wider Johann Polak anhängig gemachten Inquisitionsprocesses nur im Sinne der Criminalconstitution Carl V., der Josephinischen Halsgerichtsordnung und der königlich böhmischen Stadtrechte vorgegangen sei. Alle diese Gesetze hätten aber gleich den einschlägigen Bestimmungen der Ferdinandeischen Landgerichtsordnung ihren Grund in vielen Stellen der hl. Schrift, sowohl des alten als neuen Testaments, wie auch „in denen ad Praxim criminalem schreibenden und allgemein, so

[24]) Nur statt Althann und Haan, die verhindert sein mochten, erscheint Hüttner und Pelser beigezogen.

zu sagen in ganz Europa, approbirten Anthoribus tam catholicis quam acatholicis". Von Carpzow, Martinus del Rio und unzähligen anderen Schriftstellern[25]) werde unter Anführung verschiedener Beispiele darauf hingewiesen „daß der böse Feind seinen zauberischen Clienten verschiedene unschmertzhafte Zeichen oder Merckmaale an ihren Leibern einzuprägen pflege. Und weilen dieses bei vielfältigen mit aller Vorsicht und erforderlichen Behutsamkeit verführten Inquisitions-Processen zum öftern die Experienz gelehret, so ist auch in obcitirten Criminal-Instructionen denen Gerichts-Stellen in derley Vorfallenheiten zugleich auf sothane Merckmaale den behörigen Bedacht zu nehmen und allenfalls den Inquisitum visitiren zu lassen, anbefohlen." Bei dieser Sachlage frage man daher a. h. Orts an: ob der böhmischen Appellationskammer demungeachtet der in der Polak'schen Straffache beobachtete Vorgang verhoben werden solle? — Belangend den weiteren Auftrag, durch Verfassung einer an sämmtliche Gerichte zu erlassenden Instruction im Interesse der Aufklärung zu wirken, erachtete die oberste Justizstelle, daß dies vorwiegend in den Wirkungskreis der damals auch mit der Verfassung der Criminalordnung betrauten Compilations-Commission gehöre, und beantragte deshalb diese letztere anzuweisen, auf die Willensmeinung der Kaiserin Bedacht zu nehmen und „solche gehörigen Orths ad codicem zu bringen". Auch erbat sich die oberste Justizstelle eine nähere Weisung darüber, welches Verhalten die Untergerichte, wenn sich der „casus einer verdächtigen Zauberey oder eines sortilegischen abergläubischen Betragens gleichwohlen ereignete", bis zur gesetzlichen Regelung der obschwebenden Fragen beobachten sollen, und sprach sich endlich dagegen aus, den Johann Polak ohne jeglicher Strafe aus der Haft zu entlassen, weil dies „dem Publico vielleicht zur Ärgerniß gereichen, besonders aber dem in Böhmen ohnehin zu verschiedenen Aberglauben geneigten gemeinen Volk Anlaß geben würde, hinkünftig derley Verbrechen ohne Scheu des mehreren fortzutreiben, wo doch alle wie immer Nahmen haben mögenden aberglaubischen Werke, wann auch solche keine würkliche Zauberey wären, allemahl sündhaft, mithin strafbar seynd." Mindestens empfehle es sich den Delinquenten an das St. Marxer Hospital bei Wien einzuliefern, „um an ihm ausforschen oder wahrnehmen zu können, ob derselbe seiner Sinnen beraubt seye, oder aber ob selbter aus all zu grosser Einfalt oder nicht viel mehr aus Maliz die aberglaubischen Werke verübet habe, wo allenfalls derselbe durch die Geistlichkeit auf einen besseren Weeg gebracht werden könte, woran ihme in Böheim gar nichts ermanglete."

Die Entscheidung der Kaiserin ließ auch diesmal nicht lange auf sich warten. Bereits am 30. Juli 1756 war Graf Korženský im Besitze der nachstehenden a. h. Resolution: „Das ist sicher, daß allein Hexen sich finden, wo die Ignoranz ist, mithin selbe zu verbesseren, so wird keine (Hexe) mehr gefunden werden.

[25]) Carpzow behandelt das crimen sortilegii sehr umständlich in der „Practica nova rerum criminalium" (Lipsiae, 1723), Quaestio XLVIII—L. Der Jesuit Martin Delrio veröffentlichte 1599 seine von der obersten Justizstelle bezogenen „Disquisitiones magicae", welche das Läugnen der dämonischen Magie als ketzerisch bezeichnen. In gleichem Sinne schrieben der Franzose Jean Bodin, dann Peter Binsfeld, Nicolaus Remigius u. A.

Dieser (Polak) ist so wenig einer[26]) als ich, aber (er hat) wohl boßhaffter weis alles darzu gethan, solchem Aberglauben zu folgen. Auf zwey Jahr kann er (Polak) als ein boßhaffter Ignorant in einem Arbeits-Haus in Böhmen noch gehalten werden. Der Appellation aber doch zu verweisen, daß sich (dieselbe) so weith in einer solchen materie eingelassen. Mithin künfftig vor Böhmen sowohl als in alle andere Länder ein Circulare ergehen zu lassen, das ehender sehen will, daß wann solche Proceß vorkommen, sie[27]) alsogleich die Leuth zwar arretiren lassen können, auch den Proceß informiren und ihr Gutachten beysetzen sollen, aber keine von solchen Leuthen weder hart halten, noch weniger eine tortur zu geben, noch zu condemniren, sondern all diese Proceß instruirter samt ihrer Meinung hieher schicken sollen, ohne zu sprechen, wo man mir allzeit hier ein Referat darüber abstatten solle; hoffe dardurch solche verkleinerliche Proceß deren Stellen aus dem Publico wegzuhalten."

In Befolgung dieses neuerlichen Auftrages wurde nunmehr nicht nur die böhmische Appellationskammer unterm 6. August 1756 von der Entscheidung der Kaiserin zur weiteren Verfügung verständigt, sondern diese auch gleichzeitig den übrigen Länderstellen mittelst eines besonderen Rescriptes bekannt gegeben.[28])

Schon im nächsten Jahre bot sich der Kaiserin auch Veranlassung ihrer Anschauung über den Exorcismus Ausdruck zu geben. Ein bei seinen Eltern in Wien domicilirender Officier Namens Conte Petrelli behauptete nämlich vom Teufel besessen zu sein und wurde am 20. Juni 1758 in Gegenwart mehrerer Personen durch einen Franziskanermönch exorcisirt. Die Sache machte großes Aufsehen, zumal sich das Gerücht verbreitete, die Beschwörung sei mit Genehmigung des erzbischöflichen Ordinariates vorgenommen worden. Als Maria Theresia zur Kenntniß dieses Vorfalles gelangte, sprach sie unverholen ihre Mißbilligung darüber aus. Dem fürsterzbischöflichen Consistorium, welches sich übrigens wie später hervorkam nicht in der behaupteten Weise eingemengt hatte, mußte sofort zur künftigen Richtschnur bedeutet werden, daß seitens der Geistlichkeit in Fällen wie der vorliegende, niemals etwas ohne sich vorher mit der politischen Behörde in das Ein-

[26]) Nämlich ein Hexenmeister.

[27]) Die Länderstellen.

[28]) Es erging dieses Rescript (dat. 6., exped. 16. August 1756) an die n.-ö. Regierung in Justizsachen, an die Landeshauptmannschaft des Erzherzogthums Oesterreich ob der Enns, an das mährische Tribunal, das königl. Amt in Schlesien, sowie die inner-, ober- und vorderösterr. Regierung und lautete dahin, daß die ex capite sortilegii, superstitionis aut magiae Angeklagten wohl inquirirt, aber wider dieselben „weder mit der Tortur noch sonsten mit einem Criminal-Urtheil fürgegangen, sondern von dem inquirirenden Halßgericht die Acta inquisitionalia allemahl dem vorgesetzten Obergericht zugeschicket, von diesem aber solche jedesmahl mittelst eines Berichtes nebst beygefügter gutächtlicher Meinung zu Handen der obersten Justizstelle befördert und darüber die allerhöchste Entschließung abgewarthet werden solle". Zugleich wurde der Prager Erzbischof und der Cardinal Graf v. Troyer als Bischof von Olmütz aufgefordert dahin zu wirken, daß „die Geistlichkeit und sonderheitlich die Pfarrer wie auch die Missionarien zur Abstellung deren Sortilegien und Aberglauben besser angehalten werden". (Arch. d. oberst. Ger.-H.) S. auch Canz l. c. S. 374 ff.

vernehmen gesetzt zu haben, vorzunehmen sei[29]); den Conte Petrelli aber, welcher angeblich schon längere Zeit an heftigen Convulsionen litt, ließ die Kaiserin dem Doctor de Haen im Bürgerspitale zur ärztlichen Behandlung übergeben und verordnete zugleich mit gerechter Indignation die Entfernung jenes Franziskanermönchs, da derselbe eigenmächtig vorgegangen war, aus Wien.[30])

Die Abneigung der Kaiserin gegen gerichtliche Verfolgungen des Hexenwesens trat endlich 1759 aus Anlaß eines einzelnen Falles, der sich in Oesterreich ob der Enns ereignet hatte, nochmals klar zu Tage. Bei dem Landgerichte der im Hausruckkreise gelegenen Herrschaft Erlach war nämlich eine gewisse Elisabeth Pointner, welche zu Kainzing ein kleines Anwesen besaß, „ex capite superstitionis" in Untersuchung gezogen worden. Man legte derselben zur Last das Augenleiden einer anderen Bäuerin, der sie einen nachtheiligen Einfluß auf ihr Vieh zuschrieb, durch Anwendung zauberischer Mittel bewirkt zu haben. Die oberösterreichische Landeshauptmannschaft, welche als höhere Instanz den Erhebungsact an die oberste Justizstelle leitete, war zwar der Meinung, daß sich der vorliegende Straffall nicht unter Pars III, Art. II, §. 5 der Landgerichtsordnung für Oesterreich ob der Enns subsumiren lasse und hier auch mit keiner Fustigationsstrafe (Stäupung) vorzugehen sei, beantragte aber trotzdem: es solle Elisabeth Pointner, wegen ihrer abergläubischen Unternehmungen unter Anhängung eines Zettels, der ihr Vergehen bezeichnet, eine Stunde hindurch auf der Schandbühne ausgestellt, sowie noch sechs Monate zu öffentlicher Arbeit in Ei[illegible] bei dem Erlacher Landgerichte angehalten werden und sich überdies mehrfachen religiösen Uebungen unterziehen. Im Sinne der kaiserlichen Resolution vom 6. August 1756 legte sohin die oberste Justizstelle ohne sich in eine Entscheidung einzulassen mit Protokollsauszug vom 21. Mai 1759 den ganzen Inquisitionsact höchsten Orts mit dem Gutachten vor, daß bei der von Elisabeth Pointner „verübten That weder ein pactum tacitum noch expressum cum Daemone" unterlaufen sei und befürwortete: es möchte die Angeklagte, welche ohnehin bereits seit Ende August 1758 inhaftirt war, nur noch insolange bis sie die Schwere des

[29]) Der betreffende Erlaß vom 27. Juni 1758 ist im Codex austriacus Bd. V, S. 1254 aufgenommen und lautet: „Der Repräsentation und Kammer anzuzeigen, es sey Ihrer kaiserl. königl. Majestät allerunterthänigst vorgetragen worden, was maßen ganz neuerlich bey Gelegenheit des in dem Wirthshause zur Schwanen allhier befindlichen und besessen zu seyn sich angegebenen N. N. ein allhiesiger Franziscaner-Ordenspater, Namens N. diesen jungen Menschen im Beyseyn mehrerer Zuschauer exorcisiret und hierdurch bey dem Publico zu verschiedenen ungereimten Erzählungen den Anlaß gegeben habe. Nachdem nun Ihre kaiserl. königl. Majestät hierauf allerhöchst eigenhändig zu resolviren geruhet haben: daß allerhöchst dieselbe positive verbieten, in Hinkunft auf keine Weise sich solcher Exorcismorum zu gebrauchen, ohne ehender sich mit dem Politico verstanden zu haben, wegen des in dergleichen Begebenheiten öfters unterlaufenden so vielen Betruges und Mißbrauches, wohingegen, wenn das Politicum etwas unnatürliches finden würde, dergleichen Leute nachgehends der Geistlichkeit übergeben werden sollen. So wird Ihr n.-ö. Repräsentation und Kammer ein solches zur nachrichtlichen Wissenschaft und weiteren Verfügung an das Erzbischöfliche wienerische Consistorium hiemit erinnert."

[30]) Und zwar lautete die von der Kaiserin eigenhändig geschriebene Resolution: „Die Thatt ist sehr keck, schändlich und sehr sträfflich; denen obern gleich zu verordnen das dieser man von hier und auch von hiesiger gegend weg geschickt werde zum exempel anderer." (Arch. d. k. k. Cultus-Minist. Acta II, N. Oe.)

verübten „Lasters sowohl, als ihren diesfälligen Irrwahn vollkommen erkannt", sowie gründlichen Religionsunterricht genossen haben wird, und zwar ohne Anlegung von Eisen im Erlacher Inquisitionsarreste belassen, nach Erreichung dieses Haftzweckes aber sofort auf freien Fuß gesetzt werden. Die Kaiserin genehmigte zwar diesen letzteren Antrag, ließ aber unterm 6. Juni 1759 an die oberösterreichischen Landgerichte neuerlich die Weisung ergehen, daß „wegen Hexerey Niemand torquiret und wegen aller, aberglaubenshalber in gefängliche Haft kommender Personen allezeit von der betreffenden Behörde an die Landeshauptmannschaft zur Fürkehrung deren nöthigen Mitteln sogleich einberichtet und von letzterer das Behörige verfügt werden solle."[31])

Boten die vorangeführten actengetreu wiedergegebenen Willensäußerungen Maria Theresia's der zur Combinirung der Nemesis Josephinae cum Ferdinandea aufgestellten Hofcommission gewiß Anlaß genug, endlich mit der heillosen Theorie eines Del Rio u. A. zu brechen und das crimen magiae als solches ganz aus der Zahl der peinlichen Delicte zu elidiren, so können wir trotzdem einen derartigen Fortschritt nicht verzeichnen. Die Commission vermied es im Gegentheile sorgfältigst in dieser Richtung auch nur mit einiger Selbstständigkeit den Weg der Reform zu betreten[32]) und richtete vielmehr am letzten Februar 1760 die nachstehende a. u. Note an die Kaiserin:

„Da man in fortgesetzter Combinirung der Nemesis Josephinae cum Ferdinandea auf die Verbrechen in Specie und die jedem insonderheit ausgemessene Straff gekommen, hat man aus dem über einige Articuln bereits gemachten, und Euer Kaiserl. Königl. Apostolischen Mayestät allerunterthänigst überreichten, mit dieser Gelegenheit aber einzusehen befundenen Aufsatz mehrfällig beobachtet, welcher gestalten von Allerhöchst Deroselben bey allen Stellen, wo von der Zauberey nur die mindeste Meldung gemacht ware, ohngehindert des pro majori Cautela jedesmahls a Commissione beygesetzten Epitheti angebliche, ein so anderes Wort durchstrichen worden seye, auß welchem der gehorsamsten Hof-Commission anscheinn will, als ob Höchst Dieselbe in der neuen Nemesi das Crimen Magiae mit nichten angeführet wissen wolten. Obwohlen man zwar ex parte Commissiouis selbsten gäntzlich persuadiret ist, daß unter Hundert Casibus kaum einer sich in der Wahrheit aldahin qualificiren werde, so getrauete man sich dannoch keineswegs mit der allerunterthänigsten Wohl-Meynung dahin abzugehen, womit von diesem gar zu enormen Laster in der Combinirenden Nemesi gäntzlich präscindiret werden solte, und zwar um so weniger, als hievon nicht nur in der Carolina, Ferdinandea et Josephina, sondern von allen Civilisten

[31]) Die am 2. Juni herabgelangte eigenhändige Resolution der Kaiserin lautete: „placet und allen landgerichten zu geben das wegen hexerey niemand solle torquirt werden, und (über) all dise wegen aberglauben einfangende man alezeit gleich an die landshaubtmanschafft solle berichten damit die nöthige mittel können vorgekehrt werden." Diesem Auftrage kam die oberste Justizstelle am 6. j. M, in der oben citirten Weise nach. (Arch. d. oberst. Ger.-H.)

[32]) Der Umstand, daß auch der 1751 zu Stande gekommene, in den späteren Motivenberichten zur Theresiana häufig bezogene Criminalcodex für Baiern die Zauberei, Hexerei und den Aberglauben (im §. 7) noch mit der Todesstrafe bedrohte, mochte die Commission in ihrem Streben, an dem Bestehenden festzuhalten, bestärkt haben. Auch vermochten die Juristen jener Zeit nur schwer das Joch des von dem bigotten Carpzow ausgeübten literarischen Despotismus abzuschütteln.

und Criminalisten cujuscunque Religionis, ja sogar von allen Theologis weitschichtig gehandelt und in Specie in der Heiligen Schrifft actor. c. 8 v. 9, 10. 11 und c. 13 v. 6 ausdrücklich bewehret wird[33]), daß auch post Resurrectionem Christi dieses abscheuliche Laster nicht gäntzlich aufgehöret habe, mithin auch demselben durch außmessende Bestraffung die behörigen schranken zu setzen seyen.

Man will demnach, um in Combinirung der Josephinae et Ferdinandeae fortfahren zu mögen, Euer Kayserl. Königl. Apostol. Mayestät Allerhöchste Entschließung hiemit in Unterthänigkeit abzuwarten nicht ermangeln, zugleich aber allerunterthänigst gebetten haben, daß, zumahlen die Entscheidung der Frage: ob dermahlen und in Specie post Resurrectionem Christi ein Casus Criminis Magiae sich ereignen könne, einzig und allein denen Theologis zustehet, vor sich selbsten auch in das punctum Religionis sehr tief einschlaget, mithin auch der gehorsamsten Hof-Commission als einem blossen Judicio laico sich in solche einzulassen nicht wohl gebühret, Euer Kaiserl. Königl. Apostolische Mayestät vor Schöpfung einer Allerhöchsten Resolution, die allhiesige Geistlichkeit vorläufig zu vernehmen allergnädigst geruheten, dann wann diese sothane quaestion affirmative befinden solte, dörffte vielleicht weniger anstand fürwalten, in der neu combinirenden Nemesi von einem so schwehren Laster und der demselben zukommenden Bestraffung um die darein verfallen Mögende desto ernstlicher abzuhalten, einige hinlängliche, jedoch kurtze und bescheidene Meldung zu machen."

Welche Erledigung diese zugleich das Glaubensbekenntniß der Commission beinhaltende Note fand, ob die Kaiserin insbesondere auf die beantragte Vernehmung der Geistlichkeit einging oder was sonst noch die Lösung der oben angeregten Frage beeinflußte, vermochten wir aus den uns zu Gebote gestandenen Materialien nicht zu ermitteln[34]); wohl aber zeigt das Ergebniß der bezüglichen Berathungen deutlich, daß sich dieselben nicht auf eine bloße Adaptirung der Josephina oder Ferdinandea beschränkten. Der Gegenstand erschien vielmehr auch der seit 1761 mit der Verfassung des Criminalcodex betrauten Compilations-

[33]) Die oben citirten, der Apostelgeschichte (Actus Apostolorum) entlehnten Stellen lauten: 1. Cap. 8, Vers 9—11 (wo von der Taufe Simon's in Samaria die Rede ist): „Vir autem quidam nomine Simon, qui ante fuerat in civitate magus, seducens gentem Samariae, dicens se esse aliquem magnum. Cui auscultabant omnes a minimo usque ad maximum, dicentes: Hic est virtus Dei, quae vocatur magna. Attendebant autem eum, propter quod multo tempore magiis suis dementasset eos." 2. Cap. 13, Vers 6 (mit Bezug auf die Bekehrungsreise des Paulus und Barnabas in Cypern): „Et cum perambulassent universam insulam usque Paphum, invenerunt quemdam virum magum pseudoprophetam, Judaeum, cui nomen erat Barjesu" . . .

[34]) Die beim obersten Gerichtshofe befindlichen Commissionsprotokolle, welche die „Combinirung der Nemesis Josephinae cum Ferdinandea" betreffen, reichen blos bis zum 28. Januar 1755. Sie erliegen theils im Originale, theils in Copien bei den Acten; die letzteren fanden sich im Schriftennachlasse des Hofrathes Pelser vor. Aus der späteren Zeit ist nur das Sitzungsprotokoll vom 21. September 1759 und die oben wörtlich aufgenommene Note vom letzten Februar 1760 vorhanden. Die übrigen Berathungsprotokolle und speciell jene über den späteren Art. 58 der Theresiana, waren leider auch in den Archiven der k. k. Ministerien des Innern und der Justiz nicht zu eruiren. Ob über die vorcitirte Note, wie die Hofcommission wünschte, ein Gutachten der Theologen abverlangt wurde, dafür fand sich weder beim Wiener fürsterzbischöfl. Consistorium — dessen Archivsacten mir vom Herrn Canonicus Kornheisl bereitwilligst zur Verfügung gestellt wurden — noch auch im Archive des k. k. Cultusministeriums der geringste Anhaltspunkt vor.

Commission so „haicklich und wichtig", daß sie hierüber einen besonderen Aufsatz entwarf und a. h. Orts zu beantragen beschloß, es möchte dieser mittelst eines eigenen Patents schon vor dem Erscheinen des neuen Strafgesetzbuches kundgemacht werden. In Gemäßheit dieses Beschlusses wurde mit dem a. u. Vortrage vom 15. Juli 1766 der „mit wohl überleger Berathschlagung und all möglichster Behutsamkeit" ausgearbeitete „Artikel von der Zauberey, Hexerey, Wahrsagerey und dergleichen" zur höchsten Entscheidung vorgelegt.[35]) Wie nach dem Inhalte der oben mitgetheilten Note zu erwarten war, emancipirte sich hiebei die Commission keineswegs von dem Glauben, daß ein Zauberbund mit dem Teufel geschlossen und durch Zuthun des bösen Feindes Schaden zugefügt werden könne. Wohl beurkundete die ganze Fassung des Operates unverkennbar den Einfluß, welchen hierauf die früheren, gegen den Aberglauben gerichteten Willensäußerungen und der humane Sinn der Kaiserin übte; allein die Annahme der Möglichkeit einer wahren Zauberei oder Hexerei (casus verae magiae) fand immer noch in traditioneller Weise ihre ausführliche Behandlung.[36])

Und was verfügte hierüber die Kaiserin? Auf sie finden wohl in diesem Falle mit vollem Grunde die Worte Berner's Anwendung: daß Niemand, und wäre es auch der Größte, ganz über seine Zeit hinauskönne.[37]) Ihre Resolution erfloß am 23. September 1766 und beschränkte sich in voller Uebereinstimmung mit dem vorher eingeholten Gutachten des Staatsrathes[38]) auf die Worte: „Ich begnehmige von nun an diesen de crimine Magiae sehr wohl und vorsichtig verfaßten Articul, wovon die Abschrift auch der Hungarischen, dann der Siebenbürgischen Kanzley mittheile, damit auch in diesen Landen die Beobachtung darnach gehalten werde." Hievon wurden sohin im Sinne der oben erwähnten Commissionsanträge die sämmtlichen Länderstellen mit Patent vom 5. November 1766 zur allgemeinen Kundmachung verständigt; die weitere bedauerliche Folge dieser kaiserlichen Entschließung aber war die wörtliche Aufnahme jenes Artikels in den zweiten Theil der Theresiana,[39]) was

[35]) Dieser Vortrag erliegt im Archive des k. k. Ministeriums des Innern. (Fasc. VI, C. 1 B.)

[36]) Nur die Schöpfung des Urtheilsspruches sollte, anlehnend an die Circularverordnung vom 6. August 1756, der Monarchin allein vorbehalten bleiben (§§. 7, 12, 16).

[37]) U. F. Berner's Lehrbuch des deutschen Strafrechtes (Leipzig, 1877), S. 64.

[38]) Die Sache wurde beim Staatsrathe im Circulationswege berathen, u. zw. gaben Stupan, Baron Borié und Graf Blümegen ihr schriftliches Votum ab. Der Beschluß war einhellig; der Entwurf der a. h. Entschließung wurde nach dem Antrage Stupan's formulirt. (Cab.-Arch.)

[39]) Es ist dies der Art. 58 der Theresiana, welcher bis zur Publication des Josephinischen Strafgesetzbuches aufrecht blieb. Derselbe wird bei Canz l. c. S. 335 ff. besprochen und erscheint auch aufgenommen: im Codex austriacus VI. Th. (1777), S. 950 ff., dann in der Sammlung aller Verordnungen und Gesetze vom Jahre 1740—1780, die unter der Regierung Kaiser Josef II. noch bestanden oder nur theilweise abgeändert worden sind. (Wien, 1786), V, S. 138 ff. und in Dr. de Luca's Justizcodex (Wien, 1798), Bd. VIII, S. 237 ff. Da sich diese Sammlungen im Privatbesitze seltener vorfinden, bringen wir, zugleich der Vollständigkeit wegen, das Patent vom 5. November 1766 sammt dem ganzen Artikel von der Zauberei ꝛc. im Anhange. Welchen Vorgang man mit Rücksicht auf das positive Gesetz von der Lehrkanzel herab der studierenden Jugend gegenüber beobachtete, zeigt deutlich J. L. Banniza in seiner „Delineatio juris criminalis secundum constitutionem Carolinam ac Theresianam" (Oeniponti, 1773), woselbst (Tom. I, S. 150) das Cap. II „De crimine magiae ejusque poena" mit den Worten eingeleitet wird: „Moderno saeculo plures viri

gleich beim Erscheinen der letzteren, dem Staatskanzler Fürsten von Kaunitz zu der gewiß begründeten Klage Anlaß bot[40]), daß dieses nach jahrelangen Mühen zu Stande gebrachte Werk nicht auf der Höhe einer bereits aufgeklärten Zeit stehe und geradezu Dinge behandle, welche eher „zum Gelächter dienen, als den Gegenstand der Strenge einer peinlichen Vorsehung abgeben können".

---

eruditi magiam negant penitus, alii econtra eam tuentur. Nos id intactum relinquimus; et quum constitutio criminalis tam Carolina quam Theresiana mentionem de crimine magiae faciant, scitu necessaria de hac materia in medium afferemus."

[40]) Das denkwürdige Gutachten des Fürsten Kaunitz (vom 22. Februar 1769) über die Theresiana, das im geheimen Cabinets-Archive erliegt und dem wir die obige Stelle entlehnen, erscheint im Anhange unter Nr. 2 wörtlich abgedruckt. Vergl. auch Hock-Bidermann: „Der österreichische Staatsrath" (Wien, 1879), S. 43 und Arneth a. a. O. Bd. IX, S. 199. Der Wunsch des Fürsten, es möchte das crimen magiae aus der Reihe der peinlichen Verbrechen ganz entfallen, ging übrigens schon einige Jahre später in Erfüllung. Als Josef II. bald nach seiner Thronbesteigung die Revision der Theresiana verordnete, trug die Compilations-Commission rücksichtlich des Art. 58 darauf an, es sei der Zauberei ꝛc. in dem neuen Criminalcodex keine Stelle mehr einzuräumen. Der a. u. Vortrag de recept. 1. December 1781 (Ref. Hofr. Keeß) sprach sich in dieser Hinsicht nachstehends aus: „Die Unanimia der Compilations-Commission fanden es äußerst bedenklich und dem Geiste einer wahren Philosophie ganz widersprechend, diesem Verbrechen in dem künftigen Gesetze einen eigenen Artikel zu widmen, und andurch gleichsam das Volk zu bestärken als ob diese Namen eine wirkliche Bedeutung hätten und als ob Leute existiren könnten die übernatürliche Dinge zu begehen und sich mit einem bösen Geiste in Verbindung zu setzen fähig wären. Soweit Betrüger das blinde Vorurtheil oder die schwachen Religionsbegriffe oder endlichen den blöden Geist ihrer Mitbürger benützen wollen, um selben durch falsche Vorstellungen einigen Schaden zuzufügen, insoweit ist das Verbrechen ohnehin in dem Artikel des Falsches begriffen und bedarf daher keines besonderen Artikels. Insoweit aus Gelegenheit dieser Vorbildungen andere Laster begangen werden, ist der Verbrecher nach Beschaffenheit sothaner Laster anzusehen. Daher denn die Unanimia beschlossen haben, den Artikel von der Zauberey, Hexerey, Wahrsagerey u. dgl. aus dem künftigen Gesetzbuche hinwegzulassen und derley betrügliche Vorbildungen nur da, wo von dem Laster des Falsches die Rede sein wird, miteinfließen zu lassen. Blos Hofrath v. Holger erinnerte: Es seye eine bekannte Sache, daß sowohl im vorigen als auch in diesem Jahrhunderte der größte Theil der Welt, und unter diesem würdige Männer, ja die Richter selbst mit fanatismo behaftet gewesen, daß es solche Leute gebe, von welchen der gegenwärtige Artikel handelt. Seit der anno 1766 schon beschehenen Kundmachung dieses Artikels, habe sich Niemand mehr getrauet, das Publicum mit solchen Vorspiegelungen zu bethören. Sollte also nunmehro dieser Artikel hinweggelassen werden, so dürfte das Publicum der Idee, als ob man die Entstehung solcher Leute zuließe, zugeführet und also das Volk abermals in seinem vorigen Unfuge bestärket werden." — Hierauf erfolgte von Kaiser Josef die a. h. Resolution dahin, daß „von diesem Verbrechen in dem Codice keine Erwähnung zu machen ist." (Den vorstehenden Extract aus den das Josefinische Strafgesetzbuch betreffenden Acten der Compilirungs-Commission verdanke ich der freundlichen Mittheilung des Herrn Hofrathes Dr. Wahlberg.)

II.

„Es gibt keine Wissenschaft des österreichischen Strafrechts ohne gründliche Würdigung der älteren österreichischen Strafgesetzgebung." J. Glaser.

Die pro compilatione Codicis Theresiani zusammengesetzte Hofcommission, der — wie bereits erwähnt — 1761 auch die neuerliche Bearbeitung des zu erlassenden Strafgesetzbuches übertragen worden war[1]), legte endlich mit dem a. u. Vortrage vom 11. März 1766 den Entwurf des ersten Theiles der „allgemein-peinlichen Gerichtsordnung" zur Sanctionirung vor.

Der Staatsrath, welchem seiner Bestimmung nach zunächst die kritische Beurtheilung des ganzen Werkes oblag, lehnte dies wegen Ueberhäufung mit anderen Arbeiten ab, und beantragte, es sei der voluminöse Gesetzentwurf dem in Justizkreisen angesehenen Prager Appellationspräsidenten Grafen von Wieschnik[2]) zur Abgabe eines eingehenden Gutachtens zu übersenden. Die in Durchführung dieses seitens der Kaiserin genehmigten Antrages vom Grafen Wieschnik verfaßten, an den Staatsrath eingeschickten Erinnerungen, wurden am 19. Mai 1767 der Compilations-Commission im Wege der obersten Justizstelle zur Gegenäußerung, eventuell Annahme der darin vertretenen Ansichten mitgetheilt. Ein gleicher Vorgang ward beobachtet, als die Commission mit dem a. u. Vortrage vom 31. März 1767 den zweiten Theil der Theresiana überreichte. Die Bemerkungen Wieschnik's langten im September 1767 ein und wurden mit kaiserlichem Handschreiben vom 20. desselben Monates an den obersten Justizpräsidenten Grafen von Breuner, behufs weiterer Verständigung der Commission, geleitet.[3])

---

[1]) Vergl. Anm. 14 auf S. 5.

[2]) Franz Graf von Wieschnik (Wieżnik) war seit 1738 Rath auf der Herrenbank des böhm. Appellationsgerichtes, wurde 1762 Appellationspräsident und starb nach 51jähriger Dienstleistung am 14. September 1789. Er erfreute sich des besonderen Vertrauens Maria Theresia's und Josef's II. S. Schmidt's Monographie des böhm. Appellationsgerichtes (Prag, 1850), S. 128.

[3]) Im Staatsrathe hatte sich für die Einhaltung des oben angeführten Vorganges namentlich Graf Blümegen — dem auch Kaunitz beitrat — ausgesprochen. Eigenthümlich berührt es, daß Graf Wieschnik bei Vorlage der Erinnerungen über den II. Theil der Theresiana bat, es möchte „bei erfolgender Promotion des Ordens Sancti Stephani ein a. g. Bedacht auf seinen a. u. Diensteifer genommen werden", welchem Wunsche später auch entsprochen wurde. (Cab.-Arch.)

Letztere erstattete rücksichtlich der angeregten Bedenken noch im selben Jahre zwei umfassende Motivenberichte, welche die ganze Arbeit endlich dem Abschlusse zuführten. [4])

Diesen Berichten sind die nachfolgenden Stellen entnommen, welche unter Anführung der von der Hofcommission benützten literarischen Behelfe, die Gedankenrichtung der gesetzgebenden Organe jener Zeit und zwar in Ansehung von Fragen kennzeichnen, mit denen sich damals Theorie und Praxis eingehend beschäftigten und die deshalb wohl auch noch unser Interesse für sich beanspruchen dürften. [5])

1. Ad articuli 33^{tii} §^{phum} 7^{mum} vers. 1 [6]) Quaestio: An plenaria restitutio honoris et famae per principem indulta, restituto habilitatem idonei testis tribuat?

[4]) Die in Form von a. u. Vorträgen erstatteten Motivenberichte der Compilations-Commission, welche den von letzterer bei Verfassung des Gesetzes eingenommenen Standpunkt rechtfertigen sollten und an dem ursprünglichen Entwurfe möglichst festhalten, erliegen abschriftlich im Archive des k. k. Ministeriums d. Innern. Der den I. Theil betreffende Bericht kam auf Grund einer commissionellen Berathung vom 23. und 30. Juni 1767 zu Stande und wurde mit der hierüber gefaßten a. h. Entschließung vom 1. October j. J. zurückgeleitet. Der Bericht über den II. Theil stützt sich auf die Commissionsbeschlüsse vom 6. und 10. October 1767; die a. h. Resolution langte am 7. April 1768 herab. Im Ganzen und Großen genehmigte die Kaiserin nach Anhörung des Staatsrathes sämmtliche Anträge der Commission und befahl, nachdem die theilweisen Aenderungen des Gesetzentwurfes vorgenommen worden waren, sofort die Drucklegung desselben. Die letztere übernahm Trattner mit der vertragsmäßigen Verpflichtung, sie bis zum Schlusse des Jahres 1768 zu beenden. Zum Corrector wurde der frühere Referent Hofrath Holger bestimmt. Die wirkliche Kundmachung des Gesetzes, dessen Einführungsverordnung bekanntlich das Datum des 31. December 1768 führt, erfolgte erst im Februar des nächsten Jahres, nach Behebung der noch im letzten Augenblicke vom Fürsten Kaunitz geltend gemachten Bedenken. (Vergl. Hock-Bidermann l. c. und Nr. 2 im Anhange.) Ein im Jahre 1768 überreichtes Gesuch der böhmischen Stände um vorläufige Mittheilung der bereits ausgearbeiteten Theile der Theresiana wurde in der Erwägung: daß dies ein nach der Landesordnung nicht gerechtfertigtes, der königlichen Gewalt zu nahe gehendes Begehren sei, abgewiesen.

[5]) Rücksichtlich des I. Theiles der Theresiana wurden zu den Art. 9, 26, 31, 33, 38, 39, 41, 42, 43, 51, 52 und 53 Bedenken angeregt und seitens der Compilations-Commission hierauf erwidert. — Uns schienen jene Stellen von besonderem Interesse zu sein, welche die Restitution der Zeugenfähigkeit und die Wiederholung des Zeugeneides, die Einvernahme adeliger Personen, die Tortur, die Referir-Methode, den Reinigungseid, den Widerruf des Geständnisses, das Schlußverhör des geständigen Beschuldigten vor Verkündigung des Todesurtheils, die Zulassung von Rechtsfreunden behufs Verfassung des Gnadenrecurses und den Vorschlag auf Einführung des Fallbeiles behandeln. Was den II. Theil des Gesetzentwurfes betrifft, so erscheinen im Motivenelaborate zu den Art. 56, 57, 63, 64, 66, 74, 80, 82, 85, 88, 90 und 97 mehr weniger ausführliche Bemerkungen aufgenommen. Die gutächtlichen Aeußerungen des Grafen v. Wieschnik, den die Compilirungs-Commission als „Erinnerungs-Steller" zu bezeichnen pflegt, waren nicht vorfindlich, doch ist deren Inhalt meist aus den Commissionsberichten ersichtlich, welche absatzweise, zum Theile unter Voranstellung der einzeln angeregten, eben zu beantwortenden Fragen, abgefaßt sind.

[6]) Der Art. 33 handelt vom „Beweis der Missethaten durch Zeugen", die in tugliche (unverwerffliche, untadelhafte) und untüchtige eingetheilt werden. In Betreff der letzteren bestimmt die oben angeführte Gesetzesstelle, es dürfe nicht außer Acht gelassen werden, daß wegen „Untüchtigkeit eines Zeugen auf die Zeit des Verhörs zu sehen seye, die vorhergehende oder nachfolgende Unfähigkeit aber nicht in Betracht komme. Wenn demnach Jemand, so durch eine ehrlose That sich die Zeugensuntüchtigkeit zugezogen, durch Unseren besonderen Gnadenbrief nach Maßgabe des 10. Art. §. 12 in vollen Ehrenstand wiederum hergestellet worden, hat selber nach der Hand allerdings für einen tauglichen Zeugen zu gelten".

Hier ist zum voraus anzumerken, daß in articulo 10 dieser peinlichen Gerichtsordnung die generalia von der Ehrlosigkeit, von der restitutione honoris et ejus effectibus ausführlich abgehandelt worden. Daselbst wird statuirt, quod restitutio honoris alia sit specialis seu per rescriptum principis; et quod alia sit vulgaris, seu ordinaria. De speciali oder dem landesfürstlichen Ehrenbrief wird in art^{lo} 10. §^{o} 9no zur Erläuterung dessen Wirkung beigefüget: „all solche Unsere Gnaden- und Ehrenbrief erstrecken sich jedoch nicht weiter, als in wie weit dieselbe wortdeitlich lauten; dann weiters in §^{pho} 12mo die Fähigmachung zu denen vorzüglichen Rechten, und zur untadelhaften Kundschaftgebung, somit die vollkommene Herstellung in vorigen Ehren-Stand bleibt forthin Unserer höchsten Gewalt vorbehalten und kann ohne Unserem besonderen landesfürstlichen Gnaden-Brief nicht wieder erworben werden." — De vulgari restitutione, seu legitimatione ordinaria wird im articulo 10mo §^{pho} 10mo gehandelt und quoad ejus effectum in §^{pho} 12mo deutlich erkläret, quod ordinaria legitimatio ad integram testimonii fidem non sufficiat, sondern dem vernünftigen Ermessen des Richters allerdings anheimgestellt bleibet, in wie weit beschaffenen Sachen nach, einer solchen Aussage Glauben beigemessen werden könne.

Der Erinnerungssteller hat von diesem Unterschied der restitutionis specialis et ordinariae, welche in articulo 10mo cum suis diversis effectibus abgehandelt worden, keine Anregung gemacht, sondern allererst ad art^{li} 33^{tii} §^{phum} 7^{mum} seine Meinung überhaupt dahin eröffnet: daß ein Ehrloser de jure, wenn er auch im Weg der Gnade restituiret worden, in causis criminalibus keinen tüchtigen Zeugen abgeben, wohl aber sein Zeugniß nur als ein indicium angesehen werden könne.

Der Ausdruck des Erinnerungsstellers ist diesfalls nicht deutlich; von einer bloßen Aggratiation quoad poenam mortis vel corporalem lasset sich der gemachte Anstand nicht verstehen, weil in textu articuli 10^{mi} §. 9 schon klar decidirt ist, daß ein Gnadenbrief nach dem Wortlaute zu nehmen sei, mithin a remissione poenae corporalis ad remissionem infamiae sich nicht erstrecken könne. Von der restitutione honoris ordinaria lasset sich der habende Anstand auch nicht verstehen, allermassen in textu art^{li} 10^{mi} §. 10 schon deutlich geordnet ist: quod legitimatio ord^{ia} ad integram testimonii fidem non sufficiat. Daß aber der Erinnerungssteller seinen aufgeworfenen Anstand de plena honoris restitutione per principem facta oder von einem vollkommenen landesfürstlichen Ehrenbrief sollte verstanden haben ist nicht glaublich weil de hac principis potestate nicht einmal ein rechtlicher Zweifel aufgeworfen werden kann.

Um also bei dieser undeutlichen Erinnerung den Begriff de restitutione honoris et famae klarer auseinander zu setzen, so findet man nöthig die richtigen Rechtssätze, worauf der verfaßte textus sich gründet, in Kürze anzuführen.

Es ist nämlich ein unwidersprechlicher Satz: quod princeps in causis criminalibus sententiam passos, seu condemnatos ex justis motivis vel ex clementia in integrum restituere possit; es ist weiters ein unzweiflicher Lehrsatz: quod restitutio in causis criminalibus poenas, honores, famam, officia et alia jura punitis ademta pro objecto habeat, adeoque per restitutionem etiam infamia quoad omnes effectus civiles aboleri possit. Es bringt auch die allgemeine Rechtslehre

mit sich: quod restitutio alia sit plena seu specialis, per quam reatus aboletur ac per consequens reus in statum pristinum reponitur et omnia jura deperdita recuperat, alia minus plena seu generalis et communis, quae recuperationem pristini status in tantum, in quantum restitutus est, operatur.

Was nun diese unverneinlichen Rechtssätze anbelangt, da glaubt man von Seite der Compilations-Commission überflüssig zu sein, eine rechtliche, derenselben Bewährung anzuführen, da solche Machts-Vollkommenheit eines Landesfürsten omni jure gegründet ist und perpetua praxi mittelst sogestalter Restitutions-Ertheilungen befestiget worden.

Nur allein will man dies gehorsamsten Orts in ordine ad hanc positionem: quod princeps per plenam restitutionem honoris omnem infamiae maculam abstergere et abolere possit, etliche Rechts-Satzungen und authoritates in Kürze beigerückt haben: L. 1. C. de sent. passis. (Augustus dixit: restituo te in integrum provinciae tuae, et adjecit: ut autem scias quid sit in integrum restituere, honoribus et ordini tuo et omnibus caeteris te restituo) L. 2 ibidem (nisi speciale beneficium super hoc fuerit impetratum.) L. 9. l. 10. ibidem. L. 13 §. fin. C. de sent. passis et restitutis. (Ita indulgentiae restitutio bonorum ac dignitatis uno nomine amissorum omnium sit recuperatio.) §. 1 in fine Inst. quib. modis jus patr. potestatis solvitur. (Sed si ex indulgentia principali restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt.) L. 1 §. 6 ff. de postul. (Qui capitali crimine damnatus, qui calumniae publici judicii damnatus est etc.) §. 9 (non potest postulare, nisi ex his criminibus in integrum restitutus sit.) §. 10 (de ea restitutione intelligendum, quam princeps vel Senatus indulsit). Lauterb. ff. de his, qui not. infam. Nr. 23 ff. de Sent. passis et restitutis Nr. 2, 3, 4 et 5. et communiter omnes authores. [7])

Nach eben diesen rechtsbeständigen Grundsätzen ist der Text dieser peinlichen Gerichtsordnung in articulo 10mo de infamia in genere, in articulo 33 de probatione criminum per testes und in partis 2dae articulo 104 de delictis infamantibus in specie mit ordentlichem Zusammenhang abgefaßt worden.

Der von dem Erinnerungssteller aufgeworfene Satz: daß ein Ehrloser niemalen für einen tüchtigen Zeugen anzusehen sei, und ihm allemal die exceptio inidonei testis solle entgegengesetzt werden können, hat in dieser seiner generalen Lage — so lange der Ehrlose ehrlos bleibt und die Mackel der Ehrlosigkeit nicht getilgt ist — zwar seine gute Richtigkeit. Allein gleichwie Niemand einem Landesfürsten die potestatem indulgendae plenariae restitutionis in integrum quoad abolitionem infamiae widersprechen kann, so folgert sich hieraus die evidens sequela, daß, wenn ein condemnatus ex crimine famoso einmal per principem famae et honori plenarie restituiret und mit einem sogestalten Ehren-Diplomate begabet worden, er von selben Augenblick an quoad omnes effectus tam in causis civilibus quam criminalibus nicht mehr für ehrlos könne angesehen, folgsam ihm citra injuriam die exceptio idonei testis nicht mehr möge entgegengesetzet werden.

[7]) Das letztcitirte Werk ist das von dem bekannten juristischen Schriftsteller W. A. Lauterbach zu den Pandekten herausgegebene Collegium theoretico-practicum, u. zw. Pars III, Tit. 23, (S. 1093 d. 3. Aufl. Tübingen, 1725).

Bei so beschaffener Rechtsbewandtniß ist also ganz glaublich, daß der Erinnerungssteller diesen so heiteren principiis juris zu widersprechen nicht gemeinet gewest, sondern durch seinen zweideutigen Ausdruck nur dahin abgezielet habe, daß nämlich die Gerichtsstellen in ihrer Einrathung und der Landesfürst in Ertheilung der plenae restitutionis honori et famae, nicht gar zu leicht sein sollen. Welche Gedenkensart gar wohl gegründet ist, allermassen ansonsten, wann ruchlosen Mördern, Schelmen und Dieben, die aus einiger Ursach in ordine ad poenam mortis aggratiirt worden, sonach auch indistinctim eine plenaria honoris restitutio sollte ertheilet werden, solche durch ihre üble That verleumdete und immer verdächtige Leute mit denen wohl verhaltenen Landeseinwohnern unbillig vermenget, der Nebenmensch hingegen, wider welchen ein solcher honori restituirter Zeuge aufgeführet wurde, durch dergleichen ex virtute plenae restitutionis tüchtig sein müssende Zeugenschaft einer großen Gefahr ausgesetzt würde.

Gleichwie aber von einem Landesfürsten, der sich in derlei Fällen des klugen Rathes seiner Hofstelle gebrauchet, nicht zu supponiren ist, daß er platthin und indiscriminatim dergleichen aggratiirten schlechten Leuten eine plenam honoris restitutionem ertheilen werde, wenn nicht etwa gar triftige Bewegursachen für den Restitutionswerber obwalten; noch von der prudenz der Obergerichte vermuthet werden kann, daß sie in Ansehen solcher aggratiirter oder abgebüßter Missethäter, die eine mit keinem ehrlichen Gemüthe vereinbarliche Schandthat begangen, blindlings und ohne einer gar wichtigen Ursach auf eine plenam honoris restitutionem einrathen werden, so hat man diesorts um mehrerer Vorsichtigkeit halber in der geheimen Instruction ad articulum 10mum den Obergerichten gemessen einzubinden nicht ermangelt, daß selbe für die aggratirten oder abgebüßten Missethäter, welchen ohnedem zu ihrer unbehinderten Nahrungserwerbung die legitimatio ordinaria per legem zu statten kommt, ohne gar dringlichen Beweggrund nicht leicht ad restitutionem honoris plenariam in ihren gütlichen Berichten einrathen sollen. [8])

Aus all' diesen angeführten Beweggründen nun erachtet man dies treugehorsamsten Orts unmaßgeblichst, daß quoad materiam infamiae in dem per totum decursum dieser peinlichen Gerichtsordnung cohärenter zusammengefaßten und mit der allgemeinen Rechtslehre harmonirenden Systemate nicht wohl was abgeändert werden könne. [9])

2. Ad articuli 33tii §phum 18 et 19mum [10]) Quaestio: An

[8]) Die oben erwähnte, den Art. 10 der Theresiana betreffende Weisung an die Obergerichte findet sich auf S. 5 der dem Gesetzbuche allegirten geheimen Anmerkungen. Der effectus restitutionis ordinariae bestand lediglich darin, „daß der gestraffte Thäter ohne all-mindesten Vorwurf des abgebüßt- und gereinigten Verbrechens im gemeinen Umgang, Handel und Wandel unbeirrt zu gedulden und seine ehrliche Nahrung zu suchen berechtigt sein solle".

[9]) Dieser Commissionsantrag erhielt die kaiserl. Genehmigung.

[10]) Der §. 18 des Art. 33 lautet: „Und obschon einige Unserer erbländischen Stände nicht nur in Ansehung des leiblichen Eides, wovon erst hieoben §. 9 Anregung geschehen, sondern auch in deme befreit gewesen, daß sie in peinlichen Kundschaften nicht vor Gericht erscheinen dürfen, sondern auf die ihnen zugestellten Frageстücke ihre Aussage dem Richter schriftlich übergeben können; so finden Wir aber diese Art der Kundschaftgebung in einem so heiklichen Geschäfte, besonders von darumen (weilen bei unvollkommen-abgebenden Antworten der Richter zur Erhaltung einer verläßlichen Zeugenaussage in dem mündlichen Verhör gleich alsobald ohne vielem Umweg die

persona nobilis in causa criminali suum testimonium judicialiter et oretenus deponere debeat?

Eben dieſe Frage iſt bei der Compilations-Commiſſion genaueſt erörtert und ihrer Heiklichkeit halber, beſonders weil es auf Abthuung des den n. öſterr. Landſtänden dieſerwegen verliehenen Privilegii angekommen, hierüber sub ddto. 14. Mai 1765 ein Vortrag an Euere Majeſtät mit Anführung deren rationum pro et contra militantium erſtattet, von Höchſt Deroſelben aber sub Recepto 1. Juni 1765 nach dem Einrathen der mehreren Stimmen conformiter textui nostro gerechteſt reſolviret worden: daß in Criminalfällen die auf Leib und Leben gehen, alle weltlichen Perſonen, weſſen Standes und Würden dieſelben immer ſeien, ihre Zeugenausſage nach vorheriger Meineidserinnerung und dem gewöhnlichen Zeugeneid über die vorhaltenden Fragſtücke vor ihrer Gerichtsbehörde mündlich abzulegen ſchuldig ſein ſollen.

Es iſt demnach der von dem Erinnerungsſteller aufgeworfene Anſtand, eine allſchon allerhöchſt entſchiedene Sache. Dabei aber muß man gleichwolen anmerken, daß, wenn nach dem Antrage des Erinnerungsſtellers die adeligen Perſonen zuerſt mit ihrer Ausſage ſchriftlich vernommen und wenn die Auskünfte unzulänglich ſich erfinden, ſodann erſt secundum praescriptum nostri textus mit derenſelben Vorladung und mündlicher Verhörung ſollte vorgegangen werden, eben durch dieſe Umwege die gerichtlichen Verfahrungen unnöthig verlängert werden müßten. Ueberhaupt aber ſcheint nicht wohl gerathen zu ſein in allgemeinen Gerichtsordnungen wegen ein oder anderen Standes ohne einer erheblichen Nothwendigkeit immerhin Abfälle und Ausnahmen, andurch aber den Rechtsſtand verflochten und ungleich zu machen.[11])

3. Ad articuli 33tii §phum 19num vers. Neuntens.[12]) Quaestio: Si examen cum eodem teste reassumi necesse fuerit, an juramentum quoque de dicenda veritate iterandum sit?

Gleich anfangs als die Verfaſſung einer allgemeinen peinlichen Gerichtsordnung allerhöchſt anbefohlen worden, haben Euere Majeſtät dieſer Compilations-Commiſſion zur Richtſchnur vorgeſchrieben: das materiale internum der Ferdinandeae et Josephinae gegen einander

neuen zur Sache dienlichen Fragſtücke von Amtswegen beirücken muß, überaus Juſtizverzögerlich zu ſein. Wir ordnen demnach, daß fürs künftige, wenigſtens in jenen Fällen, die an Leib und Leben gehen, auch die ſonſt befreiten Standesperſonen ihre Zeugenausſage über die vorhaltenden Fragſtücke vor ihrer Gerichtsbehörde mündlich abzulegen ſchuldig ſein ſollen".

[11]) Im Staatsrathe bildete die obige Frage den Gegenſtand wiederholter Erörterung, zumal Graf Blümegen der Anſicht Wieſchnik's war, daß den ſtändiſchen Privilegien zu nahe getreten würde, wenn Adelige gleich anderen Perſonen ſogar ad Generalia ihre Ausſage mündlich vor Gericht abgeben ſollten. Die eminente Stimmenmajorität einigte ſich aber nach der Meinung Stupan's (dem Starhemberg, Kaunitz und Borié beitraten) dahin, den Antrag der Commiſſion zu befürworten und lediglich in der zu erlaſſenden Inſtruction die Criminalrichter anzuweiſen, daß beſonders anſehnliche, ſehr alte und kranke Perſonen, ſowie den beſſeren Ständen angehörige Frauen in ihren Wohnungen conſtituirt werden können. In dieſem Sinne langte auch die a. h. Entſchließung herab, nachdem die Kaiſerin dem ſtaatsräthlichen Gutachten eigenhändig beigefügt hatte: „bin völig mit des Stupan meinung verſtanden und ſeiner Modalität die er vorſchlagt . . ." (Cab.-Arch.)

[12]) Der §. 19 des Art. 33 enthält nähere Beſtimmungen über die Rechtsförmlichkeit des Zeugenverhörs.

gleichzuſtellen, ſomit das Beſte aus denen vorhin beſtehenden Halsgerichtsordnungen auszuziehen und eine neue zu machen.

Da nun super praesenti objecto in Ferdinandea nichts geordnet iſt, die Joſephina hingegen eine deutliche Ausmeſſung hierüber macht[13]) ſo hat die Compilations-Commiſſion ſolch Joſephiniſche Ausmeſſung in dem Text ad articuli 33 §phum 19 vers. 9 anzuwenden für gut befunden.

Daß nun dieſe Joſephini'ſche Anordnung in Rechten und der natürlichen Billigkeit gegründet ſei, derentwegen iſt ſich nur auf nachfolgende unzweifelhafte Rechtsſätze zu erinnern: 1mo Testibus injuratis praesertim in causa criminali nullam fidem adhiberi posse. 2do Juramentum de dicenda veritate ante examen testis exigendum esse. 3tio Testes pro rei exigentia reproduci posse.

L. 9, L. 16 l. 18 eod. de test. — Cap. fraternitatis in fin. X de test. — Nov. 90, cap. 4. — Lauterb. ff. de test. No. 48, 49. — Strickii usus moder. ff. de test. §. 20, 21. — Carpz. pract. crim. qu. 114. No. 63 usque 74[14]) et reliqui.

Stantibus jam his principiis ſind zwei Rechtsfälle aufzuwerfen, der erſte: daß ein Zeuge, welcher in causa criminali praemisso juramento de veritate dicenda ſchon ausgeſagt hat, von dem Gerichtshaus ſchon hinweggegangen und hernach zu dem Richter zurückkommt mit dem Vermelden, er hätte ſich in ein oder dem anderen Punkte geirrt, oder es wären ihm im weiteren Nachdenken noch einige Hauptumſtände eingefallen; der andere: daß der Richter ſelbſt den ſchon abgehörten Zeugen entweder über neu hervorgebrochene Umſtände neu vernehmen will oder über eine desſelben dunkle oder unverſtändliche Antwort eine klare Auskunft zu haben verlangt.

Nun fragt es ſich, ob in positis his casibus der Richter von dem teste reproducto die neue Ausſage ohne neuem juramento aufnehmen könne, und ob ſolcher neuen Ausſage, wenn das juramentum de dicenda veritate nicht wiederholt worden, in praejudicium inquisiti ein Glauben könne beigemeſſen werden.

Die rechtliche Antwort flieſſet aus dem vorausgeſetzten erſten Grundprincipio, daß dieſe letzte Ausſage in ordine ad probationem legalem keine Wirkung haben könne, quia per omnia jura testibus injuratis credendum non est.

Um alſo die neue Ausſage des reproducirten Zeugen super novis circumstantiis vel super obscuritate prioris depositionis rechtsgiltig zu machen, iſt unumgänglich nöthig, daß entweder von dem reproducirenden Zeugen der Zeugeneid von Neuem abgenommen oder wenigſtens, daß er des vorhin abgelegten Eides ausdrücklich erinnert und eben in Kraft und unter der Verbindung des vorhin abgelegten Eides die neue Ausſage von ihm abgeheiſcht werde.

[13]) Im Art. 9 §. 8, wo es heißt: „Und gleichwie wann ſich ein Zeug in etwas verbeſſern wolte und ſolches nicht alſogleich ſondern erſt damahlen thäte, da Er ſchon über die Gerichts-Schwelle hinausgetretten, das Gericht ihn von neuen den Zeugen-Aydt ablegen laſſen muß; alſo ſolle auch dem Gericht ſelbſten unverwöhret ſeyn, über etwann neu-hervorkommende Anzeigungen noch einmahl, jedoch ebenfals vor abgenommenen oder wiederhohlten Zeugen-Aydt dieſelbe oder auch andere Zeugen von neuen zu verhören und im nöthigen Fall wie obgemeldt die Confrontation anzuſtellen."

[14]) Die oben citirte Quaestio 114 der Practica nova rerum criminalium von Carpzow handelt: De probatione delictorum, quales et quotnam testes in causis criminalibus requirantur, quaeque et qualis eorum depositio esse debeat?

Aus all' dem ergibt sich also, daß die Josephinische, hier in textu einverleibte Anordnung den Rechten und der natürlichen Billigkeit ganz gemäß sei, allermassen es gar zu gefährlich wäre, eine post intervallum temporis über ganz neue Umstände abgelegte, unbeeidete Aussage zum Nachtheile des Inquisiten für einen rechtlichen Beweis gelten zu lassen, weil immer wahr sein würde, daß der Zeuge über die letztere Aussage kein testis juratus sei. Der Einwurf als ob andurch sich ergeben könnte, daß der reproducirte Zeuge sich widersprechen, somit bei doppelter Eidesablegung entweder in der ersten oder anderen Aussage einen falschen Eid ablegen dürfte, ist nicht so beschaffen, daß ob ejus modi remotum metum perjurii von denen gemeinen Rechtsregeln sollte abgegangen werden. Es kann ja ein beeideter Zeuge auch gleich in seiner ersten Aussage variren oder sich per decursum depositionis schnurgerade widersprechen, und ungehindert einer solchen möglichen Begebenheit, hat es doch bei der allgemeinen Rechtsregel zu bleiben, daß ohne Ausnahme ein jeder Zeuge, ehe und bevor er in ordine ad legalem probationem zur Aussage zugelassen wird, das juramentum de veritate dicenda leisten müsse. Zudem handelt es sich ja hier nicht um einem Zeugen, der seine vorige Aussage e diametro zu widerrufen verlangt, sondern es ist hier von jenen reproducirenden Zeugen die Rede, welche ihre vorige Aussage zu verbessern, zu erläutern, zu vermehren haben oder über ganz neue Umstände neuerdings verhört werden müssen, wobei also nicht so leicht ein falscher Eid zu besorgen ist. Solchenmach glaubt man dies treugehorsamsten Orts, daß es auch quoad hunc passum bei dem Aufsatz ganz unbedenklich beharren könne.[15])

4. Ad articuli 38vi §phum 17mum [16]) Quaestio: An ligatura Moraviae in tortura locus dandus sit?

Man hat in hoc §pho die vier gradus torturae benennet und pro 2do gradu die Bind- oder Schnürung bestimmt. Der Erinnerungs-Steller haltet dafür, daß bei dem 2do gradu beizufügen wäre, wienach in überschweren Verbrechen sich auch der mährischen Bindung möge gebraucht werden.

Hier ist nun zum voraus anzumerken, daß diese mährische Bindung als eine besonders harte Peinigungsart allererst anno 1719 von dem Hradischer Magistrat der königlich böhmischen Appellation an Handen gegeben [17]) und von dieser bei Hof gegen die Räuber und hartnäckigen

[15]) Die Ansichten über diesen Punkt waren im Staatsrathe getheilt. Stupan, Blümegen und Borié traten der Meinung Wieschnik's, u. zw. um so mehr bei, als „man allezeit darauf zu sehen hat, daß die Juramenta nicht vervielfältigt werden, ne nomen Domini in vanum assumatur". Die a. h. Entschließung erfloß hierauf dahin, daß „ein Zeuge bei seiner Reproduction, wenn er seine erste Aussage ändern oder eine klarere machen will, mit keinem neuen Eide ob summum periculum perjurii zu belegen, wohl aber seines vorhin abgelegten Eides nachdrücklich zu erinnern ist." So lautet auch der Gesetzestext.

[16]) Der Art. 38 der Theresiana handelt von den „genugsamen Ursach- und Anzeigungen zur peinlichen Frag, auch wann, wider wen und wie selbe vorzunehmen seye" und unterscheidet, was die Peinigungsnoten betrifft, zwischen gradus torturae Bohemicae et Austriacae. Zur Geschichte der Tortur in Oesterreich vgl. Wahlberg's ges. kl. Schriften, II, S. 265 ff.

[17]) Die ehemalige mähr. Kreishauptstadt Ungarisch-Hradisch (Hradiště uherské) unterstand zu jener Zeit rücksichtlich der Blutbann-Jurisdiction noch dem Prager Appellationsgerichte. Das mährische Tribunal wurde erst 1752 zum Obergerichte erhoben.

Juden vorgeschlagen, als Ursache des Vorschlages aber hauptsächlich dieses angeführt worden: weil die Räubereien in Mähren sehr in Schwang gehen und die daselbstigen rohen Leute singularis duritici corporis et animi wären, folglich die Räuber die ordri Tortur mit Hartnäckigkeit ohne einiger Bekanntnus ausstünden, somit ergiebigere Peinigungsmittel, um sie zur Wahrheit zu bringen angewendet werden müßten.

Die mährische Bindung wird in dem an Ihro Majestät Carolum VItum abgegebenen Vortrage auf nachstehende Weise vorgeschrieben: daß dem torquendo die Arme auf den Rücken mit einem Haufen Stricke ganz fest und eng soviel sich's thun läßt und sein kann zusammengebunden und gezogen, und der Inquisit nachmals auf die Erde mit dem Bauch geleget und ihm die Händ unter den Leib gestrecket und solchergestalten einige Zeit liegend gelassen werde, welches diesen malitiosen Leuten auszustehen unmöglich vorkommen solle, wegen der großen Aengsten die sie meistens propter circulationem sanquinis leideten und sich alle Augenblick einbildeten, daß sie sterben müssen. Mit dieser Bindung wären die Räuber tanquam primo torturae gradu anzugreifen und bei fernerem Läugnen könnte sodann die ordinari Tortur von Daumstöcken anzufangen, per ulteriores gradus pro qualitate delicti et circumstantiarum gleichwohlen verordnet werden.

Die über diesen Vorschlag an die königlich böhmische Appellation erfolgte allerhöchste Resolution ddto. 19. August 1719 lautet inter alias ordinationes dahin: daß 1mo in hoc crimine robbariae excepto ac reipublicae summe noxio die von euch vorgeschlagene Bindung fürohin gegen die Raubere und auch gegen die hartnäckigen Juden per modum primi gradus torturae gebrauchet, da sie aber doch läugneten, sodann ad ulteriores gradus torturae intercalaris progrediret werden solle, jedoch dergestalten, daß diese Bindung denen Untergerichten anderst nicht, als wann ihr es denenselben de casu in casum zulassen würdet, vorzukehren erlaubt seyn solle.

Es erhellet demnach aus dieser Vorannmerkung, daß die sogenannte mährische Bindung nicht generaliter für alle Erblande, sondern meistentheils für Mähren und nur entgegen die Räuber und hartnäckigen Juden, hauptsächlich ob duritiem eorum corporis et animi und endlich nur dazumalen, wenn das Obergericht dieselbe anzuwenden für gut findet, eingeführt worden sei.

Diese Compilations-Commission hat bei Bestimm- und Ausmessung der graduum torturae die Beschaffenheit der mährischen Bindung wohl überlegt und befunden, daß diese Peinigungsart pro 1mo gradu weder in allen Erblanden universaliret werden könne noch an sich selbst nützlich oder nöthig sei und dieses aus folgenden Betrachtnehmungen:

1mo ist allbekannt, wie verhaßt die Tortur bei der Welt sei, wie viele berühmte Authores dagegen die heftigsten Klagen führen und dies aus mehrerlei Ursachen, weil die remedia eruendae veritatis in keiner Pein und Strafgattung bestehen sollen; weil sich öfters, besonders aber in den sogenannten Hexen-Processen ergeben hat, daß unschuldige Leute aus Unerträglichkeit der Tortur oder weil sie sich nicht abpeinigen lassen wollen, sich lieber schuldig gegeben und die Todesstrafe unschuldig erlitten haben und so fort. Da nun aber nach dem Ausspruche aller Halsgerichts-

ordnungen und auch nach diesortiger Meinung die Tortur nicht gänzlich kann aufgehoben werden, weil ansonsten (zumal zu den Lasterthaten keine Zeugen genommen werden, sondern heimlich geschehen) die boshaften Missethäter sich ganz keck auf das Läugnen verlassen und solchergestalten zu Nachstand der justitiae vindicativae und zu fortwährender Gefahr des publici der verdienten Todesstrafe entgehen würde, so erheischet Recht und Billigkeit, daß die Torturs-verhängung nicht perperam mißbraucht, sondern, daß hierinfalls ein rechtes Maß gehalten werde.

2do Das rechte Maß der Tortur besteht in dem, daß die Empfindung des Schmerzes de gradu in gradum allmälig vermehrt keineswegs aber soweit übertrieben werde, daß dem zu Peinigenden eine nahe Todesgefahr andurch zustehen möge. Da aber durch die mährische Bindung der Mensch gleich außer Athem und in Todesängsten versetzt wird, so kann diese martervolle Bindung pro 1mo gradu um so weniger schicksam sein, als der hernach folgende 2dus gradus des Daumstocks, der nur an Fingern Schmerzen machet, viel gelinder und nach nirgends eingeholter Erfahrung der allergelindeste ist und eben von darum von der Compilations-Commission pro 1mo gradu ausgesetzet wurde.

3tio sind die in textu ausgemessenen 4 gradus torturae, als: Daumstock, die gewöhnliche Bindung, Folter und Feuer, nebst den §pho 3tio pro re nata eingeräumten Intercalar-Torturs-Absetzungen schon so streng abgemessen, daß, wenn bei einem verstocktesten Bösewicht durch diese Peinigung das Bekenntniß nicht herausgebracht werden kann, zu schließen ist, daß ein solcher Mensch lieber sich zu todt martern als bekennen werde. Es kommt also nicht darauf an, daß etwa in uno alterove casu speciali ein boßhafter Mensch die ganze Tortur negative ausstehen möge, sondern man hat generaliter den Bedacht dahin nehmen müssen, ne tortura, quae est merum extraordinarium eruendae veritatis remedium in crudelitatem degeneret, et ut secundum effectum juris romani (l. 7 ff. de quaest.) tortus vel supplicio, vel suae innocentiae salvus superesse possit.

In welch' allen Anbetracht also man dies treugehorsamsten Orts bei Verfassung des textus wohlbedacht beschlossen hat, daß die ganz besondere und sonst nirgens gewöhnliche mährische Bindung, um der erbländischen Gleichförmigkeit halber als was Unnöthiges zu übergehen und es bei den gewöhnlichen, in der Josephina und anderen Halsgerichtsordnungen festgestellten vier gradibus torturae zu belassen sei.[18])

[18]) Bei Abgabe der staatsräthlichen Aeußerung über diesen Punkt war blos Stupan für den Antrag Wieschnik's, alle Uebrigen sprachen sich dagegen entschieden für die Wohlmeinung der Commission aus, u. zw. Kaunitz mit dem Beifügen: weil „zu wünschen wäre, daß anstatt die gradus torturae zu verschärfen, dieselben vielmehr vermindert oder gar aufgehoben werden könnten". Staatsrath Borié regte zugleich an, es möchte statt der bisher üblichen Peinigungsarten die sogenannte Bambergische Tortur eingeführt werden, welche erfahrungsgemäß rascher zum Geständniß führe und für den Delinquenten minder gefährlich sei. Die letztere bestand darin, daß man den Beschuldigten mit entblößtem Rücken auf einer Bank festband, ihm sodann mittelst frischer Haselnußgerten 12—50 Streiche versetzte und dies nach einigen Tagen als zweiten oder dritten Torturgrad wiederholte. Im Sinne dieses Gutachtens langte nachstehende a. h. Entschließung herab: „Ad Art. 38 §. 17 begnehmige Ich das Einrathen (der Commission), und hat diese sogenannte mährische Bindung als eine in allen übrigen Ländern unbekannte Art der Peinigung gänzlich zu unterbleiben. Und da zugleich verlauten will, daß die sogenannte Bambergische Folter für das Leben und die Gliedmassen der Delinquenten nicht so gefährlich und schädlich als die hierländische ist, so ist über die Beschaffenheit und Wirkungen dieser Bambergischen Tortur die nähere Erkundigung einzuziehen und Mir zugleich die Wohlmeinung zu eröffnen, ob dieselbe allenfalls an Platz der wirklich eingeführten Ordinari Tortur anzunehmen wäre." (Cabin. Arch.) — Die hiemit kundgegebene Hinneigung zu den humaneren Bestrebungen der Zeit kam übrigens in Ansehung der Tortur zugleich mit Rücksicht auf die öffentliche Sittlichkeit auch noch dadurch zum Ausdrucke, daß die Commission beschloß, es sei die Folter und Feuertortur, welche eine Entblößung des Körpers voraussetzte, im Gegensatze zu den „älteren halbbarbarischen Zeiten" wider Frauen nicht in Anwendung zu bringen. Vergl. Art. 38, §. 19, Abs. 17 der Theresiana.

5. Ad articuli 39ni §phum 4tum.[19]) Quaestio: An acta criminalia apud judicem superiorem sine extractu actorum tantum oraliter referri possint?

Es ist aus der Erfahrenheit bewußt, daß einige Criminal-Referenten entweder aus Zutrauen auf ihr Gedächtniß oder aus Bequemlichkeit um mehrerer Mühe überhoben zu sein, den durchgelesenen Criminal-Proceß ohne einig-formirten Extractu actorum blatthin auswendig referiren, wo also bei einer solchen perfunctorischen Referirung — wenn der Referent einige wesentliche Umstände vergessen und die Beisitzer dem Referenten ohne Einsicht der Acten vollen Glauben beimessen — ganz leicht geschehen kann, daß aus Mangelhaftigkeit des Referats zum Abbruch der justitiae vindicativae in judicando der Sache zu viel oder zu wenig gethan werde.

Dieser allzubequemlichen und der heiklichen Justizpflege gar zu gefährlichen Referirungsart nun für's Künftige vorzubeugen, ist in textu geordnet worden, daß bei den nachgesetzten Halsgerichten die Acta plenarie abgelesen werden sollen. Dahingegen den Vorstehern der Obergerichtsstellen nach ihrem vernünftigen Ermessen anheimgestellt wird: ob selbe pro qualitate causae criminalis den Proceß nur auszugsweis vortragen lassen oder nach Wichtigkeit der Sache ebenfalls die Acta ganz ablesen zu lassen oder auch einen Correferenten in causa zu bestellen für gut finden werden.

Der Erinnerungssteller stoßt sich an dem, daß bei den Obergerichten die Criminal-Processe auszugsweise sollen vorgetragen werden, aus beigefügter Ursache: weil bei den Obergerichten größtentheils solche Männer zu finden sind, welche durch ihre Vorträge die dunklen Berichte der Untergerichte vielmehr in's Klare und in Ordnung einzuleiten vermögen. Man findet aber dies treugehorsamsten Orts nicht, wie sich an dieser heilsamen Vorsehung mit Recht möge gestoßen werden und wird nicht gezweifelt, daß die Obergerichte mit stattlichen Männern besetzet seien; aber auch diese Männer und überhaupt alle Richter müssen an eine Ordnung gebunden sein, die gute Ordnung hingegen erheischt, daß ein Referent besonders in den wichtigen causis crimininalibus seinen Vortrag mittelst eines suscincten extractus actorum vorbereite und nicht etwa mit einer übereilt-unvollkommenen mündlichen Referirung die Rathsstelle zur Schöpfung eines ungleichen Erkenntnisses verleiten möge.

Euere Majestät haben Dero obersten Justizstelle selbst in der an selbe in anno 1763 erlassenen Instruction[20]) gerechtest vorzuschreiben geruht:

[19]) Der Artikel 39 handelt von der Schöpfung des peinlichen Urtheiles, nach vollführtem Criminal-Proceß.

[20]) Diese umfangreiche Amtsinstruction vom 4. Februar 1763 erscheint abgedruckt in meiner Geschichte der obersten Justizstelle, S. 325 ff.

„Art. 1 §. 9 so wollen Wir zwar die oberste Justizstelle an unnöthige Gerichts-Solennia, wodurch dem Hauptwerk und genugsamer Erkundigung der Wahrheit nichts zu- oder abgehet, nicht verbunden, jedoch anbefohlen haben, daß in substantialibus requisitis processus nie nichts ausgelassen und Niemand übereilet, beschweret oder andurch an seinen Rechten verkürzet werden solle.

Art. 2 §. 12 wiezumahl einem Dicasterio nichts mehr verkleinerlich sein kann, als wenn vorherige Resolutiones bei besserer Einsicht der Sachen wiederum abgeändert werden, dieses aber nothwendig geschehen muß, wenn die Sachen nicht präpariret oder übereilt vorgetragen werden, mithin die Räthe darüber ein standhaftes Votum abzulegen nicht vermögend sind ꝛc.

Art. 2 §. 16 es sollen die Referenten und allenfalls bestellte Correferenten die ihnen anvertrauten Sachen nicht obenhin und nur zum Theil, viel weniger selbe durch ihre amanuenses durchlesen und Extracten daraus machen lassen, sofort aus solchen referiren und ihre Vota darnach richten, sondern ihren Pflichten und Eiden nach Alles selbst, ganz und mit solchem Fleiß lesen und notabene extrahiren, daß sie einer jeden Partei billiges Recht und desselben Behelfe getreulich und vollkommen zu referiren und einem jeden Rathe auf seine Frage und dubia genugsame Erläuterung zu geben wissen; sonst solle auch an Hauptumständen und was zur Sache gehört nichts vergessen, übersehen, vielweniger vorsätzlich übergangen und ausgelassen werden."

Nachdem also den obersten Justizräthen selbst obliegt, die zugetheilten Processe auszugsweise oder mit einem vorbereiteten extractu actorum vorzutragen, so können ja die Obergerichte in den Erblanden sich einer gleichen Schuldigkeit nicht entziehen, es ist aber gleichwohl um allen Anstand zu beheben in der geheimen Instruction ad hunc §phum der Obergerichtsstellen extra regulam auch dies eingeräumt worden, daß selbe in gar klaren Malefizvorfallenheiten, wo nämlich die Missethat mit ihren Umständen notorisch oder sonst hell am Tage liegt, nach ihrem klugen Befund den Proceß auch ohne einem förmlichen extractu actorum mündlich in Vortrag bringen lassen können, welchenfalls jedoch nöthig ist, daß die Verificationes des corporis delicti, das Bekenntniß des Inquisiten oder die Zeugenaussagen und all' dasjenige, was zur Hauptsache gehörig und zur Verurtheil- oder Lossprechung des Angeschuldeten vorträglich sein kann, bedachtsam abgelesen und wohl überlegt werden solle. [21])

6. Ad articuli 39ni §phum 12mum. [22]) Quaestio: An jura-

[21]) Der Commissionsantrag erhielt die kaiserliche Genehmigung und findet sich die oben erwähnte Weisung an die Obergerichte auf S. 8 der „Geheimen Anmerkungen" zur Theresiana.

[22]) Dieser Paragraph behandelt die Frage, ob dem Inquisiten der Reinigungseid aufzutragen sei und lautet: „Der Reinigungseid ist gemeiniglich damalen aufzutragen, wenn ein halber Beweis oder sonst starke Inzichten zwar vorhanden, gleichwohlen aber dieselben zu einer wirklichen Strafverhängung nicht hinlänglich erfunden werden, auch die Tortur entweder wegen Befreiung der Person oder aus Mangel genugsamer Anzeigungen nicht statt haben kann: welchen Falls die verweigernde Eidesablegung für ein Geständniß der That anzunehmen ist. Es solle jedoch wegen des zu besorgenden Meineides schlechten und übel berüchtigten Personen, wie auch überhaupt in jenen Criminalfällen, die ans Leben gehen oder eine schwerere Leibesstrafe auf sich tragen, dem Verdächtigen zu seiner Rechtfertigung nicht leicht der Eid auferlegt, sondern vielmehr der Antrag auf mitlerweilige Abbrech- und Einstellung der Inquisition oder bewandten Umständen nach auf eine außerordentliche Strafferkenntniß gemacht werden". Ueber das Alter des Reinigungseides und die im deutschen Criminal-Processe diesfalls leitenden Grundsätze vergl. Henke l. c. I, S. 207 ff. und Wächter's Beiträge S. 62 ff.

mentum purgatorium in causis criminalibus omnino tollendum sit?

Der Gebrauch des juramenti purgatorii ist nach allen sowohl älteren als neueren Rechten, in causis civilibus und criminalibus allgemein eingeführt worden, ita tamen, ut tantum personae honestiores ad hunc purgandi modum admitterentur, uti pluribus deducit Böhmer, in Elementis jurisprudentiae criminalis (Sect. I, cap. 14 „de juramento purgatorio" §§. 251, 252); er ist recipirt jure canonico, jure Saxonico, item per recessus imperii, wie gleichfalls ausführen: Böhmer (dicto loco §. 253), Carpzow (Pract. crim. qu. 116, Nr. 58 usque 83), der Ordo crim. Borussiae (cap. 9, §. 27), Brunnemann (Processus inquisitionis, cap. 8, Nr. 77) et omnes alii, und er ist approbirt in erbländischen Rechten (Ferdinandea: Art. 15, Art. 19, §. 7; Leopoldina: Part. II, art. 9, item art. 13, §. 7; Josephina: art. 16 prim).

Diese Compilations-Commission hat in reifem Betracht, daß das juramentum purgatorium in ganz Europa nach geist- und weltlichen Rechten und erstbemeltermassen auch nach den erbländischen Satzungen in vollem Gebrauch sei, von dem allgemeinen Rechte nicht abweichen wollen. Man ist aber hiebei mit Behutsamkeit vorgegangen, indem man in textu hoc §pho 12mo vorsichtigst ad evitandum periculum perjurii per modum exceptionis statuiret hat, daß schlechten und übel berüchtigten Personen, wie auch überhaupt in jenen Criminalfällen die an's Leben gehen oder eine schwerere Leibesstrafe auf sich tragen, dem Verdächtigen zu seiner Rechtfertigung nicht leicht der Purgationseid auferlegt, sondern vielmehr der Antrag auf mittlerweilige Abbrechung und Einstellung der Inquisition, oder bewandten Umständen nach auf ein außerordentliches Straferkenntniß gemacht werden solle.

Dahingegen man respectu personarum honestiarum ex concluso commissionis den Purgationseid nicht wohl hat aufheben können und zwar ex rationibus:

1ma. Ein sonst wohlverhalten = ansehnlicher Mann, der in eine Inquisition verfallet, kann mit Rechtsfug begehren, daß sein Inquisitions-Proceß vel per condemnationem vel per absolutionem geendet werde; wenn also gegen einen solchen sonst wohlverhaltenen Mann kein vollständiger Beweis, weder indicia torturalia vorhanden oder selber ex privilegio legali von der Tortur exempt, gleichwohlen aber stark graviret ist, so bleibt nichts übrig ad finiendam inquisitionem, als ihm pro purgatione indiciorum den Reinigungseid aufzutragen.

2da. Den Inquisitions-Proceß inmittelst einzustellen, oder ihn erga inscriptionem nur ab instantia zu absolviren, würde einem solchen sonst wohlverhaltenen Mann bei dem ganzen Volke sehr nachtheilig sein und ihm einen üblen Nachklang verursachen, weil solchergestalt [cum nec absolutus, nec condemnatus, sed inquisitio in suspenso relicta fuerit] er forthin bei der Gemeinde für einen verdächtigen, noch in reatu stehenden Mann müßte angesehen werden.

3tia. Eine poenam extraordinarium wider einen wohlverhaltenen Mann, qui neque convictus, nec confessus est, propter sola indicia zu verhängen, würde sich cum regulis justitiae nicht vereinbaren lassen.

Es bleibt also nichts übrig, um mit einer sonst wohlverhaltenen Person, quae de aliquo delicto gravata sed non convicta est, den Proceß vollends zu endigen, als derselben den Reinigungseid aufzulegen.

Der ganze Anstand derjenigen, qui penitus volunt eliminare juramentum purgatorium, womit auch der Erinnerungssteller einverstanden ist, bestehet also in periculo perjurii, allermassen nach derenselben Dafürhalten nicht zu glauben, daß einer, der sich per juramentum purgatorium von dem Verdachte des Verbrechens und somit auch von der Strafe entledigen kann, mit Ausschlagung des Juraments das Verbrechen bekennen und sich freiwillig der Strafe bloßgeben werde.

Allein diese Meinung, welche den Reinigungseid gänzlich verbannen will, ist von Rechts- und Billigkeitswegen verwerflich:

1mo weil sie allen, sowohl alten als neuen, geistlichen als weltlichen und aller Länder Rechten, den Recessibus S. R. Impii, der Constitutioni Ferdinandeae, Leopoldinae, Josephinae und überhaupt der allgemeinen Rechtslehre widerstrebt und dergleichen singulare Meinungen, die wider das allgemeine Welturtheil neu auf die Bahn kommen, insgemein mehr falschen Schein als wahren Rechtsgrund in sich haben.

2do weil durch diese Meinung das Grundprincipium: quilibet salutis suae memor et bonus esse praesumitur, donec probetur malus, gänzlich zernichtet würde. Denn derzeit heißt es: es ist nicht zu vermuthen, daß der sonst ehrlich und wohl verhaltene Mann, dem der Reinigungseid aufgetragen worden, seines Seelenheils uneingedenk sein und einen falschen Eid ablegen werde. Diejenigen hingegen, so das juramentum purgatorium universaliter aufgehoben wissen wollen, müssen den Gegensatz behaupten: ideo tollendum esse juramentum purgatorium, quia praesumi potest, quod quilibet inquisitus salutis suae immemor perjurium commissurus sit. Uebrigens versteht sich diese Rechtslehre: quod quilibet praesumatur bonus etc. de jure nur von untadelhaften und sonst wohlverhaltenen Personen, nicht aber von schlechten und schon berüchtigten Leuten, quorum praecedens mala fama praesumptionem bonitatis non admittit, weshalb dieser legale Unterschied auch in dem textu beibehalten worden.

3tio. Der Reinigungseid gehört demnach nur für sonst wohl verhaltene und ansehnliche Leute, welche durch einige gegen sie streitende starke Anzeigungen sich vor der Welt den Verdacht einer begangenen ehrlosen That zugezogen haben. Ein solcher sonst würdiger Mann, der entweder um des üblen Rufes los zu werden selbst ihm den Proceß zu machen verlangt hat, oder der von Jemanden angegeben und angeklagt, oder wider den die Inquisition wegen der ihm zur Last fallenden verdächtigen Umstände ex offo angestrengt worden, dieser Mann begehrt das Ende seiner Inquisition, man soll ihn, wenn er schuldig befunden wird, verurtheilen, wenn ihm aber der reatus nicht bewiesen wird, ihn zur Herstellung seiner Ehre lossprechen.

Was soll nun der Richter thun? Die Indicia machen einen halben Beweis, sind also so stark, daß er nicht kann simpliciter losgesprochen werden; die Tortur kann auch nicht wider ihn vorgenommen werden, weil er eine exempte adelige Person oder weil das delictum nicht capital ist und verurtheilt kann er auch nicht werden, weil er weder convictus, weder confessus ist.

Nach der universalen Grundlehre und nach unserem Text ist zu helfen mit der delatione juramenti purgatorii; schwört er, so hat er sich andurch vor dem Richter und quoad effectus juris vor der ganzen Welt gereinigt, er ist demnach simpliciter ab ipso delicto zu absolviren und solchergestalt seine Ehre wieder vollkommen hergestellt, er kann sofort ohne männiglichens Vorwurf seine vorige adelige Bedienstung unter anderen ansehnlichen Männern wiederum bekleiden.

Nach der Meinung derer, qui eliminari volunt juramentum purgatorium, ist nicht zu helfen; er kann nicht absolviret, weder condemniret werden, uti supra dictum. Es muß also nach dieser Meinung die Inquisition ob indicia permanentia necdum elisa eingestellt und in suspenso verbleiben. Dieser sonst würdige Mann bleibt so pendente inquisitione bei der Welt forthin in Verdacht, er kann auch pendente inquisitione und solange der angeschuldete reatus nicht gehoben ist, seinen Dienst und Charakter nicht bekleiden, und diese perpetuirliche Anhängigbleibung der Inquisition würde die schöne Frucht sein von mehrbemelter Meinung. Ein solcher sonst würdiger Mann, müßte also wegen des putatitii reatus forthin schmachten, und zwar ex illegali ratione, quia per depositionem juramenti purgatorii praesumeretur perjurus fieri.

4to. Diese Meinung de eliminando penitus juramento purgatorio geht zu weit und würde einen großen Theil des systematis juris non tantum criminalis sed et civilis zu Boden werfen; denn ex eadem ratione müßte auch das juramentum judiciale, quod pars parti defert, und sonderheitlich das juramentum litis decisivum, quod judex vel actori pro complemento semiplenae probationis, vel reo ad elidendam semiplenam probationem ex officio defert untereinstens aufgehoben werden, und wie sollte nun sublato juramenti suppletorii usu der Richter mit der Entscheidung vorgehen können.

Aus allen diesen Betrachtungen ergibt sich demnach, daß dieser sententiae singulari aliquorum authorum de tollendo penitus juramento purgatorio — zumal selbe nichts als Beirrung in dem Rechtsstand verursachen würde — keinerdings möge beigepflichtet werden.[23])

7. Ad articuli 41mi §phum 2dum.[24]) Quaestio: An finita inquisitione et lata sententia non sit consultius imo

[23]) Der Commissionsantrag wurde a. h. Orts genehmigt.

[24]) Der Art. 41 handelt von der Urtheilsverkündigung; die beiden ersten Paragraphe lauten: „Nachdem das Urtheil geschöpft und in Fällen wo es nöthig von dem Obergericht bekräftigt worden, ist das nächste, daß hierauf an einem gewissen hierzu bestimmten Tage dasselbe vor besetztem Gericht dem aufgeführten Thäter vorgelesen und ihm andurch, was des ihm zur Last gehenden Verbrechens halber Urtheil und Recht vermag, mit klarer Andeutung der zuerkannten Strafe, ohne allem Rückhalt verkündet werde. Wobei der Unterschied zu halten, daß, wenn das Urtheil auf die Todesstrafe ausgefallen und die Verurtheilung lediglich auf des Inquisiten Geständniß ohne anderweite Ueberweisung sich begründet, solchen Falls um mehrerer Sicherheit willen der Verurtheilte, wie obbesagt, vor das besetzte Blutgericht aus dem Gefängniß vorgeführet, sofort demselben zuvörderst sein vorher gethanes Bekenntniß nochmalen vorgehalten oder abgelesen und er sodann: ob er darauf beharre, auch was er allenfalls noch dabei zu erinnern habe, nochmals gütlich befragt werden solle. Wird nun die Missethat von ihm wiederholt bestätigt, so ist ihm gleich darauf das Urtheil nach seinem vollen Inhalt, somit der Tod und Gerichtstag anzukündigen; würde er im Gegenspiel ein solchgerichtlicher Befragung sein voriges Geständniß ganz oder zum Theil wider-

necessarium, reum ex sua sola confessione ad mortem condemnatum adhuc semel in Banco juris super veritate depositionis suae constituere?

Die Frage ist hier von einem Delinquenten, der nicht überwiesen, sondern aus seinem Bekenntniß zum Tode verurtheilt worden ist.

Richtig ist, daß, wenn die Verurtheilung eines Inquisiten lediglich auf dessen Geständniß ohne anderweitiger Ueberweisung sich begründet, bei erfolgendem Widerrufe das Urtheil stante revocatione nicht könne vollzogen werden, siquidem sublato condemnationis fundamento, etiam ipsa condemnatio suis viribus destituatur.

Und dieser Satz ist nach allen Rechten und selbst nach der natürlichen Billigkeit so unwidersprechlich, daß, wenn der ex sola confessione zum Tode Verurtheilte allererst im Ausführen oder selbst auf dem Richtplatz sein Geständniß widerrufete und unschuldig zu sein vorgäbe, mit der Execution nicht könne fortgefahren, sondern er zurückgeführet werden müsse. Es hat sich öfters ergeben und kann also für nichts Unmögliches angesehen werden, daß ein Unschuldiger entweder aus Ueberdruß des Lebens oder aus Kleinmüthigkeit und sonderheitlich aus Furcht vor der Tortur den verzweifelten Entschluß fassen könne, lieber, obschon unschuldig eines geschwinden Todes durch den Schwertschlag zu sterben, als seinen Körper durch anhaltende Torturatpeinigung abmartern und krüppelhaft machen zu lassen.

Da nun einerseits gar wohl möglich ist, daß ein Unschuldiger durch sein Bekenntniß sich schuldig gegeben haben möge, andererseits aber ungerecht wäre, einen unschuldig sein Könnenden seinem durch den Widerruf entkräfteten Geständnisse schlechthin aufzuopfern oder ihm alle Gelegenheit zur Widerrufung seines falsch gethanen Bekenntnisses abzustricken; so fordert demnach Recht, Billigkeit und die Menschenliebe, daß in Ansehung eines solchen Inquisiten, dessen Verurtheilung lediglich auf seinem Geständnisse beruht, mit aller Vorsicht und Behutsamkeit zu Werk gegangen werden müsse.

Die Compilations-Commission hat in all-dessen Anbetracht das sicherste Vorsichtsmittel zu sein erachtet, daß ein solcher ex sola confessione Verurtheilter vor der Todesankündigung nochmals kurz über die eingestandene Missethat constituiret und ob er dabei verharre und was er etwa noch dabei zu erinnern habe, befragt werde. Und dieses aus nachfolgenden rechtlichen Beweggründen:

1mo. Diese letztmalige Constituirung in Banco juris ist den Rechten gemäß. [Carolina ab art. 78 usque 100, von dem „entlichen rechttag" oder endlichen Gericht. — Carpzov Pract. crim. Quaestio 136, von Hegung und Haltung des hoch-nothpeinlichen Halß- und Achtgerichts. Inneröesterr. bannrichterliche Praxis: Von dem letzten Gericht in offenen Schranen. Josephina art. 20, §. 2, über das Examen, welches man vor Ausführung des armen Sünders haltet. Pragmatica Bohemica vom 25. April 1727 ibi respectu praedonum: „Wir gnädigst gewöllet seynd, daß ein solcher zum Tod überbringender Malefficant eben an dem Tag, da er zur Richtstatt gebracht werden solle, kurz

rufen, oder solcher neuer Zusätze sich gebrauchen, welche die Thathandlung merklich änderten oder wenigstens zweifelhaft machten, so ist mit der Urtheilsverkündigung einzuhalten und gestalten Dingen nach mit dem Proceß weiter zu verfahren."

vor der Ausführung über seine Bekanntnus nochmalen specifice in Banco juris constituiret und ob er hierauf leben und sterben wolle, befraget werden solle".] Man hat aber bei diesem Final-Constituto in Banco juris alle unnützen Feierlichkeiten und Weitwendigkeiten, die in Carolina mit dem endlichen Gericht und teste Carpz: dicto loco mit Hegung des hochnothpeinlichen Gerichts, wie auch in Steiermark mit dem annoch heutigen Tages pro forma haltenden letzten Gericht in offener Schranne gebrauchet werden, vermieden;

2do hat man ad hoc finale constitutum den Richt- oder Executionstag nach der Josephina darum nicht bestimmen wollen, weil dadurch bei einem erfolgenden Widerruf nur Verwirrung entstehen würde, immassen der schon vorhandene Freimann mit seinen Knechten und praeparatoriis wieder abgedankt werden und die von allen Orten zusammengelaufene Volksmenge ohne Erfolg der kundgemachten Execution wieder auseinandergehen müßte. Es ist also

3tio pro hoc constituto mit gutem Vorbedacht der Tag der Todesankündigung erwählt worden. Die gute Wirkung hievon, liegt in propatulo; denn entweder bleibt der Delinquent unabweichlich bei seinem früheren Bekenntniß, oder er widerrufet dasselbe. Ersteren falls wird der Richter in seinem Gewissen ganz sichergestellt, daß er seines Orts pro defensione rei Alles gethan, somit der Verurtheilte, da er sein Geständniß in dem endlichen Banco juris bekräftigt hat und nach angekündetem Todesurtheil unveränderlich dabei verharret, allerdings der Thäter sein müsse; anderen Falls, wenn er widerruft, werden die auf die Execution aufgehenden Unkosten vermieden und das Volk nicht umsonst zusammengesprengt, sondern es kann executive sogleich mit der weiters nöthigen Inquisition fortgesetzt werden, wohingegen, wenn man dieses Constitutum gar unterlassen sollte, allemal zu erwarten stünde, daß der Verurtheilte entweder vor oder bei der Ausführung, oder wohl gar auf dem Richtplatze widerrufe, somit der vorbereitete ganze Executionsactus mit großem Aufsehen des publici vereitelt würde.

Der Einwurf, der wider dieses so billigmäßige Final-Constitutum gemacht werden kann und welcher auch wirklich von dem Erinnerungs-Steller gemacht worden, besteht in dem: Der ex sua sola confessione Verurtheilte wird sich zum Tode bereiten und bei seiner Todesangst so leicht nicht auf Widerruf seines Geständnisses gedenken; sobald man ihn aber vor der Todes-Ankündigung super veritate seines Bekenntnisses nochmals befragt und constituiret, so wird ihm der Anlaß und Gelegenheit an Handen gegeben, daß er sein Geständniß widerrufen könne, wodurch also der Sache kein Ende gemacht, sondern der Inquisitions-Proceß mit neuen Atzungs- und Gerichtsunkosten verzögert wird.

In ordine ad hanc objectionem ist zum Voraus die nöthige Reflexion zu machen, daß bei dem processu inquisitorio der Inquisit ohne aller Menschenhilfe sei, somit der judex inquirens selbst den Ankläger, den Vertheidiger und den Richter abzugeben habe. Er ist also im Gewissen verbunden, nicht nur den harten Ankläger und scharfen Richter vorzustellen, sondern er muß auch des Inquisiten billigmäßiger Schirmer sein und denselben alle Hilfs- und Vertheidigungsmittel an Handen lassen. Hoc praesupposito ist es eine Sache der Billigkeit, daß mit dem ex sola confessione Verurtheilten das Final-Constitutum vorzunehmen sei, damit er, da er vielleicht unschuldig sein kann, nicht voreilig überrascht

und in seiner Todesangst zum Richtplatze fortgeschleppt werde. Die entgegengesetzte Sprach- und Denkensart hingegen könnte nicht für billig angesehen werden, wenn man lieblos behaupten und zu einem solchergestalt harten Gesetz einrathen wollte: der Inquisit habe indicia wider sich, er habe die That bekannt, man gestatte ihm also kein Final-Constitutum, man möchte ihn nur dadurch auf den Widerruf des Geständnisses erinnern, man eile also auf solch-sein Bekenntniß mit ihm zum Vollzuge des Todesurtheils.

Zur Bestärkung des Einwurfs kann auch beigefügt werden: es sei freilich wahr, daß mit einem solchen Inquisiten, der ex sola confessione verurtheilt worden, mit aller rechtlicher Behutsamkeit vorzugehen sei, ne fors innocens, qui vel taedio vitae, vel ex formidine torturae fassus est, praepropere ad supplicium mortis rappiatur. Allein dieses Final-Constitutum dürfte Anlaß geben, daß auch Missethäter, die bekannt haben und wahrhaft schuldig sind, durch die neue Anfrage zur Widerrufung dürften verleitet werden. Hierauf wird zur Antwort gegeben: in einem so wichtigen Geschäft, wo es auf Vergießung des Menschenblutes ankommt, muß die äußerste Vorsicht gebraucht werden, ne per praecipitantiam injustitia commitatur, und ist überhaupt rathsam das Gesetz so einzurichten, damit der Unschuldige per rigorem legis nicht leicht eine Gefahr laufen könne, wenn auch durch Mißbrauch eben desselben Gesetzes etwa ein oder anderer Schuldiger mit durchlaufen könnte. Nebstdem aber, daß nicht so leicht zu vermuthen ist, daß ein mit Inzichten beschwerter, wahrhaft schuldiger Thäter, der die That freimüthig bekannt hat, dieselbe aus Anlaß dieses Final-Constituti widerrufen sollte, so ist ihm mit dem Widerruf zu seiner Entledigung nicht geholfen, immassen nach Ausmessung des Textes eben diese Widerrufung ein indicium torturale macht und er also zur Bestärkung seiner Unschuld die Tortur negative auszustehen oder sein voriges Geständniß in Banco juris zu wiederholen hat. Die wenigen Criminal-Unkosten, welche bei einer erfolgenden Widerrufung auf Fortsetzung des Processes aufgehen, können nicht hindern, wominder die peinliche Verfahrung durchgehends recto juris ordine tractiret werden solle. Dies treugehorsamsten Orts könnte man also mit dem scharfen Einrathen des Erinnerungs-Stellers sich keinerdings einverstehen.[25])

8. Ad articuli 41^{mi} §^{phum} 3^{tium}. Quaestio: An constitutum finale ratione complicum, quod in Banco juris fieri debet, adhuc semel in ipso loco supplicii iterandum sit.

In §^{pho} 2do articuli 41^{mi} wird geordnet, daß vor der Urtheils-Ankündigung der so genannte Bancus juris zu formiren und hiebei die Final-Constituirung vorzunehmen sei, welche gesetzliche Anordnung des Constuti in Banco juris jedoch nur auf 2 Fälle eingeschränkt worden. Der erste Fall ist: Si condemnatio rei ad mortem ex sola ejus confessione facta fuerit und über diesen Fall ist bei der erst-vorhergehenden Erinnerung die rechtliche Auskunft gegeben worden.

Der andere Fall der Constituirung in Banco juris ist, wenn der Thäter in decursu inquisitionis auf complices ausgesagt hat, wo es demnach ad convictionem complicum unumgänglich nöthig ist, daß der

[25]) Der Commissionsantrag wurde von der Kaiserin genehmigt.

hinzurichten Kommende seine Besagung vor dem Tode ausdrücklich bestätige und sodann darauf sterbe, folgsam mit dem Tode besiegle.

Der Erinnerungs-Steller ist mit dieser Ausmessung des Constituti in Banco juris einverstanden, jedoch glaubt er, daß nach Vorschrift der Josephinae [art. 20, §. 2] solches Examen und Constitutum noch einmal auf der Richtstatt oder in loco supplicii zu wiederholen sei.[26])

Die Compilations-Commission hat bei Verfassung des textus auf das was die Josephina circa iterationem constituti in loco supplicii ordnet, ganz wohl überlegten Bedacht genommen; man hat aber einhellig befunden, daß diese nochmalige zu Red-Stellung eines armen Sünders auf der Richtstatt ein bloßes singulare Bohemicum, sonst aber nirgends gewöhnlich und sehr vielen Beschwerlich- und Bedenklichkeiten unterworfen sei, folgsam für ein allgemeines Länderrecht nicht habe universaliret werden können.

Die anderweitigen Halsgerichtsordnungen, als die Carolina, die Ferdinandea, die Leopoldina und die auswärtigen Criminal-Satzungen, lassen alle den Beweis per complices zu, wie denn auch die niederösterreichische Novella criminalis ddo. 28. Januarii 1721 statuiret, daß auf die Aussage zweier complicum gegen den Besagten zur Todesstrafe könne vorgeschritten werden. Und eben alle diese Criminal-Rechte fordern inter requisita, welche zur Rechtsgiltigkeit der Aussage eines Complicis nöthig sind, sonderheitlich auch dieses: daß der besagende Complex beständig bei solcher Besagung beharre und darauf sterbe. [Carolina art. 31 „zum fünfften, so soll der sager auff der besagung bestendig bleiben". Ferdinandea art. 35, § 3 vers. Fünfftens „daß der Aussager auf seiner Sag ohne Widerrueff beständig verbleibe". Leopoldina part. 2 art. 28, §. 3 in simili. Novella crim. austriaca ddo. 28 Januarii 1721 vers. 5to: „Wann nun einer, zugeschweigen mehrere Mitgespänn oder Helffer auf den ohne das verdächtigen Inquisitum wegen der Hülfleistung aussaget und solches in der Tortur oder ohne derselben mit dem Tode bestättiget ꝛc.".] Doch findet sich unter allen übrigen Criminal-Ordnungen — excepta sola Josephina — keine, welche ordnete, daß noch auf dem Richtplatze ein meistentheils sich nicht mehr gegenwärtiger und schon mit dem Tode ringender armer Sünder nochmalen ad examen gezogen und ein so feierlicher actus, wie das constitutum in Banco juris ist, in loco supplicii wiederholt werden solle. Da also das in loco judicii kurz vorher mit dem armen Sünder vorgenommene Constitutum secundum praxin communem pro roboratione depositionis für genugsam zu halten ist, so hat man keine zureichende Ursache gefunden, das diesfällige singulare Böhmer-Recht de iterando in loco supplicii constituto für alle Erbländer allgemein vorzuschreiben.

Eine solche an der Richtstatt vorzunehmende nochmalige Constituirung ist auch in anderweg gar zu bedenklich, theils weil der in Todes-

[26]) Der Art. 20 der Josephina handelt „von der Execution und vollziehung der Gerichtlich zuerkannten Straffen" und bestimmt im §. 2, es sei dasjenige „Examen welches man erstlichen vor der Außführung des armen Sünders und dann wiederholter auf der Richtstatt oder in loco Supplicii haltet und wo die bereits zur Ewigkeit bereitete Malefitz-Person annoch zuweilen zu befragen ist, mit gantz kurtzen worten anzustellen, nehmlich: ob Sie darauff sterbe, was Sie wider N. N. den mitgehülffen und sonsten außgesaget habe? welches so dann mit dem Tod des Inquisiten bekräfftiget und nach eigenschafft des Lasters und Person, wie oben schon berühret, zu weitherer Inquisition gebrauchet und beobachtet wird."

ängsten schwebende Thäter nicht mehr reflexe antworten kann, theils weil es nicht schicksam, weder billig ist, denselben da er sich zum letzten Abdruck und zur Ewigkeit bereiten muß, mit anderen Sachen zu beirren und zu behindern, theils weil die denselben begleitende Geistlichkeit aus verwerflichen principiis öfters dem Delinquenten die Widerruffung der eigenen Missethat oder der Besagung der complicum zu suggeriren pfleget, wodurch Justiz-verzögerlicher Aufenthalt verursacht wird, und theils weil teste experientia die zum Tod bereiteten Delinquenten, wenn sie allererst auf dem Richtplatz um Bestätigung der Aussage wider die complices gefragt werden, aus Ueberdruß zu sagen pflegen: sie haben anjetzt mit sich selbst zu thun und wollen um die complices nichts mehr wissen, weder hierauf antworten; oder sie sagen: sie sterben für sich und wollen auf Andere nicht sterben, wodurch also ihre vorige Besagung nur in eine neue Dunkelheit und Zweifelhaftigkeit versetzt wird.

Endlich kommt auch zu erwägen, daß, nachdem ein solches legales Constitutum coram judice et assessoribus zu geschehen hat, so sei ja nicht schicksam und nicht wohl thunlich, allererst auf dem Richtplatz einen richterlichen Zusammensitz anzustellen und einen neuen Bancum juris zu formiren, welcher in allen Erblanden, mithin auch zu Wien pro finali constituto neu einzuführen sollender Zusammensitz des Gerichtes in loco supplicii, wie er derzeit sonst nirgends gewöhnlich, ein allerortiges Aufsehen und große Beschwerlichkeit sowohl für die Richter als für den Maleficanten nach sich ziehen müßte. Der Erinnerungs-Steller setzt die Stärke seines Einwurfs hauptsächlich darein: Wer auf der Richtstatt sich befindet, denkt gewiß auf den Tod, den er vor Augen sieht; wenn er also daselbst bestätigt, daß er auf die Aussage ratione complicum sterbe, so ist richtig, daß er die Aussage mit dem Tode besiegelt habe. Dagegen Derjenige, welcher gleich vor der Todesankündigung seine vorige Aussage ratione complicum bestätigt, mit dem Beisatze, daß er darauf leben und sterben wolle, dieser denkt noch nicht auf die Buße, geschweige auf den Tod, sondern hofft noch Gnade. Man kann also wegen des zwischenlaufenden intervalli nicht sagen, daß er seine Aussage mit dem Tode besiegelt habe. Der Erinnerer glaubt demnach, daß es bei der bisherigen böhmischen Uebung sein Bewenden haben und nur allein solchergestalt und nicht anders der Ausspruch, daß ein Justificirter seine Besagung contra complices mit dem Tode besiegelt habe, wahr sein könne.

Die Compilations-Commission, welche in Verfassung des allgemeinpeinlichen Criminalrechts an das böhmische Gesetz nicht gebunden war, sondern lediglich das Natürlichste und Billigste und hauptsächlich dasjenige, was sich mit gutem Grund aller Orten practiciren läßt, auszuwählen schuldig gewesen, findet ihres Orts daß, wenn derjenige, welcher auf complices aussagt und sodann bei dem vor der Todesankündigung in Banco juris vorzunehmenden Final-Constituto seine Aussage contra complices mit dem Beisatze, daß er hierauf leben und sterben wolle, bestätigt und nach der gleich darauf geschehenen Todesankündigung unwiderruflich dabei beharrt, sonach auch wirklich justificirt wird, solchen Falls unbedenklich dafür zu halten sei, daß der Justificirte seine Aussage contra complices mit dem Tode bestätigt und besiegelt habe und dieses Dafürhalten der Compilations-Commission stimmt mit den übrigen Länder-Rechten überein, anerwegen aller Orten die gleiche Sprache geführt wird: der Justificirte sei

auf diesen oder jenen complicem gestorben, obschon er nur in Banco juris und nicht mehr in loco supplicii constituiret worden.

Zumal es aber ebenfalls die auf eine standhafte Justizpflege abzielende Gesinnung der Compilations-Commission ist, daß in derlei heicklichen Rechtsfällen mit äußerster Behutsamkeit vorgegangen werde, so hat man diesorts diesen casum — der zwar ohnedem als ein casus arduus inter casus exceptos zu achten wäre — um mehrerer Vorsicht halber per expressum inter casus exceptos nachtragsweise einverleibt, wodurch also der Anstand des Erinnerungs-Stellers um so sicherer gehoben wird, je weniger zu zweifeln ist daß, nachdem eine derlei Vorfallenheit wo einer ex depositione duorum justificatorum complicum pro convicto gehalten werden solle, allemal ante publicationem sententiae an das Obergericht zu gelangen hat, eben das Obergericht alle Umstände genauest erwägen und nicht leicht, nisi indicia urgentissima et quasi certitudo moralis de reatu subsit und wenn nicht die übrigen im art. 34, §. 9 vorgeschriebenen requisita de qualitate deponentium complicum in vollem Maße vorhanden sind [27]), Jemanden ex nuda duorum complicum depositione zum Tode verurtheilen wird. [28])

9. Ad articuli 42di §phum 10mum [29]). Quaestio: An in ordine

---

[27]) Der Art. 34 behandelt die Frage ob und inwieweit ein die That leugnender Beschuldigter, woferne keine glaubwürdigen Zeugen vorhanden sind, für überwiesen gehalten werden könne und specificirt im §. 9 jene Bedingungen, an welche der Beweis durch die Aussage von Mitschuldigen geknüpft ist.

[28]) Ueber die für den Schuldbeweis als so wichtig bezeichnete, oben erörterte Formalität wurden beim Staatsrathe verschiedene Ansichten vertreten. Blümegen votirte unter Hinweis auf die Josephina für den Antrag Wieschnik's und meinte blos, daß die kurze Befragung des Delinquenten in loco supplicii lediglich von 2 oder 3 Gerichtsbeisitzern vorgenommen und vom Syndicus protokollirt werden könne; Stupan und Borié erklärten sich als mit dem Commissionsgutachten einverstanden, die Fürsten Starhemberg und Kaunitz dagegen schlugen den Mittelweg vor: daß der Verurtheilte zwar nicht auf dem Richtplatze, wohl aber post latam sententiam kurz vor der Execution nochmals zu vernehmen sei. Dieser letzteren Meinung schloß sich auch laut ihrer eigenhändigen Resolution die Kaiserin an, nannte zugleich die bisher in Böhmen beobachtete Uebung geradezu eine Grausamkeit und verordnete deren Abschaffung. Die a. h. Entschließung wurde demgemäß dahin formulirt: „Ad art. 41, §. 3 ist in dem angezogenen Falle, wo es auf eine Conviction der complicum ankommt, der Delinquent nicht auf dem Richtplatze, doch aber post latam sententiam den Tag oder Abend vor der Execution über seine vorige Aussage nochmals zu constituiren; welches also künftighin in allen Meinen Ländern zu beobachten, mithin die in Böhmen bisher gewöhnliche Constituirung in loco supplicii gänzlich zu aboliren ist." (Cab.-Arch.) Hiemit stimmt der Gesetzestext überein.

[29]) Der Art. 42, welcher von dem Rechtsmittel des Recurses in peinlichen Sachen handelt, normirt im §. 10: „Sobald nun ein verurtheilter Uebelthäter den Recurs oder Zuflucht zum Gnadenweg angemeldet, steht ihm zwar frei seine Recurs-Schrift verfassen zu lassen. In dessen Entstehung aber ist dem Halsgericht obgelegen, dem Verurtheilten ganz unverlängt einen Rechtsfremd und in dessen Abgang einen anderen verständigen Mann, auch allenfalls eine Gerichtsperson von demselbigen Halsgericht zuzugeben und solchen Recurs-Verfasser oder Schriftsteller sowohl den ungehinderten Zutritt und freie Unterredung mit dem Recurrenten als auch die Einsicht in die Inquisitionsacten in jedesmaliger Gegenwart einiger Gerichtspersonen zu gestatten und die nöthigen Abschriften von dem Inquisitions-Proceß zu ertheilen, wobei aber demselben eine erkleckliche, nach dem Verhalt der Umstände abzumessende Zeitfrist, jedoch nicht leicht über 14 Tage anzuberaumen, binnen welcher derselbe die allemal an Uns zu richten kommende Recurs-Schrift zu verfertigen, solche nebst dem Gnadenwerber, wenn er des Schreibens kündig, ansonst aber im Namen desselben allein zu unterschreiben und sodann dem Halsgericht zur weiterrechtlichen Vorkehrung zu überreichen habe."

ad exarandos recursus pro gratia advocatis exclusiva perpetua ab hoc assistentiae munere danda sit?

Im §pho 10mo ist wegen Verfassung des Recurs-Anbringens alle Vorsicht gebraucht worden, daß nämlich der Verurtheilte seinen Recurs selbst verfassen oder durch Jemanden, zu dem er sein besonderes Vertrauen hat, verfassen lassen möge; in dessen Entstehung soll ihm das Halsgericht einen Rechtsfreund und bei dessen Abgang einen anderen verständigen Mann, auch allenfalls eine Gerichtsperson von demselben Halsgerichte zur Verfassung seines Recurses zugeben.

Der Erinnerungs-Steller glaubt, daß einem Verurtheilten, der recurriren will, kein Rechtsfreund zuzulassen sei, sondern daß das Recursgeschäft allemal durch 2 Rathsmänner und den Syndicum aufgenommen werden solle. Zur Ursache der Ausschließung der Advocaten wird angeführt:

1mo weil sie sich öfters dieses Auftrages entschitten wollen und entschuldigen;

2do weil sie die Verfassung des Recurses verzögern;

3tio weil sie die Delinquenten directe oder indirecte zur Widerrufung verleiten;

4to weil sie öfters kein Bedenken tragen, das Urtheil selbst zu impugniren.

Diese Beschuldigungsursachen müßten also nach der Meinung des Erinnerers allen oder denen mehrsten Advocaten zur Last gehen, somit alle oder die mehrsten schlechte und pflichtvergessene Leute sein, denen nicht einmal der Aufsatz eines recursus pro gratia zu vertrauen wäre, weil der Erinnerungs-Steller seinen Schluß generaliter pro exclusione omnium advocatorum ab exarandis recursibus gezogen hat.

Die Compilations-Commission haltet diese Beschuldigung und die hierauf gegründete exclusivam der Advocaten für allzu hart. Euere Majestät haben die erbländischen Universitäten und die denselben einverleibten juridischen Facultäten mit kostbarem Aufwand zu ihrem Flor und glänzender Ehrenstufe erhoben; die Advocaten müssen anjetzo und fürs Künftige graduirte Doctores juris sein, sie müssen also die schärfsten examina ex jure et praxi ausgestanden haben, sie werden bei ihrer Aufnahme zur Advocatur bei den Gerichtsstellen zu rechtschaffener Verwaltung ihres Amtes mit theueren Eidespflichten verstricket und eben diese Facultas juridica hat aus ihrem gremio advocatorum von saeculis her forthin stattliche und würdige Männer zur Besetzung der Gelehrten-Bank sowohl bei der königlich-böhmischen Appellation als bei der niederösterreichischen Regierung und anderwärts, auch selbst zur Bekleidung der ansehnlichsten Hofstellen dargestellt; wie sollte man also zur Verkleinerung eines ganzen in republica respectablen Standes und der landesfürstlichen juridischen Facultäten überhaupt, von den graduirten Personen und beeideten Landes-Advocaten eine so üble Präsumption stabiliren wollen, daß sie alle von Verfassung der Recurse auszuschließen seien, weil von ihnen zu vermuthen sein soll, daß sie ihren Eidespflichten zuwider die Sachen verzögern und die Verurtheilten zum Widerruf verleiten.

Die Rechtsgelehrten sind eben diejenigen, welche zur Vertheidigung der Delinquenten am geschicktesten sind, dagegen von Rathsmännern oder anderen unstudirten Leuten nicht zu hoffen ist, daß sie den armen Sündern in ihrer Vertheidigung mit einer legalen Schutzschrift sollen beistehen können; und doch sollten nur allein die Advocaten ab hoc munere assistendi ausgeschlossen sein?

Es hat zu aller Zeit einige schlecht denkende Advocaten gegeben und gibt es deren noch derzeit einige. Allein von etlichen lasset sich keine verkleinerliche Folge auf alle ziehen. Man durchgehe alle corpora, collegia und ordines hominum, es haben sich in allen so geist- als weltlichen Collegiis zu aller Zeit einige Schlechte mit den Guten vermischte befunden, sogar das collegium Apostolorum. so nur aus zwölf Köpfen bestanden, hat einen Auswürfling, den Verräther Judas gehabt.

In regula kann also wegen der Fehltritte einiger oder anderer subjectorum wider einen ganzen Stand nichts Verkleinerliches statuirt, die Fehlenden müssen bestraft, dem ganzen Stande aber seine Ehre und sein Ansehen beibehalten werden.

Verweigert ein Advocat die Verfassung der Recursschrift, so kann und muß er — nisi legitimam executionis causam adduxerit — ex officio sub comminatione mulctae, imo et suspensionis ab advocatura dazu verhalten werden; verzögert er die Verfassung der Recursschrift, so ist gleich im folgenden §pho 11mo gar wohl vorgesehen, was diesfalls zu thun und wie der morose Rechtsfreund empfindlich zu bestrafen sei [30]), und sollte er sich anmassen den Verurtheilten zu einem falschen Widerrufe zu verleiten — welches doch nicht so leicht geschehen kann, massen er nach der in §pho 2do enthaltenen Ausmessung mit dem Delinquenten nicht anders als allemal in Gegenwart einer Gerichtsperson sich zu unterreden hat, — so ist er als ein pflichtvergessener Mensch, als ein Falsarius, der Advocatur zu entsetzen und mit sonst empfindlicher Strafe anzusehen. Es steht also der Advocat immer in der Gewalt des Obergerichtes, welches denselben ganz leicht zur Beobachtung seiner Pflichten verhalten kann und ist also nicht nöthig, den ganzen ordinem advocatorum mit ihrer so großen Verkleinerung ex metuita aliqua malversatione von der Verfassung der Recurse auszuschließen.

Was insbesondere den Einwurf anbelangt, daß die Advocaten zuweilen das Urtheil selbst zu impugniren sich anmassen, so ist anzumerken und ist in der Welt nichts Neues, daß die Halsgerichte zu Zeiten widerrechtlich gesprochen und auch künftighin widerrechtlich verfahren können.

Da nun in textu art. 42, §. 1 vorgeschrieben worden, daß die Verurtheilten in diesem Recursu all-dasjenige, was ihnen sowohl in via justitiae als in via gratiae zu guten kommen kann, untereinstens anzubringen haben, so ist es die strenge Schuldigkeit des Advocaten, der dem Verurtheilten pro assistente zugegeben wird, daß er quoad viam justitiae all-jene Gebrechen, die per decursum processus nach Inhalt der ihm vorzulegenden Acten unterlaufen sind, in dem Recurse mit Glimpf und Bescheidenheit anführe, zum Beispiel: daß der Verurtheilte testantibus actis in benevolo examine mit harten Schlägen ad extorquendam fassionem belegt, daß ihm widerrechtliche Suggestiv-Fragen gestellt, oder das Urtheil contra praescriptum legis abgefaßt worden sei, und was mehr dergleichen Illegalitäten sein mögen. Die Advocaten kann man also salva justitia niemals in eine sclavische Enge und Verlegen-

[30]) In diesem Falle hatte das Gericht nach vorheriger Vernehmung des Verurtheilten den Recurs zu verfassen und mittelst Protokolls an die höhere Instanz zu leiten, welche letztere sohin den schuldtragenden Advocaten mit einer angemessenen Strafe belegte.

heit setzen, daß sie aus Furcht einer besorglichen richterlichen Präpotenz tanquam canes muti die unterlaufenen Widerrechtlichkeiten des Richters verschweigen und den armen Sünder wehr- und schutzlos lassen sollten. Hat der Advocat gründliche Beweggründe, warum dem armen Verurtheilten in via justitiae zu hart oder gar unrecht geschehen, beigebracht, so ist er als ein ehrlicher, gewissenhafter Mann zu beloben und würde unrecht geschehen, wenn der Richter, dessen Fehler aufgedeckt worden, den ehrliebenden Advocaten dieserwegen sollte bedrücken können. Sollte im Gegenspiel der Advocat etwa den rechtlichen Vorgang des Richters ohne Rechtsgrund und nur freventlich in via justitiae tadeln, und widerrechtlich durchziehen oder zur Verdrehung des Rechtes einiger Schwänke und Ränke seinen Pflichten zuwider sich gebrauchen, so kann das Obergericht ohnedem nach der ihm zustehenden Macht das ungebührende Verfahren des Advocaten nach billigem Befunde bestrafen.

Man findet also dies treugehorsamsten Orts keine rechtserhebliche Ursache, warum man die Advocaten, quibus utpote jurium peritis defensio reorum ex necessitate officii incumbit, von Verfassung der Recursuum verkleinerlich ausschließen und solche anderen Leuten, die es minder als die Rechtsgelehrten verstehen, auftragen wolle.[31])

10. Ad articuli 53tii §phum 1mum [32]). Quaestio: An poena gladii in aliam capitis detruncandi speciem commutanda sit?

Der Erinnerungs-Steller haltet dafür, daß, weil der Schwertschlag unsicher sei, die Enthauptung auf die Art wie solche in Welschland oder anderer Orten eingerichtet ist, in den Erblanden eingeführt werden solle.

Dergleichen allerhand Projecte, wie bei der Tortur die Peinbank und andere Torquirungsarten, dann daß anstatt des Schwertes das Beil einzuführen wäre, sind schon öfters auf die Bahn gebracht worden. Die hier in Vorschlag kommende Methode der welschen Enthauptungsart mit dem Fallbeile und Fallblocke ist eben auch im Jahre 1756 in motum gekommen, welcherwegen sogar eigene Modelle, eines von Mailand, bei welchem das schneidende Beil dem Delinquenten an den Hals gesetzt wird und das andere von Brixen, wo das Beil an dem Fallblocke festgemacht ist, anher beschrieben worden, und sind diese Modelle noch in der Registratur der obersten Justizstelle vorhanden. Es ist aber deren Gebrauch hier nicht zu Stande gekommen, weil über die von der niederösterr. Regierung, von dem allhiesigen Stadtgerichte und dem Freimanne eingeholten Berichte sich in Ansehen dieser ausländischen Enthauptungsart allzuviel Beschwerlichkeiten für die hiesigen Länder hervorgethan haben.[33])

[31]) Auch in diesem Punkte wurde der Comissionsantrag a. h. Orts genehmigt.

[32]) Der 53. Art. betrifft den Scharfrichter und das Hochgericht und weist die Gerichte an, darauf zu sehen, daß bei der Tortur und Hinrichtung ohne höhere Bewilligung keine neu erfundenen Werkzeuge in Anwendung gebracht werden.

[33]) Ueber die Einführung der Köpfmaschine nach aus Mailand und Brixen eingelangten, verschieden construirten Modellen — deren auch Wahlberg l. c. II, S. 269 erwähnt, — erstattete die niederösterr. Regierung 1757 einen umfassenden Bericht, der aber über A. h. Befehl ad acta gelegt wurde, weil man die Verwendung jener Maschinen, wie dies gleichfalls oben hervorgehoben wird, für bedenklicher als die übliche Hinrichtungsart mit dem Schwerte hielt. Im Jahre 1774 kam diese Angelegenheit in Folge eines dem n.-ö. Statthalter mündlich ertheilten Auftrages der Kaiserin nochmals bei der n.-ö. Regierung und der obersten Justizstelle in Verhandlung.

Der Schwertschlag ist per saecula in deutschen und anderen Landen gewöhnlich; ein oder der andere mißlungene Streich der Scharfrichter ist keine hinreichende Ursache, eine uralt gebräuchliche Strafart abzustellen und ohne Noth was Neues aufzubringen, allermassen sich bei einer jedweden Strafgattung einige Fehler der Exequenten ereignen können, deswegen aber nicht gleich solche Strafen, worinfalls in der Execution gefehlt worden, anzubringen sind.

Es gibt bekanntermassen noch allerhand ausländische Strafgattungen, wo aber eben keine erhebliche Ursache vorhanden ist, dieselben auch in diesen kaiserl. königl. Erblanden einzuführen. Der allerhöchste Auftrag, welcher dieser Compilations-Commission ertheilt ward, ist allerweisest dahin ergangen, die erbländischen Criminal-Satzungen mittelst Auswählung des Natürlichsten und Billigsten mit einander zu vereinbaren, nicht aber fremde Strafen einzuführen und es würde ja überhaupt nicht rühmlich sein ohne Noth und ohne offenbar besseren Nutzen von den in Deutschland uraltüblichen Strafarten leichtmüthig abzugehen.[34])

11. Ad articulum 85tum de moderamine inculpatae tutelae, §phum 7mum in fine.[35])

Der Erinnerungs-Steller hat schon in seinen Anmerkungen ad Partem Imam dieser allgemeinen peinlichen Gerichtsordnung die thesin: juramentum purgatorium penitus eliminandum esse, an zwei Stellen, nämlich ad articuli 39ni §phum 12dum und articuli 51mi §phum 9num aufgeworfen und mit verschiedenen argumentis zu unterstützen gesucht[36]), folgsam ist diese hier incidenter neu aufgeworfene Quästion eine crambis recocta.

Nachdem nun von Seite dieser Hofcommission in der Beantwortung eben dieser vorherigen Anmerkungen ad partem 1mam Codicis criminalis standhaft und unableinlich dargezeigt worden, daß die ganze singulare Sentenz de penitus tollendo juramento purgatorio allen bisherigen Halsgerichtsordnungen, nämlich der Carolinae, Ferdinandeae, Leopoldinae

Beide Behörden sprachen sich übereinstimmend für die Beibehaltung des Schwertschlages aus, u. z. die oberste Justizstelle zugleich mit Rücksicht auf den Kostenpunkt, indem die Anschaffung des Fallbeiles bei sämmtlichen Halsgerichten der deutsch-österreichischen Länder einen Aufwand von mehr als 400.000 fl. beansprucht hätte, was — wie in dem bezüglichen A. u. Vortrage vom 7. Januar 1775 motivirt wird, — „die Delinquenten, da sie auf andere geschwinde Art von der Welt geschafft werden, nicht verdienen". (!) Das ablehnende Gutachten der Justizhofstelle wurde A. h. Orts genehmigt. (Arch. d. oberst. Ger.-H.)

[34]) Zufolge der herabgelangten A. h. Resolution, blieb es beim Antrage der Compilations-Commission.

[35]) In dem zur Publication gelangten Theresianischen Gesetzbuche findet sich die oben citirte Stelle — welche von der Zulässigkeit des Reinigungseides handelt, falls der einer tödtlichen Handlung Beschuldigte Nothwehr einwendet — im Art. 84, weil der ursprünglich unter Nr. 57 eingereihte Artikel über die Ketzerei auf Antrag des Staatsrathes zur Gänze entfiel und die Gesammtzahl der Gesetzesartikel hiedurch um einen geringer wurde. Im Motivenberichte der Commission ist was diesen letzteren, elidirten articulus de Haeresi betrifft, lediglich von der strafgerichtlichen Verfolgung der Ketzerei, wenn keine besonders erschwerenden Umstände vorliegen, die Rede; nach dem Gesetzentwurfe sollte die Relegation verhängt werden, wogegen sich Graf Wieschnik aussprach und so Veranlassung zur nochmaligen Erörterung der hiedurch fraglich gewordenen Bestimmung bot.

[36]) S. S. 28 ff. Der Art. 51 der Theresiana behandelt im Allgemeinen den Reinigungsproceß. In der oben citirten Erinnerung ad art. 51, §. 9 wird nichts Neues vorgebracht, sondern sich nur auf das ad art. 39, §. 12 Angeführte bezogen.

et Josephinae, dem juri civili et canonico und der allgemeinen Rechtslehre widerstrebe und durch Einführung dieser sententiae singularis der ganze Rechtsstand sowohl in causis civilibus als criminalibus erschüttert sowie in Ungewißheit versetzt würde, so will man sich diesorts zur Vermeidung aller Wiederholung auf die den vorherigen Anmerkungen entgegengesetzte legale Widerlegung hiemit per expressum berufen haben, u. z. um so mehr, als ohnedem Euere Majestät mittelst des letzthin sub recepto 1. octobris dieses Jahres über die Anmerkungen ad partem primam Elaborati herabgelangten resolvirten Vortrags, quoad hunc passum retinendi usus juramenti purgatorii die gutächtliche Meinung dieser Hofcommission allergnädigst zu genehmigen geruht haben.

Der Erinnerungs-Steller setzt hier noch bei: wenn der Thäter Behelfe oder einen halben Beweis für sich hat, bedürfe es keines juramenti purgatorii, sondern derselbe könne simpliciter absolviret werden.

Allein auch dieser Satz ist in ordine ad materiam substratam, de qua hic agitur, ohne Rechtsgrund; der status quaestionis besteht in dem: quod aliquis de perpetrato homicidio convictus vel confessus sit. Dieser Todtschläger sagt: ja ich habe umgebracht, entschuldigt sich aber mit der Nothwehr. In hoc casu ist die actio criminalis seu accusatio de homicidio in propatulo, es schließt sich also probato homicidio nothfolglich ad poenam homicidiis propositam. Wenn nun der homicida per modum exceptionis die Nothwehr oder das beobachtete moderamen inculpatae tutelae entgegensetzt, so muß er ad elidendam homicidii confessati actionem seine Exception oder Einrede nach aller Rechtslehre rechtsbeständig erweisen; ergibt sich sodann, daß selber seine Nothwehr mit keinem vollen Beweisthum darthun kann, sondern nur einige Behelfe oder allenfalls nur einen halben Beweis aufzubringen vermag, so ist andurch die Anklage wegen bekänntlichen Todtschlages noch nicht vollständig entkräftet, sondern es erheischt die allgemeine Rechtslehre, daß ad complendam suae exceptionis probationem, ihm das juramentum suppletorium oder purgatorium aufgetragen werden müsse.

Die allgemeinen Rechte circa moderamen inculpatae tutelae bringen mit sich, daß der Todtschläger die per modum exceptionis eingewendete Nothwehr erweisen müsse. [Carolina articulo 141, in rubrica: daß die Nothwehr erwiesen werden solle. In extenso: Item welcher sich nach Erfindung der That einer Nothwehr berühmet oder gebrauchen will und der Ankläger nicht geständig ist, so legt das Recht dem Thäter auf, solche berühmte Nothwehr zu Recht genug zu beweisen, beweist er die nicht, wird er schuldig gehalten; — Ferdinandea articulo 11, princ. vers. 3 ibi: Gesteht der Beklagte die That und bringt eine oder mehr in Rechten gegründete Entschuldigung vor, so ist Beklagter dieselbe zu beweisen schuldig, — et doctrina communis.]

Eben diese allgemeinen Rechte bringen mit sich, daß wenn der Todtschläger die angerühmte Nothwehr nicht vollständig, sondern nur mit einigen rechtlichen Behelfen halbständig darthut, demselben zur Ergänzung des ihm obliegenden Beweises der Reinigungseid aufgelegt werden müsse. [Ferdinandea, articulo 63, §pho 7mo: Wenn so starke Vermuthungen vorhanden sind, welche den Richter der vorgeschützten Nothwehr Glauben zu geben bewegten, soll er nach geschehener Purgation abermals willkührlich verfahren oder aber, da die Vermuthungen einer halben Weisung

gleich wären, dem Thäter zur Ersetzung des völligen Beweisthums den Eid auferlegen und nach geleistetem Eid denselben gänzlich ledig sprechen.]

Aus welch' allem denn sich darzeiget, daß der Ausspruch des Erinnerungs-Stellers — als ob dem Thäter, der einige einen halben Beweis ausmachende Behelfe für sich hat, durch die Auferlegung des Reinigungseides zu hart geschehe — sich in materia der Nothwehr, von welcher allein in diesem Artikel die Rede ist, nach der allgemeinen Rechtslehre nicht rechtfertigen lasse.[37])

---

[37]) Als diese bei der Compil.-Commission bereits wiederholt discutirte Frage dem Staatsrathe neuerlich zur Entscheidung vorlag, gab zunächst Stupan sein Votum dahin ab: daß zwar der Reinigungseid in civili, noch mehr aber in criminali ein sehr bedenkliches Probemittel sei, auf die Abschaffung desselben jedoch, nachdem er sowohl in sämmtlichen Rechten als auch in allen Ländern üblich ist, nicht eingerathen werden könne und es blos der besonderen Vorsicht des Richters überlassen bleibe, jeder anscheinenden Gefahr eines Meineides entgegenzuwirken. Dieser Meinung waren auch Borié, Blümegen und Starhemberg, worauf die Kaiserin den Commissionsantrag genehmigte. (Cab.-Arch.) Der fragliche §. 7 lautet demgemäß: „Wenn nun so starke Vermuthungen vorhanden, welche den Richter der vorgeschützten Nothwehr Glauben zu geben bewegen können, soll er nach vollführtem Reinigungsproceße (da dieser statt gehabt) den Angeschuldigten lossprechen oder, da demselben ein genüglicher Gegenbeweis entgegenstünde, denselben zur ordentlichen oder nach Gestalt der Sachen zu einer außerordentlichen Strafe verurtheilen oder aber, da die Vermuthungen und Rechtsbehelfe für den Thäter einen halben Beweisthum ausmachten, demselben zur Erfüllung des vollständigen Beweises den Reinigungseid auferlegen, auch nach geleisteten Eid denselben (gegen alleinige Erlegung der Gerichtskosten) von aller Strafe gänzlich loszählen."

Anhang.

I.

Wir Maria Theresia von GOttes Gnaden Römische Kaiserinn, Wittib, Königinn zu Hungarn, Böheim, Dalmatien, Croatien, Slavonien, Erz-Herzoginn zu Oesterreich 2c. 2c.

Entbieten allen und jeden in Unsern Königlich-Böheimischen, wie auch Nieder- Inner- und Vorderösterreichischen Erblanden sich befindenden hoch- und niederen Gerichts-Stellen, Stadt- und Land-Richtern, Hals-Gerichten, Landgerichts-Innhaberen, und Verwaltern, auch überhaupt all-Unseren treugehorsamsten Unterthanen und Insassen Unsere Kaiserl. Königlich. auch Landes-Fürstliche Gnad, und geben euch hiemit zu vernehmen: Wie daß die von Uns pro Compilatione Codicis allhier sub Praesidio Unseres wirklichen geheimen Raths, Rittern des goldenen Vließes und Unserer Obersten Justiz-Stelle Vice-Präsidentens, Michael Johann Grafen von Althann allergnädigst angeordnete Hof-Commission den in dem anderten Theil der ausarbeitend-peinlichen Gerichts-Ordnung einkommenden Articlum de Magia besonders haicklich und wichtig zu seyn befunden, und eben aus dieser Ursach den Aufsatz über diesen Gegenstand Uns zur Einsicht und Unser höchsten Entschlüssung, ob es darbey verbleiben möge? allerunterthänigst vorgeleget habe.

Nachdeme Wir nun solchen de Crimine Magiae sehr wohl und vorsichtig verfaßten Articul durchgehends begnehmiget, und bestättiget, anbey gerechtest geordnet haben, daß derselbe immittelst, bis das ganze Werk zu Stand kommet, in Unseren Erblanden von nun an in Vim Legis universalis eingeführet, und zum gehorsamsten Nachverhalt allgemein kund gemachet werde.

Als befehlen Wir all- und jeden Unseren sowohl hoch- als niederen Gerichts-Stellen, Blut- und Hals-Gerichten, und überhaupt all-Unseren getreuesten Unterthanen und Innsassen, wessen Stand, Würde, und Weesens dieselbe seynd, hiemit gnädigst und nachdrucksamst, und wollen ernstgemessen, daß in allen eine Zauberey, Hexerey, Wahrsagerey, und dergleichen betreffenden Vorfällen dieser Unsrer gesätzmässigen Ausmessung, wie hienach folget, gehorsamst und unverbrüchig, bey ansonst auf sich ladend-schwerer

Verantwortung, nachgelebet, und von allen hoch- und niederen Obrigkeiten ob dem Vollzug und durchgängig genauen Beobachtung dieser Unserer gesätzlichen Verordnung, feste Hand gehalten werden solle. Wornach sich jedermänniglich zu achten und vor Schaden zu hüten wissen wird. Gegeben in Unserer Haupt- und Residenz-Stadt Wienn, den fünften Monats Tag Novembris, im siebenzehenhundert sechs- und sechzigsten, Unserer Reiche im sieben und zwanzigsten Jahre.

MARIA THERESIA.

Rudolphus Comes Chotek,
Regae. Bohae. Suprus. & A. A. prus. Cancius.

Joh. Christoph Freyherr von Bartenstein. Ad Mandatum Sac. Caes. Regiae Majestatis proprium.

Tobias Philipp von Gebler.

Artikel

von der

Zauberey, Hexerey, Wahrsagerey,

und dergleichen.

Innhalt.

§. 1. & 2. Was durch das Laster der Zauberey insgemein verstanden werde? de Crimine Magia vel Sortilegii.

§. 3. Der Wahn, und Leichtglaubigkeit von Zauber- und Hexensachen ist in vorigen Zeiten zur Ungebühr übertrieben worden.

§. 4. Um also das Falsche von dem Wahren abzusöndern, ist nöthig, den Unterscheid zu machen, ob zauberisch anscheinende Handlungen aus Betrug, aus Wahnwitz, oder aus bloßem Versuch herrühren, oder aber ein wahres Zauber- und Hexenweesen auf sich tragen?

§. 5. Auf diesen Unterscheid ist bey jeder Nachforschung in diesem Laster das Hauptaugenmerk zu setzen.

§. 6. Von ungewissen betrüglich- und theils selbst aberglaubischen Erkundigungs-Mitteln aber ist sich allerdings zu enthalten.

§. 7. Und seynd solche Processe, als ausgenommene Malefiz-Fälle, an die höhere Behörde abzugeben.

§. 8. Anzeigungen zum Nachforschen.

§. 9. Anzeigungen zur gefänglichen Einziehung.

§. 10. Anzeigungen zur Tortur.

§. 11. Absonderliche Frag-Stücke.

§. 12. Straf deren, so aus boshafter Verstellung, oder aus ernstlichen Versuch zauberische Handlungen unternehmen, die

Bestrafung der wahren Zauberer und Hexen aber, hanget allein von Landesfürstlicher Entschlüssung ab.

§. 13. Beschwerende Umstände.

§. 14. Milderende Umstände.

§. 15. Das gemeine Lösseln, und gemeine aberglaubische Mißbräuch seynd von jeder Orts-Obrigkeit zu bestrafen, und abzustellen.

§. 16. Schlüßliche Anmerkung, wie es wegen der angeblichen Gespenster, Geister und Besessenen zu halten seye?

Quid per Magiam, vel Sortilegium communiter intelligatur

§. 1. Durch die Zauberey, Schwarzkünstlerey, Hexerey, und dergleichen wird insgemein ein solches Laster verstanden, da wer mit dem Teufel Umgang, und Gemeinschaft zu haben, mit selben eine ausdrücklich- oder heimliche Bindnuß einzugehen, und mit solch-bedungener Hilfe des Teufels verschiedene über die menschliche Macht, und Kräften sich erstreckende Dinge mit- oder ohne fremder Beschädigung hervorzubringen, und sogeartete Unthaten auszuüben sich anmasset.

Ad Magiam referri tolent diræ Imprecationes, Incantationes, Effascinationes, Ariolationes, Præstigia, nefaria Sacrificia, præparata mala Pharmaca, Immissio, Tempestatum, Vectura per Aerem supra Hircum, & quidquid Artes magicas redolet.

§. 2. Unter diese Gattung böser Leuten werden nach Unterschied der allerhand Handlungen, und bösen Wirkungen gemeiniglich gezählet die sogenannte Geister-Beschwörer oder Teufels-Banner, aberglaubische Segensprecher, Bockreuther, Wahrsager, Unholden, Druthen, und sofort auch alle, welche wissentlich mit Hilf und Beywirkung des Teufels was dergleichen, so nach Ordnung und dem Lauf der Natur nicht beschehen würde zu thun, oder dasjenige, was nach dem gemeinen Naturslauf zu erfolgen hat, zu hinderen, und überhaupt was immer vor eine Handlung mit gesuchtem teuflischen Beystand zu unternehmen sich erfrechen.

Credula Persuasio de continua Magorum & Maleficarum Existentia in retroactis Temporibus plus justo, & ad Superstitionen usque increbuit.

§. 3. Wie weit aber der Wahn von Zauber- und Hexen-Weesen bey vorigen Zeiten bis zur Ungebühr angewachsen seye, ist nunmehro eine allbekannte Sach. Die Neigung des einfältig-gemeinen Pöbels zu aberglaubischen Dingen hat hierzu den Grund geleget, die Dumm- und Unwissenheit, als eine Mutter der Verwunderung und des Aberglaubens, hat solchen befördert woraus dann, ohne das Wahre von dem Falschen zu unterscheiden, bey dem gemeinen Volk die Leichtglaubigkeit entsprungen, all-solche Begebenheiten, die selbes nicht leicht begreifen kann, und doch nur aus natürlichem Zufall, Kunst, oder Geschwindigkeit herrühren, ja sogar solche Zufälle, so ganz natürlich seynd, als Ungewitter, Viehumfall, Leibs-Krankheiten, ꝛc. dem Teufel und seinen Werkzeugen, nemlich den Zauberern und Hexen ꝛc. zuzuschreiben.

Diese Begriffe von zahlreichen Zauber- und Hexen-Geschmeiß wurden von Alter zu Alter fortgepflanzet, ja den Kindern fast in der Wiegen mit fürchterlichen Geschichten und Mährlein eingepräget, und andurch solcher Wahn allgemein verbreitet und

immer mehr und mehr bestärket, auch selbst in Abführung dergleichen Processen ist von denen ächten Rechts-Reguln grossen Theils abgewichen worden.

Ut autem verum a falso rite fecerni queat, attendenda semper est differentia, an actus Sortilegii ex Fraudulentia, vel ex Amentia proveniant? vel in mero attentato subsistant? vel veram Magiam contineant?

§. 4. Gleichwie Wir nun gerechtest beeiferet seynd, die Ehre Gottes nach all-Unseren Kräften aufrecht zu erhalten, und dargegen alles, was zu derselben Abbruch gereichet, besonders aber die Unternehmung zauberischer Handlungen auszurotten, so können wir doch keinerdings gestatten, daß bey Anschuldigung dieses Lasters aus eitlem alten Wahn, bloßer Besagung, und leeren Argwöhnigkeiten wider Unsere Unterthanen was peinliches vorgenommen, sondern Wir wollen, daß gegen Personen, die der Zauberey oder Hexerey verdächtig werden, allemal aus Rechts-erheblichen Inzüchten, und überhaupt mit Grund und rechtlichem Beweis verfahren werden solle, und hierinfalls hauptsächlichen auf folgenden Unterscheid das Augenmerk zu halten seye: ob die der beinzüchtigten Person zur Last gehende- den Anschein einer Zauberey oder Hexerey, und dergleichen auf sich habende Anmassungen, Handlungen und Unternehmungen entweder 1mo aus einer falschen Verstell- oder Erdichtung, und Betrug, oder 2do aus einer Melancholey, Verwirrung deren Sinnen, und Wahnwitz, oder aus einer besonderen Krankheit herrühren, oder 3tio ob eine Gott- und ihres Seelenheils vergessene Person solcher Sachen, die auf eine Bindnuß mit dem Teufel abzielen, sich zwar ihr Orts ernsthaft, jedoch ohne Erfolg und Wirkung unterzohen habe, oder ob endlichen 4to untrügliche Kennzeichen eines wahren zauberischen- von teuflischer Zuthuung herkommen sollenden Unweesens vorhanden zu seyn erachtet werden?

Ersteres kann beschehen, wann eine gottlose Person aus Gewinnst, oder anderen gefährlichen Absichten, aus Frevelmuth, oder sonstigen Bosheit, oder wohl gar aus Verzweiflung sich für einen Wahrsager, Zauberer, Bockreuther, Hex, Unhold, und dergleichen selbst ausgiebt, oder sich zauberischer Wissenschafts-Künsten und Thaten, oder einer mit dem Teufel habenden Bindnuß, oder eines zauberischer Weis zugefügten Schadens, so entweder gar nicht geschehen, oder aus natürlicher Ursach entstehen können, sich berühmet, oder aber in der That zwar allerhand Schaden, jedoch mit Gift, und anderen natürlich-schädlichen Sachen angerichtet hat, in der Hauptsach jedoch außer des Inquisiten bloßen Angab kein sicherer Grund einer wahren unterloffenen Zauberey oder Hexerey vorhanden ist.

Wegen des anderten Falls ist gar nichts seltsames, und giebt es die Erfahrenheit, daß melancholische, Sinnen-verruckte, oder mit außerordentlichen Krankheiten behaftete Leute sich von allerhand phantastischen Sachen einen lebhaften Eindruck machen, auch das, was nicht ist, selbst von sich glauben, und in solch-ihrer Gemüths-Verirrung allerley närrische Dinge begehen können.

In Betreff des dritten Falls hat gleichfalls die Erfahrung genugsam bewiesen, daß Gottes-vergessene Leute in der bösen Meynung und Anhoffung, daß ihnen der Teufel Hilf, und

Beystand leisten könne und das Anverlangte verschaffen werde, mittelst desselben Beruf- und Beschwörung, auch mittelst schrift- oder mündlich erzeigter Bereitwilligkeit ihme ihr Leib und Seel zu verschreiben, ihres Orts zwar alles thun, was zu Bewerkung einer wahren Zauberey, nach der oben in §pho 1mo einkommenden Beschreibung erforderlich ist, jedoch ungeachtet aller ihrer eifrigen Bestrebung einer angehofften Hilfleistung nicht theilhaftig geworden seynd, somit solch-ihr gottloses Unternehmen ohne Wirkung in dem bloßen Versuch der Zauberey sich beschränket hat. Belangend endlichen

Den vierten Fall einer wahrhaft anscheinenden Zauberey, Hexerey, und dergleichen, da ist weder aus der bloßen Aussag eines Inquisitens, der etwann mit dem Teufel einen Bund gemacht zu haben, oder allerley Ding von Luftfahrten, Hexentänzen, und dergleichen angiebt, weder aus eitlem Argwohn und betrüglichen Vermuthungen, weder aus solchen Sachen, die zufällig, oder aus eigener Bosheit des Thäters natürlich beschehen können, nicht gleich, und so schlechterdings auf eine ausdrückliche Verbindung mit dem Teufel, und auf eine wahre Zauberey, oder Hexerey der Schluß zu ziehen, sondern vielmehr in zweifelhaften Fällen allemal dafür zu halten, daß dergleichen Bekanntnußen, oder so gestalte Unternehmungen aus Betrug, und boshafter Verstellung, oder gestalten Dingen nach aus Wahnwitz und Sinnen-Verruckung, oder lediglich aus einer unwirksamen Bestrebung beschehen seyen.

Dahingegen nur allein in jenen etwann vorkommen mögenden Begebenheiten, wo die erweißlich von dem Inquisiten begangenen Ding, oder verübte Unthaten ganz unbegreiflich und keine natürliche Ursach derenselben angegeben werden kann, die Vermuthung statt haben mag, daß eine solche Unthat, welche nach dem Lauf der Natur von einem Menschen für sich selbst nicht hat bewerkstelliget werden können, mit bedungener Zuthat und Beystand des Sathans aus Verhängnuß Gottes beschehen seye, folgsam in Ansehung der Person, die eine so geartete Unthat angerichtet hat, eine wahre Zauberey, oder Hexerey darunter stecken müße. Welch-letzteren Falls Unsere hierunten §pho 7. und §pho 12. versu 4. einkommende Verordnung zu beobachten ist.

Secundum quam Differentiam omnis Sortilegiorum Disquisitio cautissime, peragenda.

§. 5. Nachdeme also die einer Zauberey verdächtigen Handlungen, entweder aus Betrug, oder aus Wahnwitz, oder aus einem bös gesinnten Versuch herrühren, oder bey gewißen Umständen, wo sich keine Natürlichkeit der Sach darstellet, die Vermuthung eines wahren Zauber- oder Hexenwerks erwecken können, so ist allerdings nöthig, daß von richterlichen Amts wegen zuförderst auf die Wahrheit der angegebenen That, und auf derselben sonderbare Bewandnuß und Eigenschaft, ob sie natürlicher Weis beschehen könne, oder nicht? dann auf den vorhergehenden Lebenswandel des Beinzüchtigten, und auf dessen Gemüthsart, und Beschaffenheit, ob es etwann eine ruchlose, durchtriebene, schalk- und boshafte, verwegene, wegen Betrug und falschen Ränken schon beschreyte, oder im Gegenspiel eine einfältige, sonst

wohl verhaltene, eine blödsinnige, wahnwitzige, mit Leibs- oder Gemüths-Krankheiten, oder heftigen Leidenschaften behaftete Person seye? dann auf alle vor- bey- und nach der That eintreffende Wahrnehmungen und Umstände genauest nachgeforschet, und auf des Beinzüchtigten sein Thun, und Lassen unvermerkt stäts Obacht gegeben, auch allenfalls zu verläßlicher Erkundigung der Eigenschaft der That, oder des Inquisiten Leibs- und Gemüths-Beschaffenheit wohl erfahrne Leibärzte, und naturkündige Männer zugezogen werden sollen.

Nec fallaces, & superstitiosæ Sortilegiorum Indagationes, & Probationes admittendæ.

§. 6. Wir verbieten aber denen Richtern hiemit ernstgemessen, und wollen, daß sich in Nachforschung auf dieses Laster von ungewissen und betrüglichen Erkundigungs-Mitteln (als da ist die Aufsuchung eines Teufels-Zeichen, oder Hexenmahl, und derentwegen Besichtig- und Nachsuchung an geheimen Orten, oder Abscherung deren Haaren am ganzen Leib, oder Eingebung eines Getränks, oder Beschmierung mit allerhand Salben zu vermeintlicher Auflösung einer vom Teufel verursachten Verstockung, oder die Behinderung, daß der Zauberey-verdächtige keinen grünen Erdboden betreten möge, oder die Erforschung durch das kalte Wasser, und was mehr dergleichen nichtige, und theils selbst aberglaubische Zaubergegen-Mittel vormals üblich gewest seyn dörften, allerdings, bey widrigen Falls zu befahren habend-schärfester Ahndnng enthalten werden solle.

Imo majoris Securitatis Gratia ejusmodi Processus, qua Casus excepti, ad Judicem superiorem devolvend sunt.

§. 7. Wir haben gleich bey Anfang Unserer Regierung auf Bemerkung, daß bey diesem sogenannten Zauber- oder Hexen-Process aus ungegründeten Vorurtheilen viel unordentliches sich mit einmenge, in Unseren Erblanden allgemein verordnet, daß solch-vorkommende Process vor Kundmachung eines Urtheils zu Unser höchsten Einsicht- und Entschlüssung eingeschicket werden sollen; welch Unsere höchste Verordnung die heilsame Wirkung hervorgebracht, daß derley Inquisitionen mit sorgfältigster Behutsamkeit abgeführet, und in Unsrer Regierung bishero kein wahrer Zauberer, Hexen-Meister, oder Hexe entdecket worden, sondern derley Process allemal auf eine boshafte Betrügerey, oder eine Dummheit und Wahnwitzigkeit des Inquisiten, oder auf ein anderes Laster hinausgelofen seyen, und sich mit empfindlicher Bestrafung des Betrügers oder sonstigen Uebelthäters, oder mit Einsperrung des Wahnwitzigen geendet haben. In eben dieser gerechtesten Absicht und damit in dieser so haicklichen Sach nicht weitere Unförmlichkeiten und eitle Leichtglaubigkeit einschleichen möge, haben Wir oben Art. 21. §vo 5. mittelst anbefohlener Abgebung deren so gestalten Processen an höhere Behörde die gleichfällige Vorsicht getroffen: Wobey Wir es auch forthin, jedoch mit dem weiteren Beysatz bewenden lassen, daß, wann Unsere nachgesetzten Blut-Gerichte den Fall einer wahrhaftigen Zauber- oder Hexerey obhanden zu sein, darfürhalten, solchen Falls dieselbe nach gänzlich abgeführter Inquisition, ohne sich in Schöpfung eines Urtheils einzulassen, den ganzen Vorfall nebst Beyschlüssung aller Akten an das Ober-Gericht anzuzeigen, das Obergericht aber denselben nebst Beyrückung ihrer räthlichen

Wohlmeynung an Uns einzuberichten und hierüber Unsere höchste Entschlüß- und Verordnung abzuwarten gehalten seyn sollen.

Indicia ad Inquisitionem

§. 8. Die Anzeigungen zum Nachforschen, welche bey allen obangeführten Gattungen einer boshaft angerühmt- und verstellten, oder ohne Erfolg blos angemaßten, oder allenfalls wahrhaft zu seyn glaubenden Zauberey und Hexerey Platz greifen mögen, seynd ungefähr

Erstlich, wann eine Person, welche zauberischer Handlungen sich erweislich unterzohen, auf andere, als Mitgesellen oder Mitgehilfen bekennet, und dessen glaubwürdige Vermuthungen und Wahrzeichen vorbringet.

Andertens: wann die gemeine Inzücht gegen eine Person vorhanden, daß sie den Leuten und Viehe mit bösen Dingen, als Gift und dergleichen geschadet habe, der beschehene Schaden am Tage liegt, die verdachte Person auch darnach beschaffen ist, daß man sich dergleichen zu ihr versehen möge.

Drittens: wann unterschiedlich unverdächtige Leute aussagen, daß solche Person mit verbottenen Künsten und Wahrsagen umgegangen.

Indicia ad Capturam.

§. 9. Anzeigung zur Einziehung der verdachten Person. Wann nun in dem Nachforschen herauskommet, daß sich die That, der Schaden und andere Umstände, derentwegen sie beschryen worden, in der Wahrheit also befunden, kann der Richter eine solche verdächtige Person aus vorbemelt- und anderen dergleichen Anzeigungen gar wohl gefänglich einziehen; doch muß er dabey zugleich in Acht nehmen, daß er alsobald mit der Einziehung ihre Kleider, Haus, und Wohnung durchsuchen, und nachsehen lasse, ob sie nicht schädliche Sachen, als Gift, mit Ungeziffer, oder anderen unreinen Sachen gefüllte Büchsen, Menschen-Beiner, Hostien, durchstochene H. Bilder, Wahrsag-Spiegl, Zauberkunst-Büchel, Aufsätze von gefertigt- oder ungefertigten teuflischen Bündnißen, und Verschreibungen an bösen Feind, und dergleichen um- und bey sich habe.

Indicta ad Torturam.

§. 10. Die Anzeigungen zur peinlichen Frag seynd pur allein jenen Falls, wo zugleich große Beschädigung an Leuten, Vieh, oder Feld-Früchten beschehen, oder andere die Todes-Straf nach sich ziehende Missethaten darzu stossen, nach der Eigenschaft solcher Verbrechen aus der That und deren Umständen zu erheben, und da solcher anderweiten Mißhandlungen halber genugsame Inzüchten vorhanden seynd, mit dem Inquisiten in Laugnungs-Fall gemeiner Ordnung nach zur Tortur fürzuschreiten. Wann es aber lediglich um das Laster einer anscheinend-wahren Zauberey, oder Hexerey, zu thun wäre, da gestatten Wir wegen Wichtigkeit der Sach keinerdings, daß die nachgesetzte Gerichten gegen eine der Zauberey oder Hexerey berüchtigte Person (wie beträchtlich immer die dießfällige Anzeigungen seyn dörften) vor sich selbst eine Tortur verhängen mögen, sondern dieselbe haben allemal nach vollführter Inquisition solchen Vorfall mit allen

Umständen, und Anzeigungen an Uns durch das Ober-Gericht einzuberichten, wie bereits hievon §. 7. geordnet worden.

Interrogatori specialia.

§. 11. Die besondere Fragstücke, welche einem Zauberey- oder Hexerey-verdächtigen fürzuhalten, seynd auf die Beschaffenheit der That und die dabey unterloffenen verschiedenen Umstände schicksam einzurichten, sonderheitlich aber ist derselbe zu befragen:

1mo. In Casum fraudolosæ Simulationis.

Erstlich, wann es aus boshaftiger Verstellung beschehen: Aus was Ursach- und Absichten er solche Handlungen unternommen?

Wer ihme darzu die Anleitung, und Unterricht gegeben?

Ob er in solcher Unternehmung Gespänne, und Mitgehilfen gehabt? und wer dieselbe seyen?

Was sie für eine Verständuiß, und Verabredung dieserwegen miteinander getroffen?

Welchergestalten? und auf was Weis, durch was Gelegenheit, zu welcher Zeit, an was Orten, wie oft, und in wessen Gegenwart solche verstellte Handlungen ausgeübet worden?

Ob dadurch ein Schaden entstanden, was für einer? und was ansonsten die Thaten, und deren Umstände für nothwendige Fragen an die Hand geben mögen.

Nach beschehener Aussag muß das Hals-Gericht alsogleich aller Orten sich eigentlich erkundigen, ob sich das angegebene also befinde; auch ob die That, und der Schaden, so dem Menschen, Vieh, 2c. eingestandener Massen zugefüget worden, sich also verhalte, dann auf bloße Bekanntnuß, die sich in der That nicht erfindet, ist nicht zu bauen.

2do. in casum Deliramenti.

Andertens: wann wahrscheinlich ist, daß dergleichen Dinge aus Wahnwitz, Leibs- oder Gemüths-Krankheit beschehen seyen, solle man die Frag-Stücke schicksam dahin einleiten, damit der Grad der Vernunftlosigkeit, Phantasey, oder Sinnen-verwirrenden Krankheit, und ob zur Zeit der unternommenen Handlungen eine, oder keine Bosheit, oder Schuld mit unterloffen seye? sicher ausfindig gemachet werden möge, zu welchem Ende auch dessen Leibs- oder Gemüths-Beschaffenheit durch öftere Besuch zu prüfen, und ob keine Verstellung darunterstecke? auszuforschen, besonders aber dessen wahrer Zustand durch geschickte Leib-Aerzte zu untersuchen seyn wird; hätte aber

3tio. in casum meri Attentati.

Drittens der Inquisit gottloser Weis, obschon vergebens versuchet, mit dem bösen Feind durch dessen Beschwörung, oder in anderweg einen Umgang und Gemeinschaft zu überkommen, und von ihme Hilf und Beystand zu seinen Absichten zu erlangen, so ist er hauptsächlichen um die Art und Weis, welchergestalten die Beschwör- oder Berufung des Teufels, oder die Verschreibung an denselben, mit was Worten, Werken, Ceremonien, und Ausdruckungen beschehen seye, auszufragen, um andurch den Laster-Willen, auf was Grad der Bosheit derselbe angestiegen, und ob nicht etwann eine Gotteslästerung mit unterloffen seye? abnehmen zu können. Wann endlichen

4to. in casum veræ Magiæ.

Viertens übernatürliche Dinge zauberischer Weis gewirket worden zu seyn anscheinen, so ist durch diensame Frag-Stücke

nachzuforschen, wie und auf was Art, mit was für Vorbereitung, mit wessen Beyhilf, und Zuthuung er solche Handlungen zuwegen gebracht habe? und welcher gestalten die etwann vorgebende Bündnuß mit dem bösen Feind beschehen seye?

Pœnæ Sortilegiorum,

§. 12. Was die Bestrafung wahrhaft zauberischer, oder den Schein eines Zauber- oder Hexen-Wesen auf sich tragenden Handlungen, oder Anmassungen anbelanget, da wollen Wir nach dem hieroben §. 4. gemachten Unterscheid hiemit geordnet haben.

1mâ. eorum, qui ex Impostura Artes magica falso obumbrant,

Erstlich: wann jemand aus Boshaftigkeit und falscher Verstellung, ohne daß was an der Sach wäre, sich für einen Zauberer, Wahrsager, Teufels-Künstler, Hexenmeister, oder Hex, ꝛc. ausgebete, oder auch ohne solch-ausdrücklicher Berühmung derley böse Handlungen, so den Verdacht eines Zauber- oder Hexen-Weesens erwecken können (zum Beyspiel, Teufels-Beschwörung, aberglaubische Segensprechung, wissentliche Aufbehalte, oder Zurichtung eines zur Beschädigung deren Menschen, des Viehes, oder deren Feld-Früchten dienlichen Gezeuges, und Unraths, und was mehr dergleichen) aus Gewinnst, oder anderer gefährlichen Absichten vorsetzlich unternommen, und anmit zugleich eine in diesen anderten Theil enthaltene- die Lebens-Verwirkung nach sich ziehende Unthat, als Giftmisch- oder sonstige Ertödtung eines Menschen, Feuer-Anlegung ꝛc. verübet hätte, der solle mit der auf solche Missethat ausgesetzten Todes-Straf beleget, annebst wegen der sich boshaft angedichteten Teufels-Kunst die ordentliche Straf gestalten Dingen nach mit geschärften Zusätzen vermehret werden. Da aber derselbe sonst keine anderweite- die Todtes-Straf auf sich tragende Lasterthat begangen hätte, so ist ein solch-gefährlicher Betrüger, nach Maaß der Bosheit zu einer wohlgemessenen Leibes-Straf zu verurtheilen, und da es ein Ausländer wäre, zugleich all-Unserer Erbländer gegen Urphed zu verweisen. Dahingegen

2do. eorum, qui non quidem cum plena Animi Deliberatione, aliquali tamen cum Malitia, vel Culpa operantur,

Andertens: wann die Berühm- Anmaß- oder Unternehmung, oder auch die freye Bekanntnuß zauberischer Dingen aus einer melancholischen Phantasey, verderbten Einbildungs-Kraft, Wahnwitzigkeit, oder einer so gearteten Krankheit herstammet, so ist ein solch-elender Mensch nicht nur unbestraft zu lassen, sondern derselbe, wann er ganz verrücket ist, in ein Tollhaus, und wann die Verwirrung aus einer zugestossenen Krankheit entsprungen, in ein Kranken-Haus zu überbringen, und so ein- als dem anderen mit denen nöthigen Hilfs- und Genesungs-Mitteln Christmitleidig beyzuspringen. Da aber der Thäter bey seinem so beschaffenen Zustand in der wirklichen Ausübung der That sich gleichwolen des begangenen Unrechts zimlich bewußt gewest, folgsam ein etwelche Bosheit, oder Schuld mit unterloffen wäre, so ist derselbe, in so weit er einer Züchtigung fähig ist, willkührig gemessen abzustrafen. Ferner

3tio. eorum, qui impio Conatu Actum fortilegum feriò, licet absque

Drittens: da ein Gotts-vergessener Mensch aus ernstlich bösen Vorhaben mit dem Teufel ein Bündnuß zu machen, oder von demselben zu seiner Absicht Hilf und Beystand zu erhalten, gottloser, auf Zauberey hinauslaufenden Handlungen, als einer

Effectu attentant, ac demum,

vorsetzlichen Beruf- und Beschwörung des Sathans, oder Ausfertigung eines schriftlichen Bunds mit demselben und dergleichen sich anmassete, somit seines Orts all-dasjenige, was er zu Erreichung der Gemeinschaft mit dem Teufel nöthig zu seyn glaubet, vorgekehret hätte, so ist ein solcher Uebelthäter, wann auch sein böser Versuch und Bestreben ohne erfolgender mindesten Wirkung verblieben ist, mit schärfester Leibs-Straf, und da es kein Erbländischer Insaß, mit beygefügter Landes-Verweisung; jenen Falls hingegen, da er zugleich eine andere Lasterthat mit begangen, und andurch das Leben verwirket hätte, mit der auf solches Laster ausgemessenen und gestalten Sachen nach noch mehr verschärfenden Todtes-Straf zu belegen, auf jenen Fall aber, da er in einer ausgefertigt-schriftlichen Bündnuß, oder sonst sich unmittelbar gottslästerischer Ausdrückungen gebrauchet hätte, als ein Gotteslästerer mit dem Feuer hinzurichten. Wann endlichen

4to. illorum, qui veræ Magiæ reos se faciunt.

Viertens: aus einigen unbegreiflich-übernatürlichen Umständen, und Begebnußen ein wahrhaft teuflisches Zauber- und Hexen-Weesen gemuthmasset werden müßte, so wollen Wir in einer solch-ausserordentlichen Ereignuß Uns selbst den Entschluß über die Straf-Art eines dergleichen Uebelthäters ausdrücklich vorbehalten haben; zu welchem Ende abgeordneter Massen der ganze Process an Uns zu überreichen ist.

Circumstantiæ aggravantes.

§. 13. Beschwerungs-Umstände seynd Erstlich: die etwa vielfältige sogestalte Boshaftigkeit.

Andertens: lange Uebung.

Drittens: der groß-sonderlich armen Leuten, ganzen Gemeinden, der Obrigkeit, Eltern, oder Herren zugefügte Schaden.

Viertens: wann jemand viel andere zu solchem Unwesen gebracht, und verführet hat.

Circumstantiæ lenientes.

§. 14. Ueber die Linderungs-Umstände, welche oben Art. 11 für allgemein angeführet worden, dienet insonderheit zu Verringerung der Straf, wann einer, der in solch-Zauberey-verdächtige Handlungen sich eingelassen, noch ehender, als er angegeben, und in Verhaft gebracht wird, wahre Buß gethan, und nachhin einen christlichen Lebens-Wandel geführet.

Sortitiones vulgaree, & ejusmodi Ineptiæ superstitiosæ Plebeis usitatæ regulariter a Magistratibus ordinariis coercendæ, sin vero insignis Malitia accesserit, ad Judices criminales remittendæ sunt.

§. 15. Und zumalen Wir auch das meistens bei dem Land-Volk in sogenannten Looß-Nächten übliche Lösseln, oder Losen, und derley alberne Possen und Mißbräuche, so keine in der Natürlichkeit gegründete Würkung herfür bringen können, sondern auf blossen Aberglauben beruhen, ernstgemessen abgestellter wissen wollen, so solle solch-gemeines Lösseln und aberglaubische Anmassungen, die nur aus Einfalt, Dummheit, und mißbräuchiger Gewohnheit beschehen, nicht zwar Landgerichtlich, sondern von jeder Orts-Obrigkeit willkührlich abgestraft, und nachdrucksam eingestellet werden.

Würde aber bey solchen Handlungen eine Beschwör- oder Beruffung des bösen Geistes, oder eine vorsetzliche Betrügung anderer Leute, oder sonst gefährliche und boshafte Umstände mit unterlaufen, oder eine Schatzgraberey, oder anderes derley

Beginnen mit aberglaubischen Worten, Zeichen, und Caeremonien, oder allerhand mit aberglaubischen Dingen untermischte Gebeter, als das Christophori-Gebet unternommen, oder eine mit aberglaubischen Künsten und Sachen Umgang habende Versammlung der Leuten betreten, so seynd solche Uebelthäter unverlängt an die Halsgerichter auszuliefern, daselbst wider sie auf Art und Weis, wie vorbemeldt, peinlich zu verfahren, und nach Maaß der Gefährde, Betrug und Bosheit obgeordnetermassen abzustrafen, auch denenselben die bey ihnen vorfindende aberglaubische Schriften und Bücher abzunehmen, und nach vollendetem Inquisitions-Process zu vertilgen. Deme endlichen

Tandum subjungitur, quid agi oporteat, si Spectra, Lemures, & Umbræ Defunctorum alicubi oberrare, vel Homines a Daemonio obsessi esse dicantur.

§. 16. Noch beyzurucken ist, daß, nachdeme verschiedene von Unseren Landes-Inwohnern in ihrer Leichtglaubigkeit soweit gehen, daß sie dasjenige, was ihnen ein Traum oder Vorbildung vorstellet, oder durch betrügerische Leute vorgespiegelt wird, für Gespenster und Hexerey halten, dann denen für besessen sich ausgebenden Leuten sogleich allen Glauben beymessen, hierunter aber mehresten Theils Aberglauben und Betrug stecket, und Wir solch-boshafte Betrügereyen und ängstliche Bethörung des Volks in Unseren Staaten keinerdings zu gedulden gemeynet seynd, als verordnen Wir hiemit, daß, wann sich irgendswo eine angebliche Besitzung vom Teufel, eine Gespensterey, Geisterey, und dergleichen hervorthun würde, solcher Vorfall ganz unverlängt bey Unseren Obergerichten angezeiget, von denen Obergerichten aber gestalten Umständen nach, entweder durch eigends abordnende Rathsglieder, oder auf ihre Verordnung durch die unterhabenden Halsgerichte zuförderst auf die Verhältnuß der Sach ob, und was für ein Betrug darunter verborgen, und was eigentlich an der Sach seyn möge? sofort auch auf den Zustand der verdächtigen Person, ob selbe nicht etwann mit einer Sinn-Verruckung behaftet seye? mit Beyziehung erfahrner Physicorum auf das genaueste nachgeforschet, und mittelst ordentlich verführender Inquisition alles gründlich untersuchet werden solle. Wo sodann, wann der Betrug herauskommet, der Betrüger gestalten Sachen nach mit einer gemessenen Leibs-Straf zu belegen; falls aber das Vorgeben, und Unternehmen aus phantastischer Einbildung und Narrheit beschehen wäre, der Irrsinnige in ein Narren- oder Krankenhaus zu überbringen, jenen Falls hingegen, wann von denen nachgesetzten Gerichten das Angeben eines vorhandenen Gespenstes, eines umgehenden Geistes, oder einer Besessenheit vom Teufel für wahr oder für zweifelhaft gehalten würde, nach der hieoben 8^{pho} 7^{mo} & 12^{mo} Ver. 4^{to} gemachten Anordnung Uns solche Vorfallenheit allemal zu Unserer eigenen höchsten Schlußfassung einzuberichten seyn wird.

2.

Gutächtliche Aeußerung
des
Staatskanzlers Fürsten von Kaunitz über die Theresianische Halsgerichtsordnung.

An den Staatsminister Georg Fürsten von Starhemberg gerichtet.

Euerer Liebden war es gefällig die Mittheilung derjenigen Erinnerungen von mir anzuverlangen, die ich über die neue peinliche Gerichtsordnung gemacht habe.

Ungeachtet ich Denenselben solches bereits versprochen habe, so nus ich doch gegenwärtig bekennen, daß ich von meiner gegen diese Criminal-Constitution bey ihrer ersten Durchlesung gefaßten Meynung gänzlich abgegangen bin.

Ich thue dieses Bekenntniß um so lieber, da ich nichts als die Billigkeit und Wahrheit suche, und meine vorhin gefaßten Meynungen mit der größten Bereitwilligkeit zu ändern gewohnt bin, wenn ich gegründete Ursachen zu einer Aenderung finde.

Da ich bey meiner ersten Einsicht dieser Criminal-Constitution die Einleitung überschlagen und nur die hauptsächlichsten Kapitel des Werkes selbst durchgelesen habe, so war ich in der Vermuthung, daß den Verfaßern desselben die Ausarbeitung einer neuen, dem Geiste und der erhabenen Denkungsart unseres aufgeklärten Jahrhunderts angemessenen, und auf eine reine Philosophie und Legislation sich gründende Halsgerichtsordnung aufgetragen worden sey.

In dieser Voraussetzung, hat mir unter vielen anderen Anmerkungen nothwendig befremdlich fallen müssen, zu finden:

a) Daß ein großer Theil dieses Werkes nicht mit derjenigen Präcision und Deutlichkeit verfaßt sey, welche die erste Eigenschaft besonders desjenigen Theils einer erleuchten Legislation ist, welche von dem Tod und Leben der Menschen handelt.

b) Daß sehr Vieles selbst in Ansehung der Lebens- und schweren Leibesstrafen dem arbitrio judicis schlechterdings überlaßen, und eben dadurch die größte Gefahr veranlaßt wird, in Bestraffung der Verbrechen entweder zu viel oder zu wenig zu thun.

c) Daß den bey mehreren gesitteten Völkern, entweder gar nicht bekannten, oder längst abgeschafften Brandmarkungen annoch Platz gegeben und eben dadurch der unglückselige Delinquent fast zu sagen in eine Ohnmöglichkeit versetzet wird, sich durch die Ergreifung eines ehrlichen Unterhaltungsmittels zu beßern.

d) Daß man es bey den Relegationen noch ferners belaßen hat, die doch meines Erachtens eben so ungerecht gegen unsere Nachbarn, als unvernünftig in Absicht auf uns selbst sind. Ungerecht gegen unsere Nachbarn, da ihnen ein Mensch zugeschoben wird, den wir doch selbst als ein Uebel unter uns nicht dulden zu sollen geglaubt haben. Unvernünftig in Absicht auf uns selbst, da wir ein Glied des Staates von uns stoßen, das wir, so böß es auch ist, gleichwohl nutzbar anwenden könnten, wenn wir nur wollten.

e) Daß man kein Bedenken getragen hat, von Zaubereyen und anderen abergläubischen Dingen zu handeln, die bei unseren aufgeklärteren Zeiten vielmehr zum Gelächter dienen, als den Gegenstand der Strenge einer peinlichen Vorsehung abgeben können.

f) Daß man dem Beyspiel der Engländer und anderer gesitteten Nationen zuwider, den barbarischen Gebrauch der Tortur nicht gänzlich abgeschafft, oder wenigstens so viel nur immer möglich einzuschränken getrachtet, auch sogar die ganze scharfrichterliche Manipulation in Kupfern vorgestellt, und solche einer gedruckten Criminal-Ordnung einverleibt hat, dessen erstes Blatt den verehrungswürdigsten Namen Ihrer Majestät enthaltet.

Alle diese und mehr andere Betrachtungen sind jedoch bey mir weggefallen, da ich bey nochmaliger Durchgehung des Werkes besonders dessen Einleitung eingesehen habe.

Wie die Verfasser in derselben erinnern, so war keinegswegs die Frage von Verfertigung einer neuen, und auf Eingangs erwähnte Art einzurichtenden Criminalordnung. Der ihnen ertheilte Auftrag bestand bloß hierinne, die vorhinigen Criminal-Ordnungen Caroli V., Ferdinandi, Leopoldi, Josephi zum Grund zu legen und aus allen diesen eine Compilation zu verfaßen, welche die bisherigen Verschiedenheiten beheben und die Stelle eines allgemeinen Gesetzes für die sämmtlichen deutschen Erbländer vertreten sollte.

Da man die Verfasser dieser Compilation mit Billigkeit nicht anders als nach dem Auftrag den sie zu ihrer Ausarbeitung erhalten und nach der Absicht, die sie bey ihrem Werke gehabt haben, beurtheilen kann, so muß ich gestehen, daß ihre Compilation nicht nur keineswegs schlechter, sondern in vielen wesentlichen Stücken besser, deutlicher und gemäßigter, als die älteren Landgerichtsordnungen ausgefallen sey, und daß also in dieser Voraussetzung Ihre Majestät keinen weiteren Anstand mehr finden dürften, das Werk selbst auf die seiner Bestimmung gemäße Art ungehindert vertheilen zu lassen.

Wien, den 22. Hornung 1769.

Kaunitz Rittberg.

Druck von G. Gistel & Comp., Wien, Augustinerstraße 12.

Ö. 4.

Die

Galeerenstrafe

in den

deutschen und böhmischen Erbländern Oesterreichs.

Ein Beitrag zur Geschichte der heimischen Strafrechtspflege

von

Dr. M. Friedrich von Maasburg,
Hofsecretär in der Cabinetskanzlei Seiner Majestät des Kaisers Franz Joseph I.

ODKAZ
PROF. DRA FRANTIŠKA STORCHA,
UNIVERSITĚ MASARYKOVĚ

Wien 1885.
Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

Druck der k. Wiener Zeitung.

Von den vielerlei Strafen, auf die in den deutschen und böhmischen Erbländern Oesterreichs gemäß der daselbst seit dem 16. Jahrhunderte allmälig zur Geltung gelangten Landes- und peinlichen Gerichtsordnungen, Statuten und Stadtrechte mit mehr weniger grausamen, die Abschreckung bezweckenden Verschärfungen erkannt wurde, fanden namentlich zwei, nämlich die körperliche Züchtigung (Fustigation) und die Verweisung der Verurtheilten aus einem bestimmten Jurisdictionsgebiete oder auch aus dem ganzen Lande (Relegation), und zwar nicht nur bei den in Criminalsachen entscheidenden Gerichten, sondern auch im Gnadenwege höchsten Ortes sehr häufig Anwendung [1]).

[1]) Bereits die Landgerichtsordnung Ferdinand I. für Krain und die angereihten Herrschaften vom 18. Februar 1535, führt unter den „peindlich straffen" auch das „rueten ausstreichen und Landt verpieten" an. — S. ferner die neu reformirte Landgerichtsordnung für Tirol (v. 14. December 1573) Buch VIII, Tit. 28, 40 und 44; dann die Land- und peinliche Gerichtsordnung des Erzherzogs Karl II. (v. J. 1574) für das Fürstenthum Steyer I, Art. 121 und II, Art. 42; die Landgerichtsordnung desselben Fürsten für Kärnten v. J. 1577, Art. 12; die neue peinliche Landgerichtsordnung Ferdinand III. für Oesterreich unter der Enns (Ferdinandea) v. 30. December 1656, I — Art. 49 § 1, Art. 52 §§ 4 und 14; die Landgerichtsordnung Leopold I. für Oesterreich ob der Enns v. 14. August 1675, Theil II — Art. 42 § 5 und Art. 45 §§ 4 und 14; dann die peinliche Halsgerichtsordnung Joseph's I. für Böhmen, Mähren und Schlesien (v. 1707) Art. XIX, §§ 7, 20 und 42. — Vergl. auch: das Stadtrecht für Böhmen und Mähren (auf welches in der verneuerten Landesordnung Ferdinand II. für Böhmen — R, XXXI — hingewiesen wird) M — XXX, P — XXX, Q — XX § 2 und XXVIII, S — IX; endlich die Statuta inclitae civitatis Tergesti (vom 12. November 1550) Lib. III, Rubr. 8 („De poenis vulnerum et aliarum offensionum"), wo es gleich im Eingange heißt: Statuimus quod si quis in Civitate, vel Territorio Tergestino gladio, fuste lapide, vel alio armorum genere vulneraverit aliquem cum sanguinis effusione, poena sit sexaginta librarum parvorum . . . et si ita delinquens non erit solvendo, volumus, ut fustigetur per loca solita Tergestinae Civitatis, et proscribatur, sive exbanniatur a Civitate et Territorio Tergestino per decennium, intra quod tempus quoties capietur in Civitate, vel Territorio ter torqueatur, id est patiatur tres ictus funis. Dann ebenda Rubrik 14 (De furtis), Rubrik 16 (De incendiariis), Rubrik 18 (De falsis), Rubrik 19 (De adulterio: „Si qua mulier maritata Civis, vel Incola Civitatis, vel Agri Tergesti commiserit adulterium, cum de eo per sententiam constiterit privetur ipso jure omnibus bonis suis, quae applicata intelligantur marito, et insuper ipsa adultera fustigetur per loca solita Civitatis, praecinente tuba, et exbanniatur, sive proscribatur perpetuo a Civitate et Territorio Tergestino, ubi quoties capta fuerit, toties fustigetur et rursus in exilium mittatur.")

Beide Strafen galten als sogenannte poenae extraordinariae, die zu verhängen dem Richter überall dort, wo nicht von vorneherein hiefür schon durch das Gesetz bei den einzelnen Delicten vorgesehen war, überlassen blieb [2]). Hiebei wurde die Ausweisung nicht selten mit anderen Strafen verknüpft [3]) und hatte regelmäßig zwei Verfügungen, nämlich die Einbrennung des Relegationszeichens in die Haut des Sträflings [4]) und die Abschwörung der Urfehde im Gefolge, welche letztere in diesem Falle zugleich das eidliche Versprechen des Delinquenten enthielt, in das Gebiet, aus dem er verwiesen worden war, nicht früher, als dies im Urtheile bestimmt erschien, eventuell auch nie mehr zurückzukehren [5]).

[2]) Die poenae extraordinariae wurden in jenen Fällen verhängt, wo „keine gewisse Straf ausgeworfen, sondern dieselbe dem Richter, seinem besten Verstand und nach Beschaffenheit der Umstände zu ermessen heimgestellt" war. (S. Ferdinandea I, Art. 52; Leopoldinische Landger.-Ordnung II, Art. 45; Josephina Art. XIX, §§ 23 und 42. Vergl. auch das Stadtrecht für Böhmen und Mähren lit. O—V, § 5). Zu denselben wurde insbesondere gerechnet: Zwangsarbeit, namentlich in Bergwerken und Festungen; dann Fustigation, Ausstellung am Pranger und in der Prechel, Relegation, Geldstrafen. — Die Fustigation wurde heimlich oder öffentlich durch den Freimann vollzogen, war in Folge dessen infamirend (vergl. Berner's „Gesch. des deutschen Strafrechtes" S. 218) und bestand in einem sog. ganzen oder halben Schilling, d. i. in 30 oder 15 Streichen.

[3]) Das Urtheil lautete dann beispielsweise dahin: „Daß der Verbrecher in ein ungarisches Grenzhaus transportirt, allda durch vier Jahre in Band und Eisen zu öffentlicher Arbeit angehalten, beinebens des ganzen Landes Oesterreich unter und ob der Enns, wie auch der deutschen Erbkönigreiche und Länder, dann des kaiserl. königl. Hoflagers, wo selbes sich befinden wird, auf ewig verwiesen werde." (S. Dr. Franz Bratsch: Anweisungen und nützliche Anmerkungen 2c. zur Ferdinandea, anläßlich der neuerlichen Herausgabe dieses Gesetzes abgedruckt, [Wien 1751] S. 115.) Die Verweisung von dem Hoflager bezog sich nach einem in den oberstgerichtlichen Acten (Fasc 96 — in genere) erliegenden, am 5. Juli 1758 erstatteten Rechtsgutachten auf jeglichen Ort, wo der Hof ständig oder vorübergehend seinen Aufenthalt nahm, und es mußte sich der Relegirte, auch wenn er sonst unbehelligt daselbst verweilen durfte, sofort entfernen, wenn der Hof eintraf. — War Jemand blos aus Wien abgeschafft, dann hatte er den Stadtbezirk innerhalb der Linien, daher auch die Vorstädte zu meiden. (Hofresol. v. 26. Februar 1726.) Die Relegation aus der Stadt Breslau begriff auch jene aus dem Fürstenthume in sich. (Rescript v. 28. December 1699. Codex Ferdinandeo-Leop. Jos. Carolinus Nr. 572.) — Die Landesverweisung konnte übrigens nur von dem Regenten oder der Landesregierung verfügt werden. (Vergl. Ferdinandea I, Art. 49 § 5, Abs. 5. Leopoldinische L. G. O. II, Art. 42 § 5, Abs. 5.) In den böhmischen Erbländern durfte dieselbe wider einheimische Delinquenten seit 1725 nicht mehr in Anwendung kommen. (S. meine „Organisirung der böhm. Halsgerichte" [Prag 1864] S. 66.)

[4]) Das Relegationszeichen bestand anfangs blos in einem auf dem Rücken des Delinquenten eingebrannten oder eingeschröpften R. Später wurden noch mehrere Buchstaben hinzugefügt, welche das Erbland, aus dem der Relegirte abgeschafft worden war, andeuteten. (Pat. v. 24. Mai 1736 und 15. Januar 1751, abgedruckt bei Bratsch a. a. O. S. 123 u. 125. Archiv des obersten Gerichtshofes, Fasc. 23, Nr. 158.)

[5]) In der Regel enthielt die Urfehde blos das Versprechen, sich wegen erlittener Strafe oder Kerkerhaft weder an dem Gerichtsherrn und Ankläger, noch an den Richtern und Zeugen auf was immer für eine Weise zu rächen. (Dr. Krünitz' Encyklopädie, Band 202, S. 143. Dr. Brinkmaier's Glossarium diplomaticum II, S. 658.) Schon die Ferdinandeische Landgerichtsordnung für Krain kennt die Urfehde in diesem Sinne. Ueber die Form, in der sie abzulegen war, vergleiche die reformirte L. O. für Tirol VIII, Tit. 78; Ferdinandea I, Art. 56; Leopoldinische L. G. O. II, Art. 49. Daß die Urfehde zugleich die oben erwähnte Zusicherung zu enthalten hatte, bestimmte die Ferdinandea I, Art. 49, § 5; die Leopoldinische L. G. O. II, Art. 42, § 5.

Zu Ende des 17. Jahrhunderts wurde an mehreren Orten in Deutschland, namentlich im Herzogthume Württemberg, die auch da übliche, gewöhnlich vereinte poena fustigationis et relegationis in der wohlbegründeten Erwägung aufgehoben [6]), daß den Delinquenten nach Verbüßung dieser infamirenden Strafen wegen der vorerwähnten Brandmarkung in der Regel die Möglichkeit benommen war, einem ehrlichen Gewerbe nachzugehen, die Landesverweisung zudem, wie die Erfahrung lehrte, seitens der hiezu Verurtheilten selten gehörig respectirt, vielmehr die Reversion zur Regel wurde und der hiedurch begangene Urfehdebruch nur zu neuen Untersuchungen und Verurtheilungen Veranlassung gab [7]).

Von eben dieser Anschauung geleitet, stellte die niederösterreichische Regierung zu derselben Zeit a. h. Ortes die Anfrage, ob nicht etwa auch in den österreichischen Erbländern die zur Ruderbank tauglichen männlichen Inquisiten an Stelle der Fustigation zur Galeerenstrafe verurtheilt werden könnten.

Die Galeerenstrafe war bekanntlich durch Jahrhunderte nicht nur in Frankreich, sondern auch bei den italienischen Seemächten, namentlich in Venedig, sehr gebräuchlich [8]), ja selbst als allmälig die Galeere mit der wachsenden Vervollkommnung der Segelschiffe ihre frühere Bedeutung verlor, wurde daselbst die condemnatio ad triremes beibehalten, die hiezu verurtheilten, in den Bagnos detenirten Verbrecher aber, wenn nicht zum Ruderdienste, so doch zu schweren Arbeiten für die Marine überhaupt verwendet [9]).

[6]) Bratsch a. a. O. S. 116.

[7]) Der Urfehdebruch wurde als Meineid sehr strenge, im Wiederholungsfalle sogar mit dem Tode bestraft. S. Ferdinandea II, Art. 92, § 2; Leopoldinische L. G. O. III, Art. 32, § 2; Stadtrecht für Böhmen und Mähren P — XXX; Josephina, Art. XIX, § 4.

[8]) Vergl. den Aufsatz des Dr. v. Kaltenborn in der „Allgem. Encyklopädie der Wissenschaften" von Ersch und Gruber (Leipzig 1851), I. Section, Band 52, S. 315 ff. — Dr. Krünitz' Encyklopädie (Brünn 17-8), Bd. 15, S. 661 ff. — G. Eberty „Das Gefängnißwesen in seinem Zusammenhange mit der Entwicklung der Strafrechtspflege überhaupt" (Dresden 1858), S. 15.

[9]) Was insbesondere Venedig betrifft, so ward es schon durch seine natürliche Lage und wegen der Schwierigkeit, mit jedem Winde in dem engen und langen adriatischen Golfe zu segeln, genöthigt, die Galeere noch beizubehalten, als dieselbe bereits von anderen Seestaaten aufgegeben worden ist. Die Mannschaft der venetianischen Galeeren bestand wie überall zum Theile aus Strafgefangenen, deren Behandlung von Daru in seiner „Histoire de la république de Venise" (Buch XIX, Cap. 33) als eine geradezu grausame geschildert wird: „Les forçats, envers qui on n'est point dispensé des soins que l'humanité réclame, étaient traités cruellement et même rançonnés. Il n'y avait point d'infirmerie pour eux; malades, il fallait

In Oesterreich war diese Art von Strafe, schon mit Rücksicht auf die obwaltenden localen Verhältnisse, den Landesordnungen fremd. Nur die Statuta Tergestina machten hievon eine Ausnahme [10]), und es kam thatsächlich bereits seit dem 16. Jahrhunderte im Triester Gebiete, in Görz, Gradisca und deren Confinien, sowie in Fiume [11]) die Galeerenstrafe auf ganz eigenthümliche Weise zur Anwendung.

Der Mangel an Straf- und Arbeitshäusern, wie sie die geläuterte Rechtsanschauung der Gegenwart selbst für die ärgsten Verbrecher fordert, die häufige Ueberfüllung der vorhandenen Arreste, der Abgang von Gelegenheit, die Sträflinge jederzeit zu öffentlichen Arbeiten zu verwenden oder sonst auf den eigenen Schiffen nutzbringend zu beschäftigen [12]), insbesondere aber auch die überall gleiche Scheu vor den mit der Verhängung der bloßen Freiheitsstrafe verknüpften, selten wieder hereinzubringenden Kosten, ließ hier nach dem Beispiele anderer Regierungen den Gebrauch aufkommen, die zur bloßen Leibesstrafe Verurtheilten der venetianischen Republik behufs Verwendung auf den dortigen Galeeren gegen eine im Allgemeinen für jeden Gefangenen vereinbarte Vergütung zu überlassen [13]).

guérir ou mourir sur les galères; il fallait que sur une solde de trois livres quinze sols par mois, ils payassent le chirurgien et les remèdes. On imaginait toutes sortes de retenues pour les obliger à s'endetter; quand ils approchaient du terme de leur détention, on leur faisait assez facilement quelques avances, afin qu'au moment où ils devaient être mis en liberté, ils se trouvassent débiteurs de l'état, et dans l'impossibilité de s'acquitter autrement qu'en contractant un engagement comme rameurs volontaires."

[10]) Im Triester Stadtgebiete waren bei der Judicatur in Strafsachen die bereits früher (Anmerk. 1) citirten, in lateinischer und italienischer Sprache kundgemachten Statuta inclitae civitatis Tergesti (Statuti della città di Trieste), u. zw. Lib. III derselben sammt den hiezu erlassenen Nachtragsverordnungen maßgebend, welche erst durch die Normalresolution vom 18. Mai 1767 mit der Weisung aufgehoben wurden, sich zunächst an die Ferdinandea, und wo diese nicht deutlich genug wäre, an die Carolina zu halten. — Diese Statuten nun bestimmen Lib. III, Rub. 7: „Quicunque amputaverit, vel debilitaverit alicui aliquod de infrascriptis membris, puniatur poena ducentarum librarum, sed pro digiti amputatione sit poena centum librarum parvorum (pena di lire cento di piccoli), possit tamen Judex Maleficiorum ultra poenam praedictam pecuniariam etiam corporalem imponere citra talionem, si ex qualitate personarum ita censuerit, puta ictus funis, sive cordae, proscriptionem, sive bannum, vel ad triremes ad tempus (o galera a tempo)."

[11]) Fiume gehörte damals noch zu Innerösterreich; dessen Vereinigung mit der ungarischen Krone erfolgte erst 1776. (S. Krones' „Handbuch der Gesch. Oesterreichs" IV, S. 423.) Auch im Litorale, u. zw. in den kroatischen Küstenstädten Zengg und Carlopago wurde ein ähnlicher Vorgang beobachtet.

[12]) Ueber die Fehlrichtungen und Vorurtheile in dieser Hinsicht vergl. Hofr. Dr. Wahlberg „Das Recht der arbeitspflichtigen Sträflinge auf einen Antheil an dem Arbeitsertrage" in Dr. Grünhut's Zeitschrift XI, S. 349 ff.

[13]) Nach den mir diesbezüglich durch die Güte des Herrn Bartolemeo Cecchetti, Director des Staatsarchivs in Venedig, zugekommenen, aus den dortigen Acten geschöpften Mittheilungen, bestand die oben erwähnte Gepflogenheit

Diese Strafpraxis wurde wohl bereits durch eine Verordnung Kaiser Leopold's I. vom 22. März 1671 gerügt und hauptsächlich deshalb untersagt, weil die Venetianer mit den ihnen überlassenen Delinquenten sehr willkürlich verfuhren und dieselben häufig über die Strafzeit hinaus auf ihren Galeeren festhielten [14]); demungeachtet aber blieb dieselbe nach wie vor in Uebung und erfuhr nur in Folge des spanischen Erbfolgekrieges eine längere Unterbrechung. Als nämlich 1707 die kaiserliche Armee das durch nahezu zwei Jahrhunderte unter der spanischen Herrschaft den Launen habsüchtiger Statthalter ausgesetzte Königreich Neapel eroberte [15]), kam Oesterreich hiedurch auch in den Besitz der dortigen Galeeren und es bot die Nothwendigkeit, diese gehörig zu bemannen, der niederösterreichischen Regierung Veranlassung zu ihrem oben erwähnten Antrage, auf den man an höchster Stelle sofort einging.

Bereits mit a. h. Entschließung vom 2. Januar 1716 wurde bestimmt, es sei im Falle, als die Urfehde von einem Manne vorsätzlich und wiederholt gebrochen würde, dieser keineswegs wie bisher durch Abhauung der Hand oder der Finger, womit er geschworen hat, zu bestrafen und hiedurch arbeitsunfähig zu machen, sondern vielmehr für einen der strafbaren Handlung entsprechenden Zeitraum auf die Galeeren zu entsenden, sowie gleichzeitig zu relegiren und zur nochmaligen Abschwörung der Urfehde zu verhalten [16]). Ferner erschien am 11. Februar 1716 ein kaiserliches Patent, welches verordnete: „daß, wenn eine junge, starke, bei mittlerem oder auch mehrerem Alter sich befindende und sonst zur Ruderbank taugliche Mannsperson in dem Lande Oesterreich unter und ob der Enns wegen eines das Leben nicht verwirkenden Verbrechens zum öffentlichen Schilling zu verdammen wäre, über einen solchen Uebelthäter anstatt der Ruthen- die Galeerenstrafe mit oder ohne Landes- oder Landgerichtsverweisung, auf eine dem Verbrechen gemessene Zeit verhängt werden solle" [17]).

Diese Resolutionen gelangten noch in demselben Jahre in sämmtlichen deutschen und böhmischen Erbländern zur Publication und es wurde seit-

namentlich in einzelnen italienischen Staaten (so in den Herzogthümern Urbino, Mirandola, Mailand) bis gegen das Ende des 18. Jahrhunderts fort. Noch aus dem Jahre 1771 (11. April) datirt eine „Notula remigum ab excellentissimo Mediolani Senatu damnatorum, qui ex ordine S. R. J. M. A. consignantur officialibus serenissimae Reipublicae Venetae pro immediata illorum traductione ad triremes, expresso respectivo tempore ad explendam eorum poenam".

[14]) Die citirte Verordnung wurde auf einen in dieser Angelegenheit erstatteten Bericht der innerösterr. Regierung v. 21. Januar 1671 erlassen und sämmtlichen innerösterreichischen Länderstellen am 8. April j. J. intimirt.

[15]) S. Dr. M. Landau: „Rom, Wien, Neapel während des spanischen Erbfolgekrieges" (Leipzig 1885) S. 1—14, 310 ff.

[16]) S. Bratsch a. a. O. S. 235.

[17]) Vergl. Bratsch a. a. O. S. 116. — Novellen zur Leopoldinischen L. G. O. (Novellae Carolinae ad Leopoldinam poenalem — Linz 1736) S. 140. — Codex austriacus Pars III, S. 815.

dem auf die Galeerenstrafe, selbst in dem fernen Schlesien, nicht selten erkannt, der Vollzug derselben aber mit Rücksicht auf die große Entfernung Neapels und die Schwierigkeiten des Transportes eigenthümlich organisirt.

Auf Grund einer deshalb zwischen der innerösterreichischen Regierung und dem Vicekönige von Neapel [18]) geführten amtlichen Correspondenz ward zunächst den Länderstellen in Ober- und Niederösterreich bedeutet, es sei die Veranstaltung zu treffen, daß die zur Galeerenstrafe Verurtheilten entweder gleichzeitig mit den nach Neapel abgehenden Recruten oder sonst von Landgericht zu Landgericht durch einen den Transport leitenden Commissär auf dem nächsten Wege nach Fiume, und zwar stets unter Anschluß eines Begleitschreibens zu befördern sind, welches letztere die genaue Personsbeschreibung der Delinquenten zu enthalten und die Verbrechen, deren sie sich schuldig gemacht, sowie die Strafdauer zu bezeichnen hatte.

Von Fiume aus wurden die Sträflinge sodann auf einem Kriegs- oder sonst unter kaiserlichem Schutze stehenden Schiffe, und zwar über Manfredonia nach Neapel weiter expedirt, wobei seitens der Schiffspatrone, betreffs der ihrer Obhut überantworteten Galeoten Lieferscheine auszustellen, diese aber an jene Behörden, welche die Delinquenten zum Strafvollzuge entsendeten, rückzuleiten waren [19]).

Die Art und Weise, wie der Transport der Galeerensträflinge zu Lande, namentlich aus den nördlichen Theilen der Monarchie nach den innerösterreichischen Seeorten erfolgte, zeigt eine vollständige Vertrautheit mit dem diesfalls in Frankreich und Italien bis in die neueste Zeit beobachteten Vorgange [20]), und wurde durch mehrere Verordnungen geregelt. Aehnlich wie den Relegirten wurde auch den auf die Galeeren Verdammten ein Zeichen, nämlich der Buchstabe G, auf dem Rücken eingeschröpft [21]) und in den einzelnen Erbländern stets abgewartet, bis eine größere Zahl

[18]) Die Regentschaft führte zu Neapel im Auftrage Karl's VI. ein Vicekönig, dessen Stellung mit großer Machtvollkommenheit verbunden war und in der ziemlich rasch der Cardinal Schrattenbach, Fürst Borghese-Sulmona, Cardinal Michael von Althan und endlich Alois Raimund Graf von Harrach auf einander folgten. Letzterer behauptete sich von 1728—1733 auf diesem schwierigen Posten. (S. Arneth „Prinz Eugen v. Savoyen" Wien 1858. III, S. 304—307.)

[19]) Verordnungen vom 11. und 15. Februar 1716 (Novellae Car. ad Leopoldinam poen. S. 140 und 143).

[20]) Vergl. über denselben die Bemerkungen Kaltenborn's a. a. O.; dann J. Groller v. Mildensee „Die Gefängnisse sonst und jetzt" (Prag 1846) S. 17 ff.

[21]) Patent v. 28. November 1716 für Oesterreich ob und unter der Enns (Novellae Car. ad Leop. poen. S. 145) und Hofrescript v. 3. December 1716 an die königl. Appellationskammer in Prag gerichtet (Patentensammlung des k. k. Justizministeriums Fasc. lit. L, Z. 2536). Doch bestimmte schon eine Hofresolution v. 9. April 1717, daß jene Brandmarkung nur im Falle als die Galeerenstrafe noch durch Verhängung der Relegation verschärft würde, stattzufinden habe. (Bratsch a. a. O. S. 121.)

derselben zusammenkam, um sie sodann gemeinschaftlich nach Neapel zu befördern.

Damit sich hiebei das Verfahren möglichst einheitlich gestalte und vermieden werde, daß die für die Galeeren bestimmten Sträflinge zu ungehöriger Zeit in Fiume eintreffen, wurde bestimmt, daß dieselben nur im Frühjahre und Sommer, längstens bis Ende September, und zwar aus Nieder- und Oberösterreich sowie aus den böhmischen Erbländern zunächst an das Zuchthaus in Wien einzuliefern sind, von wo dann der Weitertransport erfolgte. Da 1716 in Krain mehrere zur Ruderbank Verurtheilte beim Transporte in Folge mangelhafter Ueberwachung und Fesselung entwichen waren, wurden noch in demselben Jahre sowohl an die nieder- und oberösterreichische Regierung, als an die königliche Appellationskammer in Prag in beiden Richtungen strenge Weisungen erlassen [22]) und diese für die böhmischen Erbländer mit Hofrescript vom 17. März 1724 [23]) nachstehends erneuert:

„Wir Karl ꝛc. Liebe Getreue! Wir haben in Gnaden resolvirt, daß in den künftigen Criminalfällen wider diejenigen Delinquenten, welche ihrer Verbrechen halber mit der Justigation und Relegation angesehen zu werden verdienen, in Zukunft mit Audictirung sothaner Straf nicht mehr fortgeschritten, sondern anstatt solcher rechtlichen Bezüchtigung in judicando auf die Galeeren-Strafe a proportione des übel qualificirten Verbrechens auf mehr oder weniger Jahre reflectirt und derlei Condemnati alle Jahre, binnen der durch Unsere königliche mit Unserer österreichischen Hofkanzlei concertirten, und vom Ende März bis Ende September währenden Ueberbringungszeit anhero in das hiesige Zuchthaus geliefert, vor solcher Abschickung aber in conformitate Unserer vorherigen Verordnungen denselben vom schlechtesten Landtuche ein Rock mit Haftel und Kaputz über den Kopf verschafft, der Buchstabe G auf den Rücken eingeschröpft und zum künftigen Merkmal Pulver darein gerieben, übrigens aber auch, um die Fortbringung desto sicherer zu veranlassen, ihnen eiserne Handpretzen angelegt, die Hand am Rücken gebunden und ein starker eiserner Ring an Hals gelegt und durch einen Nebenring eine gestahlte eiserne Kette gezogen, mithin sie an den Wagen, worauf dieselben zu führen kommen werden, mit dieser Kette sämmtlich angeschmiedet, ihnen auch die Hände nur zur Nehmung von Speis und Trank oder zu anderer Nothwendigkeit, und zwar nicht zugleich, sondern nach einander gelassen, sie nächtlicher Weile aber an einen sicheren Ort gebracht und daselbst wohl verwahrt [24]), folg-

[22]) Hofresolution v. 26. November 1716 (Bratsch a. a. O. S. 260 ff.) und das bereits früher citirte Hofrescript v. 3. December 1716.

[23]) Dasselbe war an die k. Statthalterei in Prag, das königl. mähr. Tribunal und das k Oberamt in Schlesien gerichtet. (Patentensammlung des k. k. Justizministeriums Fasc. lit. G, Z 3756.)

[24]) Auf ganz ähnliche Weise wurde noch in unserem Jahrhunderte der Transport der Galeerensträflinge aus den verschiedenen Gegenden Frankreichs nach den

sam bis hieher (d. i. nach Wien) fortgeführt, zugleich aber jedesmal die erforderlichen, und ohne der Alimentation im Zuchthause für einen Jeglichen sich auf achtzehn Gulden belaufenden Atzungs- und anderen Unkosten [25]), nebst einer genauen Beschreibung ihrer Personen und zweier glaubwürdiger Abschriften von den wider sie gefällten Sentenzen mit eingeschickt werden sollen. Wir befehlen Euch hiemit gnädigst, diese Unsere Resolution durchgehends im Lande kund zu machen, auch sonst was etwa noch zur besseren Einrichtung und Beförderung der Sache Euch fürträglich zu sein scheint, selbst zu veranstalten."

Ueber die nach Neapel abgehenden Delinquenten wurden bei den Hofkanzleien genaue Verzeichnisse geführt und diese abschriftlich dem von Karl VI. in's Leben gerufenen spanischen Rathe als derjenigen Regierungsbehörde mitgetheilt, welcher die oberste Leitung der ehemals spanischen Provinzen, mit Ausnahme der Niederlande übertragen war [26]). An eben diese Hofstelle, die in den Acten häufig als Supremum consilium regium hispanicum bezeichnet wird, mußten überdies anläßlich jedes Transportes von Gefangenen genaue Copien der betreffenden Strafurtheile zur weiteren Einsendung an den Vicekönig von Neapel geleitet werden, da es wiederholt vorkam, daß die mit dem Strafvollzuge betrauten Seeofficiere wegen mangelhafter Ausfertigung der Begleitschreiben gerade über die Strafdauer in Unkenntniß blieben und die zur Galeere Verurtheilten in Folge dessen entweder früher entlassen oder über die vom Richter bestimmte Zeit zu der so beschwerlichen Arbeit auf der Ruderbank angehalten wurden [27]).

Indeß wuchs die Zahl der nach Neapel transportirten Verbrecher, da auch im Gnadenwege sehr häufig statt der Todes- die Galeerenstrafe verhängt wurde [28]), von Jahr zu Jahr so bedeutend an, daß dieselben bereits 1727 zufolge einer seitens des Vicekönigs von Neapel nach Wien erstatteten Anzeige, auf den der Regierung im Süden zur Verfügung gestandenen Galeeren nicht mehr Verwendung finden konnten [29]), und es

Bagnos zu Brest, Rochefort und Toulon bewerkstelligt. Vergl. Mittermaier „Das Galeerengefängniß oder Bagno v. Toulon" in Dr. Julius' Jahrbüchern III, S. 306. Moreau-Christophe „De l'état actuel des prisons en France" (Paris 1837) S. 265 ff.

[25]) Diese Transportkosten wurden in Böhmen ex fundo septimarum litium bestritten. (Vergl. über denselben meine „Organisirung der böhm. Halsgerichte" S. 16.) In einem Hofberichte vom 28. Juli 1724 klagt die k. böhm. Statthalterei, daß dieser Fond durch jene Unkosten sehr stark in Anspruch genommen werde.

[26]) S. Arneth a. a. O. II, S. 349 und 368 ff. Krones a. a. O. IV, S. 109.

[27]) Patent v. 14. Juli 1722 (Novellae Carol. ad Leop. poenalem S. 163. Bratsch a. a. O. S. 128).

[28]) Die Gestionsprotokolle und Resolutionsbücher der Hofkanzleien weisen während der Jahre 1716—1730 zahlreiche Verurtheilungen ad galeras aus.

[29]) Oberstger. Archiv Fasc. 23, Nr. 158. Dasselbe eröffnete der spanische Rath am 6. September 1731 der österr. Hofkanzlei (Oberstgerichtl. Archiv Fasc. 56, Nr. 59 Böhm.). Auch wurde mit k. Patent v. 1. Juli 1728 verordnet, es seien,

wurde deshalb mit Patent vom 10. November 1728 den Länderstellen bedeutet, daß in Hinkunft eventuell nur jene Verbrecher zur Galeerenstrafe verurtheilt werden sollen, die zugleich als gemeingefährlich aus sämmtlichen Erbländern zu verweisen sind.

Wo letzteres nicht der Fall war, hatte die Verurtheilung zu anderen schweren Arbeiten, und zwar zunächst in den ungarischen Bergwerken (condemnatio ad metalla) an die Stelle der Galeerenstrafe zu treten [30]).

da der königl. spanische Rath „des mehreren vorstellig gemacht, was massen bereits über acht hundert auf die Galeeren condemnirte Delinquenten nacher Neapel geliefert worden wären, ohne daß selbige zur Vollstreckung der ihnen andictirten Strafzeit zur Ruderbank hätten angehalten werden können", in Hinkunft ohne Vorwissen des Hofes keine ad triremes verurtheilten Verbrecher nach Neapel abzuschicken. (Novellae Carol. ad Leopoldinam poen. S. 170.)

[30]) Der Erlassung des oben citirten Patentes — welches unter die Novellae Carolinae (S. 171 ff.) aufgenommen und bei Bratsch a. a. O. S. 119 abgedruckt erscheint — gingen längere Verhandlungen, namentlich mit der innerösterreichischen Regierung vorher. Die Zweckmäßigkeit der Verwendung von Sträflingen zu Arbeiten in den ungarischen Bergwerken, wurde von dem damaligen Kammergrafen Joseph Freiherrn von Sternbach angeregt und mittelst eines in den Acten erliegenden eingehenden Gutachtens auch vom finanziellen Standpunkte aus begründet, zumal geeignete Arbeitskräfte für die ungarischen Bergstädte überhaupt schwer zu bekommen waren, man einem Arbeiter daselbst an Taglohn mindestens 6 Groschen bezahlen mußte, für einen Sträfling aber die Verabfolgung von höchstens 2 Groschen täglich präliminirt wurde. — Uebrigens behielt man auch die Bergwerke der anderen Erbländer zu gleichem Zwecke im Augenmerke, ja gestattete sogar über Antrag der oberösterreichischen Regierung (trotz des 1671 ergangenen Verbotes), daß die zur Galeerenstrafe verurtheilten Delinquenten aus Ober- und Innerösterreich auch an die venetianische Republik abgegeben werden dürfen. Das in dieser Hinsicht am 13. September 1727 an die oberösterreichische geheime Stelle erlassene kaiserliche Rescript lautete: „Karl ꝛc. Von Uns ist zwar dasjenige, was Ihr über die nach Beschaffenheit der Verbrechen anstatt der Galeeren einzuführen in Vorschlag gekommene Strafe ad operas metallicas, unterm 23. August letzthin mit beiden subordinirten Stellen gutächtlich anhero gegeben habt, circa proportionem temporis et poenae allerseits wohl überlegt zu sein befunden worden. Wir mögen Euch jedoch dabei nicht vorhalten, wasmassen erstlich durch die Wiedereinführung erstgemelter Strafe ad metalla, jene ad triremes nicht völlig für aufgehoben zu achten, sondern die erstere allein bei den nicht gemeinschädlichen oder eine große Aergerniß nicht nach sich ziehenden Delinquenten statt haben solle; in crimine qualificati furti, rapinae und dergleichen aber, wo die Umstände der poenae extraordinariae Platz lassen, kann die Strafe zur Ruderbank auch fürohin annoch verhängt werden. Andertens ist wohl zu bemerken, daß bei den Bergwerken in Hungarn kaum diejenigen Delinquenten und Vaganten, welche in diesen niederösterr. Landen unter und ob der Enns aufgehoben zu werden pflegen, von Zeit zu Zeit untergebracht werden mögen, folglich auch nothfallen wolle, daß für solche in Tirol betretene Leute bei daselbstigen Bergwerken, soweit es immer thunlich ist, ein gleiches veranstaltet, oder selbe wenigstens ad labores publicos in den darobigen Ländern bei den Festungen oder sonst wo angestrengt werden mögen. Inmittels mögen die mit der Galeerenstrafe zu belegen kommenden Leute, eingerathenermassen zwar nach Venedig, jedoch anders nicht als mit der deutlichen genugsamen Vorsehung gegeben werden, daß sie über die ihnen dictirte Strafzeit auf ersagten daselbstigen Galeeren nicht angehalten werden sollen."

Als sodann 1734 zunächst Neapel und bald darauf auch Sicilien nach hartem Kampfe für Karl VI. verloren ging, hörten selbstverständlich die Transporte von Sträflingen dahin auf. Nur in Triest, wohin aus den südlichen Häfen ein Theil der Ruderschiffe gebracht worden war, kam es auf diesen bis zu ihrer Desarmirung noch für einige Zeit zum Vollzuge der Galeerenstrafe, dagegen aber wurde 1735 in den innerösterreichischen Ländern die Ueberlassung von Sträflingen an die Venetianer, mit Bezug auf die bereits 1671 erlassene Verordnung, neuerlich strenge untersagt [31]).

Dieses Verbot ward jedoch weder in Triest, noch im Fiumaner und Görzer Gebiete gehörig befolgt [32]). Nach wie vor fanden hier Verurtheilungen zur Galeerenstrafe mit der Bestimmung statt, daß dieselbe auf den venetianischen Schiffen zu verbüßen sei, welcher Vorgang endlich 1760 aus Anlaß der Vorlage eines einzelnen Straffalles sowie in Folge der Anzeige des Justizhofrathes Grafen Vilana-Perlas [33]), der in demselben Jahre als landesfürstlicher Commissär nach Innerösterreich, behufs Untersuchung der dortigen Justizverwaltung entsendet worden war, zur Kenntniß der obersten Justizstelle gelangte.

Diese forderte die innerösterreichische Regierung zur genauen Erhebung und Rechtfertigung auf, welche letztere sich in der fraglichen Angelegenheit von dem Hauptmann-Amtsverwalter zu Fiume und dem Civilhauptmanne (Nicolaus Grafen v. Hamilton) in Triest [34]), dann von der Amts-

[31]) Hofresolution vom 26. März 1735. Statt zur Galeere sollten die hiezu tauglichen Verbrecher ad labores publicos in den ungarischen Grenzfestungen verurtheilt werden. Den Transport dahin regelte später das Patent vom 5. April 1750, doch wurde derselbe während des siebenjährigen Krieges sistirt. (Bratsch a. a. O. S. 120.) — Eine ähnliche Resolution erfloß am 18. März 1735 für die niederösterr. Regierung. (Archiv des obersten Gerichtshofes, Hüttner'sche Sammlung Band VI, S. 3253.)

[32]) Auch in Tirol währten die condemnationes ad galeras venetas fort. Noch 1756 wurde daselbst ein gewisser Peter Tomazolli zur sechsjährigen Galeerenstrafe verurtheilt und über Requisition der Tiroler Repräsentation, unter Vermittlung der innerösterr. Regierung, zur Veranlassung des Strafvollzuges nach Triest befördert. (Rathsprotokolle der obersten Justizstelle, Jahrg. 1760. I, S. 718.)

[33]) Vergl. über denselben meine „Geschichte der obersten Justizstelle" (Prag 1879) S. 106. Er war wohl zweifellos ein Sohn des aus Catalonien stammenden Don Ramon de Vilana-Perlas, Marchese de Rialp, der die Stelle eines Secretärs des spanischen Rathes in Wien bekleidete, sich des besonderen Vertrauens Karl's VI. erfreute, 1725 in den Grafenstand erhoben wurde und sodann in den deutsch-österreichischen, böhmischen und ungarischen Erbländern das Incolat erhielt. (S. Arneth a. a. O. II, S. 351 und die bezüglichen Acten des Adels-Archivs im k. k. Ministerium des Innern.)

[34]) Der Civilhauptmann (Capitano del castello e della città di Trieste) hatte als die oberste Magistratsperson in Triest auch über die genaue Beobachtung und den Vollzug der Gesetze zu wachen und es kam in wichtigeren Straffällen die Entscheidung ihm zu. Rücksichtlich der Administration der Justiz standen ihm in Civilsachen der Vicarius des Stadtgerichtes, in Criminalangelegenheiten aber der Judex maleficiorum (Criminal-Vannrichter) zur Seite, deren Wirkungskreis die Statuta civitatis Tergesti v. J. 1550 (Lib. I, Rubr. 2 und 3) genau normirten.

verwaltung zu Zengg und Carlopago, sowie von den Landrechten in Kärnten, Krain, Görz und Gradisca gutächtlichen Bericht erstatten ließ.

Die eben genannten Amtspersonen und Behörden konnten nicht in Abrede stellen, daß die ihnen bekannten, bereits erwähnten Verordnungen von 1671 und 1735 keine Beachtung gefunden hatten, suchten aber zugleich ihr Verhalten, namentlich auch vom finanziellen Standpunkte aus, zu rechtfertigen und trugen sogar, mit Ausnahme des Landrechtes in Kärnten [35]) darauf an, es bei der bisherigen Uebung zu belassen.

Insbesondere Graf Hamilton wies in seinen wiederholten Aeußerungen darauf hin, daß das Recht zur Verhängung der Galeerenstrafe in den Statutis Tergestinis dem Judex maleficiorum ausdrücklich eingeräumt und hievon factisch in Triest seit 1570 Gebrauch gemacht worden sei, ja er sprach den Wunsch aus, es möchten seitens der Regierung für die österreichischen Küstenstädte Galeeren ausgerüstet und auf diesen sodann die im Inlande verurtheilten Verbrecher entsprechend beschäftigt werden.

Derselben Ansicht war der Triester Vicarius Giulio della Porta; das vereinte Landrecht von Görz und Gradisca aber hob hervor, daß auch aus seinem Jurisdictionsgebiete seit undenklichen Zeiten dem angrenzenden Venedig Delinquenten zur Verwendung auf dessen Galeeren überlassen wurden und es sich um so mehr empfehle, diese Art des Strafvollzuges für die Zukunft beizubehalten, da die Republik für jeden Sträfling einen Betrag von 29 fl. 16 kr. erlege, hiedurch fremdes Geld in's Land komme und die Kosten des Transportes der ad operas publicas Verurtheilten nach den entfernten ungarischen Festungen ganz entfielen.

Die innerösterreichische Regierung endlich, welche behauptete, von dem mit Recht beanständeten Vorgange keine Kenntniß gehabt zu haben, war zwar für die Auflassung desselben, schlug jedoch vor, die Sträflinge, insolange die Festungen für dieselben wegen des damals noch währenden siebenjährigen Krieges verschlossen seien, auf die Galeeren des Großherzogthums Toscana zu transportiren [36]).

[35]) Dieses Landrecht hob hervor, Kärnten verfüge bereits über ein Zuchthaus und habe daher nicht nöthig, „einen Strafort im Auslande zu suchen". Auch wurde betont, daß die Venetianer die ihnen überlassenen Delinquenten durch Gewährung von Geldvorschüssen zu Schuldnern des Staates machten und auf diese Art nöthigten, nach Verbüßung der Strafe noch einige Zeit auf den Galeeren zu bleiben, um jene Vorschüsse daselbst abzudienen. — Dieser Mißbrauch scheint überhaupt seit jeher ein Gegenstand von Beschwerden gewesen zu sein. So verpflichtete sich die venet. Regierung im Jahre 1602 auf Verlangen des Herzogs von Urbino ausdrücklich, künftighin jene Verurtheilten, die ihr von dem gen. Herzog für die venet. Seemacht überlassen würden, nach Ablauf der Strafzeit wegen Geldschulden keineswegs länger auf der Ruderbank zu belassen. (Archivio di Stato in Venezia.)

[36]) Toscana hatte 1755 wenigstens nominell 20 Kriegsschiffe, 12 Galeeren und einige Galeassen. (Ersch & Gruber a. a. O. S. 319.)

Auf Grund dieser verschiedenen Gutachten erstattete die oberste Justizstelle am 11. September 1762 der Kaiserin Maria Theresia einen ausführlichen a. u. Vortrag [37]). Sie spricht sich darin gegen die Anwendung der Galeerenstrafe überhaupt, insbesondere aber gegen deren Vollzug auf den venetianischen Schiffen aus, bezeichnet letzteres als unpolitisch und schon deshalb als verwerflich, weil die Arbeitskräfte der Sträflinge sehr gut im Inlande verwerthet werden können, hebt hervor, daß überdies die Behandlung der Galeoten seitens der Venetianer eine in jeder Hinsicht grausame sei [38]) und beantragt, die Beachtung des diesfalls bereits bestehenden Verbotes den Behörden Innerösterreichs neuerlich mit aller Entschiedenheit einzuschärfen, sowie Vorsorge zu treffen, daß die Sträflinge beim Festungsbaue oder zu anderen öffentlichen Arbeiten verwendet werden [39]).

Der Vortrag der Justizhofstelle wurde an den neu errichteten Staatsrath geleitet und hier in Circulation gesetzt. Es gaben der Staatsminister Graf Haugwitz, die Staatsräthe Graf Blümegen, Baron Borié, v. Stupan und der Kronprinz Erzherzog Joseph ihr schriftliches Votum ab. Nur Stupan — der es blos „für allezeit unanständig" hielt, „die Execution einer Strafe einem fremden Staate zu überlassen" — beantragte in Uebereinstimmung mit dem Gutachten der innerösterreichischen Regierung, es sei zunächst wegen Entsendung der Sträflinge auf die Galeeren des Großherzogthums Toscana die Einleitung zu treffen. Die übrigen Votanten theilten (nach Borié) die Ansicht der obersten Justizstelle, an welche hierauf am 20. October 1762 nachstehende a. h. Entschließung herabgelangte:

[37]) Archiv des obersten Gerichtshofes, Fasc. 23, Nr. 158. Als Referent fungirte hiebei der oben bereits genannte Justizhofrath Graf Vilana-Perlas.

[38]) Die Motivirung lautet in dieser Beziehung dahin: daß die Arbeit auf der Ruderbank und der Mangel an Nahrungsmitteln, unter dem die Delinquenten leiden, nebst der oft unmenschlichen Zucht eines über die Galeerensklaven verordneten Aufsehers, die armen zur Ruderbank verurtheilten Menschen in die äußerste Verzweiflung setzt, besonders da selbe häufig des Trostes eines ihrer Religion zugethanen Seelsorgers entbehren, vielmehr mit Türken und Heiden alltäglichen Umgang pflegen müssen, zu geschweigen, daß sie selbst dem gewöhnlichen Sklavenhandel unterliegen und hiedurch öfters in die unerträglichste Dienstbarkeit der Türken und Tartaren versetzt werden.

[39]) In der Theresianischen Zeit wandte man den Festungen, welche das südliche Ungarn und Siebenbürgen gegen die Türken, und die nördlichen Provinzen gegen Preußen schützen sollten, besondere Aufmerksamkeit zu. In ersterer Beziehung kamen Gradisca und Essegg, Peterwardein und Temesvár, in letzterer zunächst Olmütz, Prag und Königgrätz in Betracht. Ueberall nahm man Ausbesserungen und Vervollständigungen vor, ja in Arad wurde eine neue Festung gebaut, die dazu dienen sollte, die Verbindung mit dem Temesvárer Banate und Siebenbürgen herzustellen. (Arneth „Geschichte Maria Theresia's" VII, S. 216 ff.) Während des siebenjährigen Krieges gerieth die Vornahme dieser Bauten zum großen Theile in's Stocken und erklärt es sich hiedurch, warum zu jener Zeit die Transporte von Sträflingen nach den Festungen unterblieben.

„Bei der allschon bestehenden Verordnung, daß keine Delinquenten den Venetianern zum Galeerendienste abgegeben werden sollen, ist noch fernerhin zu beharren, anerwogen derlei Sträflinge inner Lands zum Dienste des Staates, auch bei dem hungarischen Festungsbaue nützlich zu gebrauchen sind, zu deren jedesmaligen Uibernahme der Hofkriegsrath angewiesen, anbei die Wohlmeinung vom Commercienrathe untereinstens abgefordert wird, ob nicht derlei Delinquenten im Litorali selbsten zur Arbeit und Vollstreckung ihrer Strafzeit aufbehalten werden könnten" [40]).

In der That ergingen gleichzeitig an den Hofkriegsrath Aspermont Grafen v. Linden und an den Präsidenten des Commercienrathes Grafen v. Andler-Witten die entsprechenden Weisungen, die Resolution der Kaiserin aber wurde bereits am 21. October 1762 dem innerösterreichischen Judicium revisoirum zur weiteren Verfügung intimirt und dürfte wohl sodann in ganz Innerösterreich gebührende Beachtung gefunden haben; wenigstens bieten die oberstgerichtlichen Acten keinerlei Anhaltspunkt zu einer gegentheiligen Annahme.

[40]) Cabinetsarchiv Nr. 3017 aus d. J. 1762. Für die Beschäftigung der Sträflinge im österr. Litorale wurde namentlich der Bau eines gegen die Einschleppung der orient. Pest für Triest zu errichtenden Lazzaretto sporco und die Austrocknung der Moräste in der Gegend von Aquileja in Aussicht genommen.

Objectives Preßverfahren

und

Officialverfolgung bei Ehrenbeleidigungen.

Von

Dr. Otto Friedmann,
Privatdocent an der Wiener Universität.



ODKAZ
PROF. DRA FRANTIŠKA STORCHA,
UNIVERSITĚ MASARYKOVĚ.

Wien 1888.
Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

Separatabdruck aus der „Allgemeinen österreichischen Gerichts-Zeitung".

Druck der k. Wiener Zeitung.

Eine von den politischen Tagesblättern mitgetheilte Entscheidung des Wiener Oberlandesgerichtes, welche anläßlich der Confiscation eines eine Ehrenbeleidigung auswärtiger Souveräne involvirenden Scherzbildes im Gegensatze zu der bisher bekannten Doctrin und Praxis das objective Verfahren in Preßsachen auch bei Privatdelicten für zulässig erklärte, hat eine lebhafte Discussion, besonders in den Spalten dieser Zeitschrift, hervorgerufen.

Zuerst sind Professor Lammasch in Nr. 44 ex 1887 für die jener Entscheidung zu Grunde liegende Rechtsanschauung und J. v. W. in Nr. 46 gegen dieselbe in die Schranken getreten. Ausführungen des letzteren haben in Nr. 48 durch S—t. eine treffende Widerlegung gefunden; gleichzeitig aber wurde durch eine in derselben Nummer unter der Chiffre —r— veröffentlichte, gegen Lammasch polemisirende Abhandlung dargethan, daß die von J. v. W. vorgebrachten Argumente keineswegs die einzigen sind, welche gegen die Anwendbarkeit des § 493 St. P. O. bei Privatdelicten in's Feld geführt werden können. Die Deductionen dieser Abhandlung, mit welchen die Arbeiten Dr. S. Goldberger's in Nr. 34 der „Allgemeinen Juristenzeitung", Dr. Max Eisler's und Dr. Zistler's in Nr. 49 und 50 der „Gerichtshalle" im Wesentlichen in Einklang stehen, sind prägnant und meist überzeugend. Immerhin aber weist —r—'s Beweisführung Lücken auf, welche dieselbe einer Anfechtung auszusetzen geeignet sind[1]) und einer Ergänzung bedürfen. Zweck der vorliegenden Arbeit ist es: I. diese Ergänzung zu bieten und sohin II. die legislative Frage zu erörtern, welche durch den erwähnten praktischen Fall auf die Tagesordnung gesetzt wurde, die Frage nämlich, ob, in welcher Weise und in welchem Umfange durch eine Aenderung der bestehenden Gesetzgebung die objective und überhaupt die amtswegige Verfolgung gewisser derzeit u. E. nur der subjectiven Verfolgung seitens des Verletzten unterliegender Kategorien von Ehrenbeleidigungen ermöglicht werden soll.

[1]) Eine solche haben —r 's Ausführungen thatsächlich bereits durch die nach Verfassung dieser Abhandlung erschienene „Replik" Lammasch's in Nr. 51 der Ger.-Ztg. ex 1887 erfahren.

I. Objectives Preßverfahren bei Privatdelicten nach geltendem Rechte.

Die Argumente gegen die Zulässigkeit des objectiven Verfahrens bei Privat-Ehrenbeleidigungen und überhaupt bei Privatdelicten lassen sich im Wesentlichen folgendermaßen zusammenfassen: A) Dem Staatsanwalt als öffentlichen Ankläger [2]) ist die Einleitung dieser Procedur zufolge § 493 St. P. O. ausschließlich vorbehalten und ihm fehlt die Legitimation zur processualen Initiative bei Privatanklagedelicten. B) Bei den gleichen Delicten fehlt auch, insolange nicht ein Antrag des Betheiligten vorliegt, eine durch das materielle Strafgesetz aufgestellte Voraussetzung der Strafbarkeit oder doch der Verfolgung.

Die sub A) formulirte Thesis steht schon unabhängig von der sub B) formulirten der Anwendung des § 493 St. P. O. unbedingt entgegen. Anderseits genügt aber auch schon die letztere ohne Zuziehung der ersteren, um die objective Verfolgung dann und insolange auszuschließen, als nicht ein wirksamer (§ 530 St. G.) Antrag des Betheiligten gestellt wird.

A) Mit Recht hat bereits —r— darauf hingewiesen, daß die in § 2 St. P. O. (Abs. 2 und 3) als ein allgemeiner Grundsatz des strafgerichtlichen Verfahrens ausgesprochene Einschränkung der staatsanwaltschaftlichen Initiative auf Officialdelicte auch im objectiven Verfahren Anwendung finde [3]), daß demnach die durch § 493 erfolgte Ausschließung des Privatanklägers von diesem Verfahren zugleich auch eine Ausschließung der Privatdelicte von demselben bedeutet. Für diese Auffassung, für die Anwendbarkeit des § 2 auf das objective Verfahren, spricht insbesondere noch in unzweideutiger Weise

[2]) Daß dem Staatsanwalt, wenn er gemäß § 46 St. P. O. auf Wunsch des Privatanklägers als dessen Vertreter auftritt, keine weitergehenden processualen Befugnisse, als diesem selbst zustehen, ist allgemein anerkannt und wird auch von J. v. W. nicht bestritten. Wenn dieser daher am Schlusse seiner Ausführungen an den Staatsanwalt das Verlangen stellt, daß er „zur Wahrung concurrirender Staatsinteressen oder politischer Rücksichten" bei Ehrenbeleidigungen die Voraussetzung sicherstelle, „um im Sinne des § 46 St. P. O. die Vertretung der Strafklage zu übernehmen", so kann dies nur auf die dem Privatankläger allein zugängliche subjective Verfolgung zu beziehen sein. Auch für diese widerstreitet indessen J. v. W.'s Anforderung dem Gesetze, welches die Uebernahme der Vertretung von dem „Wunsche" des Privatanklägers abhängig macht. Eben darin, daß der Staatsanwalt bei Privatanklagedelicten diesen Wunsch abzuwarten und nicht die Initiative zur Erlangung der Zustimmung des Beleidigten zu ergreifen hat, liegt nach unserem geltenden Rechte der praktisch bedeutungsvollste processuale Unterschied zwischen denselben und den Ermächtigungsdelicten der Art. IV und V der Strafgesetznovelle vom 17. December 1862.

[3]) Auch aus der Wortfügung des § 493 St. P. O. wird hier von —r—, sowie von Goldberger und Eisler gefolgert, daß der Staatsanwalt nur dann das objective Verfahren einleiten könne, wenn er von der Verfolgung einer bestimmten Person zwar in concreto absieht, doch aber zu einer solchen legitimirt ist. Die beiden letztgenannten Schriftsteller versuchen hier auch noch die Fassung der bezüglichen Vorschrift in der Regierungsvorlage von 1862 zu verwerthen. Diese ist aber nicht präciser formulirt, als der gegenwärtige Gesetzestext.

die Norm des § 483 derselben: „Für das Verfahren in Preßstraffachen gelten alle Vorschriften dieser Strafproceßordnung, soweit nicht in den folgenden Paragraphen etwas Abweichendes bestimmt ist." Beim Bestande dieser Norm und bei dem Mangel einer die Legitimation des Staatsanwaltes im objectiven Verfahren betreffenden abweichenden Bestimmung läßt sich die Anwendbarkeit des § 2 auf dieses Verfahren wohl nur in der Weise bekämpfen, daß man die von —r— (sowie u. A. auch von der Generalprocuratur [4])) als selbstverständlich hingestellte Voraussetzung, es handle sich im Falle des § 493 St. P. O. um eine „Strafverfolgung", verwirft. Allein mag man auch diesen letzteren Ausdruck ausschließlich auf die Verfolgung einer bestimmten Person behufs deren Bestrafung, also auf ein Strafverfahren im engeren Sinne, im Sinne der §§ 88 und 90 St. P. O. beziehen, mag man auch betonen, daß das objective Verfahren vielmehr den Charakter einer polizeilichen Maßregelung an sich trage: darüber wird man doch nicht hinauskommen, daß das praktische Ziel auch dieser Maßregelung die Verhängung gewisser Uebel [5]) (Verbot der weiteren Verbreitung, Vernichtung von Druckschriften) ist, und daß darum auch die Betreibung dieser Maßregelung seitens des Staatsanwaltes als eine Verfolgung anzusehen ist — zwar nicht als die Verfolgung eines Thäters, wohl aber als die Verfolgung einer Druckschrift — ein Ausdruck, dessen das Gesetz selbst im § 487 sich bedient. Und da auch diese Verfolgung ihrem praktischen Ziele, wie ihren Voraussetzungen nach an die Bestimmungen der Strafgesetze (über Rechtsfolgen und Thatbestand) gebunden ist, so kann sie auch als „strafrechtliche Verfolgung" charakterisirt werden — ein Ausdruck, den § 46 St. P. O. thatsächlich im Hinblick auf die Abgrenzung der Competenzsphären des öffentlichen und Privatanklägers gebraucht und den der Cassationshof in einer Plenarentscheidung (s. Anm. 4) gerade auf die objective Maßregelung angewendet hat. Da diese objective Maßregelung ferner den Gerichten überwiesen und an die Vorschriften des gerichtlichen Verfahrens gefesselt ist, so paßt auch der Begriff der „gerichtlichen Verfolgung" auf dieselbe. Und mehr verlangt § 2 seinem klaren Wortlaute nach nicht; insbesondere erfordert derselbe, ebenso wie der ihn ergänzende § 46, keine „Strafverfolgung". Daß aber in der That eine strafrechtliche oder gerichtliche Verfolgung im Sinne der §§ 2 und 46, nicht nothwendig die

[4]) In einer vom Generalprocurator Glaser vertretenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes, über welche die Entscheidung des Cassationshofes vom 20. Juli 18-2, Z. 6827, Nr. 452 der Sammlung, erfloß.

[5]) Mit Vorbedacht vermeide ich den Ausdruck „Strafe", weil ich mit Lammasch die „objective Strafe" für eine contradictio in adjecto halte. Für die Argumentation im Texte ist es indessen ganz gleichgiltig, ob die an die Voraussetzung der Verübung einer strafbaren Handlung geknüpften Repressivmaßregeln (Nebenfolgen) dem Wesen der Strafe, ob sie der Anforderung des § 31 St. G. entsprechen oder nicht. — Hiemit ist auch bereits die diesen Paragraphen betreffende Polemik wider Goldberger in Lammasch's „Replik" erledigt.

Richtung gegen eine bestimmte Person innezuwohnen braucht, ergibt sich schon daraus, daß diese beiden Paragraphe als Objecte der Verfolgung nicht etwa die Verdächtigen oder Beschuldigten, sondern die „strafbaren Handlungen" bezeichnen. Mit ihnen übereinstimmend spricht auch § 493 von der Feststellung einer „strafbaren Handlung" als Gegenstand der daselbst vorgesehenen Antragstellung des Staatsanwaltes. Und wie in den §§ 2 und 46, so ist auch in den §§ 34, 86 und 87 St. P. O. von der Verfolgung strafbarer Handlungen die Rede. Alle diese Paragraphe behandeln allgemeine Grundsätze des strafgerichtlichen Verfahrens. Sie gelten daher, soweit nicht Ausnahmen gesetzlich statuirt sind, auch für jene Stadien und Spielarten desselben, wo der behördlichen Action die Richtung gegen ein bestimmtes Individuum als den vermuthlichen Thäter fehlt: sie gelten dort, wo ein solcher erst eruirt, durch Vorerhebungen seine Verfolgung erst ermöglicht werden soll (§ 412 St. P. O.); und ebenso auch dort, wo der verbrecherischen That nur durch Maßregeln entgegengewirkt werden soll, welche das corpus delicti, die verbrecherische Druckschrift treffen (§ 493 St. P. O.), wo also nach der Terminologie des § 487 nur eine Verfolgung dieser Druckschrift (sc. wegen einer strafbaren Handlung) stattfindet. Für beide Fälle wurde durch ausdrückliche Anordnungen des Gesetzes, durch § 412, wie durch § 493 St. P. O., die Initiative[6]) dem Staatsanwalt, welcher auf Grund des im § 2 aufgestellten allgemeinen Grundsatzes als Ankläger vor den Strafgerichten fungirt, zugewiesen, weil man es eben auch in diesen beiden Fällen schon mit einer Verfolgung vor den Strafgerichten zu thun hat. Eben deshalb ist der Staatsanwalt auch hier wie dort nur hinsichtlich jener Gruppe strafbarer Handlungen zum Einschreiten berechtigt, die allein seiner Verfolgung zufolge § 2 anheimgegeben ist.

Haben wir bisher hinsichtlich des Mangels einer subjectiven Richtung der Verfolgung das objective Verfahren in Preßsachen der Ermittlung unbekannter Thäter gleichgestellt, so müssen wir nunmehr anderseits den wesentlichen Unterschied beider betonen, welcher darin besteht, daß letztere Ermittlung ein vorbereitendes Stadium der strafgerichtlichen Repression, ersteres Verfahren hingegen eine eigene Abart derselben darstellt, welche nach dem Muster der Hauptart construirt ist. Mit Vorbedacht hat unser Gesetz dem Verfahren zur Feststellung der persönlichen Haftung eines Menschen jenes zur Feststellung der sachlichen Haftung einer Druckschrift nachgebildet[7]) — nachgebildet durch die

[6]) Und nicht blos eine berathende Mitwirkung, wie solche der Staatsanwaltschaft in gewissem Umfange auch im Privatanklageverfahren zukommt (s. z. B. §§ 286, 294 und 469 St. P. O. und den Justizministerialerlaß vom 6. Jänner 1874, Z. 16.812).

[7]) Vgl. hiezu Lienbacher, die österr. Preßgesetzgebung, II. Band, S. 124 bis 128, und v. Liszt, Lehrbuch des österr. Preßrechtes, §§ 89, 91, 92 und 94.

Herübernahme in den Strafgesetzen enthaltener Rechtsfolgen und der daselbst normirten Thatbestände, nachgebildet durch die Zuweisung der Entscheidung an das Strafgericht, der Initiative an den Staatsanwalt, nachgebildet endlich durch die clausula generalis des § 483 St. P. O. Bei Geltung der letzteren müßten wir die durch § 2 St. P. O. erfolgte Abgrenzung der staatsanwaltschaftlichen Competenz zur Einleitung des Verfahrens selbst dann auf das objective Verfahren **sinngemäß** anwenden, wenn eine **unmittelbare** Anwendung nicht möglich, d. h. wenn die in § 493 St. P. O. vorgesehene Antragstellung unter den Begriff der „gerichtlichen Verfolgung" nicht subsumirbar **wäre.**

Mit demselben Rechte, mit welchem man von der grundsätzlichen Abgrenzung der staatsanwaltschaftlichen Competenz beim objectiven Verfahren abgehen will, mit demselben Rechte könnte man etwa auch für dasselbe die gesetzlichen Bestimmungen über die Abgrenzung der gerichtlichen Competenz in Strafsachen gegenüber jener der Polizeibehörden für nicht anwendbar erachten. Aus dem Wortlaute des § 493 St. P. O. allein ergibt sich in der That noch nicht mit Nothwendigkeit, daß diese Einschränkung der gerichtlichen Zuständigkeit zur Untersuchung und Bestrafung auch auf die objective Maßregelung, die ja eine Bestrafung nicht involvirt, zu beziehen sei: „strafbare Handlungen" sind ja auch die den Polizeibehörden überantworteten Uebertretungen, und der z. B. im § 213, Z. 1 St. P. O. enthaltene einschränkende Zusatz „zur Zuständigkeit der Gerichte gehörige strafbare Handlung" fehlt im § 493. Dennoch wird hier Jedermann einräumen, daß es nicht angeht, diese letztere Gesetzesstelle als eine „lex specialis" lediglich nach Maßgabe ihres unmittelbaren Inhaltes mit Uebergehung des § 483 und ohne Bedachtnahme auf die allgemeinen Grundsätze des strafgerichtlichen Verfahrens auszulegen, daß vielmehr von diesen Grundsätzen im objectiven Verfahren eben nur insoweit abzuweichen ist, als § 493 in Wahrheit lex specialis ist, d. h. nur insoweit, als dessen positiver Inhalt und das in ihm verkörperte eigenthümliche Wesen des objectiven Verfahrens, als dessen specifischer Unterschied gegenüber den subjectiven eine solche Abweichung erheischt. Dieser specifische Unterschied betrifft aber gerade nur die subjective Seite des Thatbestandes, also materiell die Verhängung strafähnlicher Uebel ohne erwiesene subjective Verschuldung einer bestimmten Person, processual (vom Einspruchsverfahren abgesehen) den Mangel eines Proceßgegners des Anklägers. Sie betrifft sicherlich nicht den Umfang der sachlichen Zuständigkeit des Gerichtes und ebenso wenig jenen der sachlichen Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft. —

Wir sind bisher immer von der Voraussetzung ausgegangen, daß nicht schon der Wortlaut des § 493 St. P. O. eine Abweichung von der

durch § 2 aufgestellten Regel involvire. Der Verlauf der bisherigen Discussion unseres Problems nöthigt uns, jetzt noch die Frage zu berühren, ob die Worte „im öffentlichen Interesse" nicht etwa eine solche Abweichung statuiren, eine Erweiterung der staatsanwaltschaftlichen Verfolgungscompetenz aussprechen. Daß dies nicht der Fall ist, wurde besonders von —r— bereits zur Genüge nachgewiesen.

Mehr allerdings ist aus der fraglichen Ausdrucksweise nicht zu folgern: sie enthält einen directen Beweis weder für noch gegen die hier verfochtene Rechtsanschauung. Dies wurde wiederholt übersehen: auf der einen Seite haben J. v. W., Goldberger und Eisler, auf der anderen Lammasch diese Terminologie im Sinne ihrer Auffassung zu verwerthen gesucht. Verfolgen wir die bezüglichen Ausführungen mit kritischem Blick, so sehen wir, daß dieselben auf einer unvermerkt sich einschleichenden Verwechslung beruhen. Verwechselt wird das öffentliche Interesse einerseits als das Motiv, welches den Gesetzgeber bei seinen eigenen Entschließungen leitet und anderseits als das Motiv, welches nach seinem Willen den Staatsanwalt bei dessen Entschließungen leiten soll. Gewiß ist das öffentliche Interesse gerade in dem ersteren Sinne für den Juristen, zumal für den Criminalisten von der größten Bedeutung, und auch wir werden weiter unten zu untersuchen haben, inwieferne der Gesetzgeber demselben bei der Lösung unseres Problems durch seine positiven Anordnungen Rechnung tragen wollte. Anders aber liegt die Sache dort, wo der Gesetzgeber innerhalb eines gewissen von ihm abgegrenzten Gebietes, auf weitere positive Anordnungen verzichtend, die Wahrung des öffentlichen Interesses einem bestimmten Organ überträgt, ihm freies Ermessen gewährt. Dies aber ist durch die Worte des § 493: „Der Staatsanwalt kann, auch wenn er gegen keine bestimmte Person eine Anklage erhebt, im öffentlichen Interesse begehren, daß ....." geschehen. Wer diese Worte etwa dahin auslegen möchte, daß der Gesetzgeber durch dieselben kundgeben wolle, er erachte die Erwirkung des objectiven Erkenntnisses (unter gewissen Voraussetzungen) als im öffentlichen Interesse gelegen, legt ihm geradezu eine Banalität in den Mund: ist ja doch das gesammte öffentliche Recht, mithin auch das gesammte formelle und materielle Strafrecht im öffentlichen Interesse geschaffen. Entspricht es schon überhaupt der Technik unserer modernen Gesetzgebung, der auch bei der Proceßordnung von 1873 durchwegs eingehaltenen Uebung nicht, Motive dem Gesetzestext einzuverleiben, so ist die Aufnahme eines Motives von so nichtssagender Allgemeinheit am allerwenigsten zu gewärtigen. Einer solchen Deutung widerspricht auch die Wortfügung des § 493 und noch klarer die Wortfügung des ihm zu Grunde liegenden § 41 des Preßgesetzentwurfes von 1862: „Kann der Staatsanwalt aus was immer für einem Grunde gegen keine bestimmte Person eine Anklage erheben, findet **er** es aber im öffentlichen Interesse, daß das Gericht

darüber erkenne, ob der Inhalt einer Druckschrift ein Verbrechen oder Vergehen begründe, so kann er darauf antragen ....." Die Umstellung, welche dieser Text bei der parlamentarischen Berathung erfuhr, erfolgte bekanntlich nur zu dem Zwecke, um die Einleitung des objectiven an Stelle des subjectiven Verfahrens auch dort zu gestatten, wo die Durchführung des letzteren an sich möglich ist[8]). Daran aber wollte man nichts ändern, daß der Staatsanwalt, wenn er im einzelnen Falle es „im öffentlichen Interesse" nicht für erforderlich erachtet, auch nur die objective Repression zu veranlassen, selbst hievon absehen dürfe — ein Ermessen, welches ihm mittelst derselben Worte, wie durch § 493 für Preßsachen, durch Art. V, Abs. 3 der gleichzeitig mit dem objectiven Verfahren in's Leben gerufenen Strafgesetznovelle vom 17. December 1862 auch für nicht durch die Presse verübte „Beamten-Beleidigungen" eingeräumt wurde. Hier wie dort begründen jene Worte eine Ausnahme von der im § 34 der geltenden Strafproceßordnung (beziehungsweise im § 30, lit. a jener vom 29. Juli 1853) ausgesprochenen allgemeinen Verfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft. In diesem Sinne statuiren daher die Worte: „kann .... im öffentlichen Interesse" im § 493 für den Staatsanwalt lediglich das Recht und die Pflicht, bei jenen strafbaren Handlungen, bei welchen er, auch abgesehen von diesen Worten, zur Einleitung des objectiven Verfahrens legitimirt ist, die Einleitung desselben demnoch in einzelnen Fällen zu unterlassen. Unberührt bleiben daher unsere Ausführungen darüber, ob diese Legitimation bei den Privatdelicten fehle.

Im gleichen Sinne wie im § 493 sind auch in dem von der vorläufigen Beschlagnahme handelnden § 487 St. P. O. die Worte „im öffentlichen Interesse" gebraucht: sie enthalten hier nichts als einen Hinweis auf das anderweitig, nämlich durch § 493 dem Staatsanwalte für die Einleitung des (objectiven wie subjectiven) Preßverfahrens eingeräumte Ermessen. Nicht schon der Gebrauch dieser Worte, wohl aber die Entstehungsgeschichte ihres Gebrauches in § 487 beweist, wie schon —r— dargethan hat, daß die polizeiliche Confiscation nur bei Officialdelicten

---

[8]) Es ist also durch diese Umstellung, durch den Nebensatz: „auch wenn er gegen keine bestimmte Person eine Anklage erhebt" (statt: „erheben kann") das Opportunitätsprincip für die subjective Verfolgung in Preßsachen ausgesprochen. Vermöge dieser Worte darf der Staatsanwalt die Verfolgung einer bestimmten Person, vermöge der Worte des Hauptsatzes „... kann ... im öffentlichen Interesse" darf er auch die der Druckschrift selbst in einzelnen Fällen unterlassen. Durch die letztere Wortfügung ist das Opportunitätsprincip auch für die objective Verfolgung eingeführt. Daß hierin eine Ausnahme gegenüber der Regel des § 34 St. P. O gelegen ist, müssen auch jene anerkennen, welche, wie Glaser, in § 34 nicht geradezu eine Sanctionirung des Legalitätsprincipes erblicken; denn auch sie müssen zugeben, daß dieser Paragraph jedenfalls nicht dem Staatsanwalte ein freies Ermessen einräumt, aus Opportunitätsgründen von der Verfolgung abzusehen (siehe Glaser's Handbuch des Strafprocesses, I Band, S. 222, Anmerkung 10).

statthaft ist [9]). Zu demselben Resultate müssen übrigens gerade unsere Gegner schon aus anderen Gründen gelangen. Sie werden bei Auslegung des § 487 in ein eigenthümliches Dilemma gedrängt. Nach ihrer und nur nach ihrer Auffassung, wonach auch bei Privatdelicten von Amtswegen objectiv einzuschreiten ist, kommt der Frage praktische Bedeutung zu, ob bei der Bestimmung des ersten Absatzes über die sicherheitsbehördliche Beschlagnahme von Druckschriften, „welche ihres Inhaltes wegen im öffentlichen Interesse (sc. vom Staatsanwalte vor den Strafgerichten) zu verfolgen sind," auch an die objective, oder ob blos an die subjective Verfolgung zu denken ist. Nun ist aber die letztere Auslegung des § 487, die Einschränkung der polizeilichen Confiscation auf das Gebiet der subjectiven Verfolgung eine unausweichliche Consequenz des Standpunktes der Gegner, welche ja im objectiven Verfahren eine strafgerichtliche Verfolgung überhaupt nicht erblicken können. Ist aber der erste Absatz des § 487 auf das Gebiet der subjectiven Verfolgung durch den Staatsanwalt, also auf die Officialdelicte zu beschränken, dann gehört die Beschlagnahme von Privatdelicten unbedingt nur zu den „anderen Fällen", von welchen der zweite Absatz spricht, dann kann eine solche nur vom Gerichte und nur über Klage des Privatanklägers und nicht von der Sicherheitsbehörde verhängt werden. Diese Vorsichtsmaßregel wäre also unzulässig zur Sicherung eines von der Staatsanwaltschaft bei einem Privatdelicte zu erwirkenden objectiven Erkenntnisses. Und doch ist es unerfindlich, warum das Gesetz bei Privatdelicten zwar die Schöpfung eines solchen Erkenntnisses gestatten, der Staatsanwaltschaft aber hier auferlegen sollte, daß sie der Weiterverbreitung bis zur Erwirkung des gerichtlichen Verbotes ruhig zusehe. Die Unzulässigkeit jenes — bei der nur auf momentane Wirkung abzielenden Tagespresse nahezu unentbehrlichen — Sicherungsmittels spricht deutlich genug für die Unzulässigkeit des objectiven Verfahrens selbst — bei Privatdelicten [10]).

[9]) Unberechtigt ist es, wenn Goldberger dies bereits aus der (übrigens wohl nicht in dieser Absicht, vielmehr nur abkürzungsweise gewählten) imperativen Fassung: „Druckschriften . . . ., welche ihres Inhaltes wegen im öffentlichen Interesse zu verfolgen sind", deduciren will; denn ob auch Privatdelicte unter diesen Imperativ fallen, ist ja erst aus § 493 zu erschließen. — Ebenso wenig ist zu billigen, wenn Lammasch als alleinigen und ausreichenden Beweis für die Anwendbarkeit des § 487, Abs. 1 auf Privatdelicte die Erwägung bietet, daß der Gesetzgeber daselbst den präciseren Ausdruck „von Amtswegen", statt im „öffentlichen Interesse" gewählt hätte, wenn er beide für identisch hielte. Diese Erwägung wurde bereits entkräftet durch die Entgegnung —r—'s, welcher darlegt, daß thatsächlich ein Unterschied zwischen beiden Ausdrücken, jedoch ein anderer, als Lammasch annimmt, besteht. Und doch begnügt sich dieser in seiner „Replik" (Anmerkung 7) damit, auf seine frühere Argumentation rückzuverweisen.

[10]) Dieser Schlußfolgerung sucht Lammasch in seiner „Replik" (in Polemik gegen Goldberger) auszuweichen; allein er vermag wohl kein ausreichendes Motiv für die verschiedenartige Behandlung der Privat- und Officialdelicte hinsichtlich der Beschlagnahme bei gleichmäßiger Anwendbarkeit des § 493 anzugeben.

B) Mit voller Beruhigung könnten wir bereits unsere Ausführungen de lege lata schließen: schon haben wir mehr Argumente vorgebracht, als zu einer stricten Beweisführung erforderlich wäre. Dennoch sei im Interesse einer allseitigen Klärung der Ansichten auch noch die bereits von v. Liszt in seinem Systeme des österreichischen Preßrechtes als maßgebend geltend gemachte und sohin von Lammasch in Polemik gegen Ersteren wieder in den Vordergrund gestellte Frage, ob das Antragsdelict ohne Antrag eine „strafbare Handlung" im Sinne der §§ 492 und 493 St. P. O. sei, gestreift. Gestreift und nicht gelöst. Denn nur die Entbehrlichkeit ihrer Lösung für die unseres Problems werden wir darzuthun haben. Sie ist hier nicht etwa blos deshalb entbehrlich, weil schon das bisher Gesagte zur Entscheidung ausreicht; sie ist es selbst dann, wenn wir einmal ganz davon absehen, daß dem Staatsanwalt die Legitimation auch zur objectiven Verfolgung bei Antragsdelicten zufolge § 2 St. P. O. überhaupt fehlt. Mag man nämlich auch bestreiten, daß erst mit der Antragstellung die „Strafbarkeit" der Handlung beginne; mag man diesen letzteren Ausdruck mit Lammasch lediglich im Sinne von „Rechtswidrigkeit" auffassen [11]) und die von der Verschuldung ganz unabhängigen Voraussetzungen der Bestrafung, wie den Strafantrag (oder das Erforderniß der Reciprocität im Sinne des § 66 St. G.) nicht als Voraussetzungen der „Strafbarkeit" ansehen; mag man

[11]) Auf einer bedauerlichen Verwechslung beruht hier Lammasch's Polemik gegen Binding und v. Liszt. Zwischen der Rechtswidrigkeit in Lammasch's Sinn und Binding's „Normwidrigkeit" besteht jedenfalls kein für die hier erörterte Frage relevanter Unterschied. Auch Binding selbst stellt keineswegs diese Ausdrücke einander entgegen. Von den „Normwidrigkeitsmerkmalen" („Delictsmerkmalen") scheidet er vielmehr nur die außerdem noch vom Gesetze zur Bestrafung erforderten Momente (die „Strafbarkeitsmerkmale"), wie insbesondere den Strafantrag (den er übrigens im Handbuche des Strafrechtes, I. Bd., § 129, nur als Voraussetzung des Strafklagerechtes, nicht des Strafrechtes auffaßt). Während nun auch Lammasch, wie Binding, den Strafantrag (als „thatsächliche Voraussetzung" der Bestrafung) von den Delictsmerkmalen differentiirt, haben gerade seine Gegner in der hier behandelten Frage, denen er vorwirft, daß sie von Binding's Normentheorie ausgehen, gar keine Veranlassung, zu derselben Stellung zu nehmen: denn von ihrem Standpunkte ist das objective Verfahren gleich unanwendbar, mag nun der That blos die Strafbarkeit oder auch die Normwidrigkeit (Rechtswidrigkeit) abgehen. Auch v. Liszt hat wohl nicht die Rechtswidrigkeit von der Antragstellung abhängig machen, sondern nur den zuerst (auf S. 370 ff. seines Lehrbuches des österr. Preßrechtes) erörterten Fällen der mangelnden Rechtswidrigkeit den des mangelnden Antrages in Bezug auf § 493 St P. O. mit Recht gleichstellen wollen. Ganz deutlich ist diese Auffassung in seinem Lehrbuche des deutschen Reichspreßrechtes, § 55, zum Ausdrucke gelangt. v. Liszt's (in beiden Lehrbüchern des Preßrechtes enthalten) Bezugnahme auf Binding's Unterscheidung ist hienach nicht von entscheidender Bedeutung. Wäre dies übrigens auch der Fall, so geht es doch nicht an, mit Lammasch deren Verwerthung schon durch den Hinweis auf die erst nach 1852 erfolgte Aufstellung der Normentheorie für den Bereich des geltenden österreichischen Strafgesetzbuches abzuweisen; denn diese Theorie intendirt ja doch nur einen den vor ihrer Aufstellung bereits bestehenden Strafgesetzgebungen stillschweigend zu Grunde liegenden Gedanken aufzuzeigen.

ferner auch (im Gegensatze zu v. Liszt[12]), zu Glaser[13]) und zu unserer Generalprocuratur[14]), im Einklange mit einer in der deutschen Literatur mehrfach vertretenen Richtung[15])) diesen weiteren Voraussetzungen den materiellrechtlichen Charakter gänzlich absprechen[16]): das wird man doch zugeben müssen, daß unser Strafgesetz im § 530 den Antrag des Betheiligten, wenn auch vielleicht nicht als eine Bedingung der Strafbarkeit, so doch wortdeutlich als eine Bedingung der strafgerichtlichen Verfolgung (als eine Proceßvoraussetzung) aufgestellt hat — und dies genügt, um denselben auch für die objective Verfolgung zu erfordern (ganz unabhängig davon, ob der Staatsanwalt zur Einleitung der letzteren bei den bezüglichen Delicten überhaupt legitimirt ist, dieselbe also nach Stellung des Antrages veranlassen kann).

Als eine Nachbildung des subjectiven Verfahrens haben wir das objective oben bezeichnet. Die Gleichstellung beider erleidet allerdings, dem Wesen des letzteren entsprechend, insoferne eine Modification, als bei demselben selbstverständlich die subjective Seite des Thatbestandes, die die Person des einzelnen Thäters betreffenden strafausschließenden Umstände außer Betracht bleiben. Hieraus und nur hieraus ist die von Lammasch hervorgehobene Anwendbarkeit des § 493 St. P. O. bei Exterritorialität des Erzeugers einer Druckschrift zu erklären. Folgt aber hieraus auch etwa weiter, daß von anderweitigen, die Person des Thäters nicht betreffenden gesetzlichen Voraussetzungen der Verfolgung, daß insbesondere von dem in den §§ 530, 495 u. s. w.

[12]) Siehe die in der vorigen Anmerkung citirten Stellen dieses Autors; vergleiche jedoch auch die Ausführungen desselben im § 43 seines Lehrbuches des deutschen Strafrechtes (2. Aufl.).

[13]) Handbuch des Strafprocesses, II. Bd., S. 52, Anm. 10.

[14]) Siehe den Vortrag des Generaladvocaten (Cramer) zu der Plenarentscheidung vom 26. August 1875, Z. 6576, Nr. 77 der Sammlung. Die Entscheidung selbst, welche im Sinne der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ausspricht, daß die Bestimmung des Schlußsatzes des § 530 St. G. durch die geltende Strafproceßordnung nicht geändert sei, begnügt sich damit, hervorzuheben, daß jene Bestimmung im materiellen Strafgesetze Platz gefunden hat, ohne darauf einzugehen, ob sie auch in dasselbe ihrem Wesen nach gehört.

[15]) Vgl. die Zusammenstellung der Literatur in Binding's Handbuch des Strafrechtes, I. Band, § 129.

[16]) Es ist übrigens auch keineswegs widersinnig, die ausschließlich proceßrechtliche Natur des Strafantrages zuzugeben und dennoch zur „Strafbarkeit" der Handlung im Sinne der §§ 492 und 493 St. P. O. alle materiell-rechtlichen und processualen Voraussetzungen, von welchen nach dem Gesetze die Strafverhängung abhängt, also auch den Strafantrag zu erfordern. Indessen spricht die Entstehungsgeschichte des § 493 St. P. O. eher dafür, daß unter „strafbarer Handlung" nur eine die strafrechtlichen Thatbestandsmomente verkörpernde Handlung ohne Rücksicht auf weitere Voraussetzungen der Bestrafung zu verstehen sei. Denn bis zum letzten Entwurf unserer Strafproceßordnung war in der entsprechenden Bestimmung vom „Verbrechen oder Vergehen" die Rede, und offenbar nur, um auch die bisher übersehenen Fälle durch die Presse verübter Uebertretungen einzubeziehen, wurden diese Worte durch die Bezeichnung „strafbare Handlung" ersetzt.

St. G. aufgestellten Erfordernisse des Begehrens eines Betheiligten, ohne welchen zufolge § 530 „die strafgerichtliche Verfolgung" nicht „stattfinden darf" im objectiven Verfahren abzusehen sei?

Daß dies nicht der Fall ist, daß es nicht angeht, das eben citirte Verbot des § 530 lediglich auf die subjective Verfolgung zu beschränken, werden wir noch klarer ersehen, wenn wir nunmehr auch die ratio desselben in Betracht ziehen. Es soll die Verfolgung nicht gegen den Willen des Verletzten stattfinden; der Staat bemißt beim Antragsdelicte sein Interesse an derselben an jenem des betheiligten Privaten; er trägt dessen der Verfolgung etwa entgegenstehenden Interessen Rechnung; er will den strafrechtlichen Schutz nicht aufdrängen, wo der Verletzte etwa bereits Verzeihung gewährt, wo er anderweitige Sühne erlangt hat, oder wo die Durchführung der Verhandlung seine Empfindungen noch tiefer verletzen würde, als durch das Delict bereits geschehen ist. Dieser Gesichtspunkt führt, wie bereits Eisler gezeigt hat, dahin, nicht blos die Bestrafung einer bestimmten Person, sondern auch schon die gerichtliche Feststellung der strafbaren Handlung ohne Begehren des Betheiligten zu verwehren. Daß unser Strafgesetz dies richtig erkannt hat, daß es die Bestrafung ohne Antrag nur deshalb ausgeschlossen hat, weil ihr eine Feststellung des Delictes vorangehen müßte, lehrt ein Blick auf § 490 desselben, welcher auch in einem Falle, wo ein Strafen gar nicht in Frage kommt, doch schon das Feststellen verbietet, indem er den Wahrheitsbeweis im Injurienproceß dann abschneidet, wenn das Beweisthema eine solche strafbare Handlung wäre, „die nur auf Verlangen eines Dritten strafgerichtlich verfolgt werden kann". „Es entspricht diese gesetzliche Bestimmung," bemerkt Eisler, „dem Wesen jenes Rechtes, das auch nach seiner negativen Seite, indem es nicht geltend gemacht wird, berufen ist, die Interessen des Verletzten zu schützen. Wie diese in dem einen Falle nach Strafe und Genugthuung, so können sie in dem anderen dringend verlangen, daß nicht dem Geschädigten durch eine gerichtliche Procedur der Spott erwachse, daß nicht der Schimpf, der ihm angethan wurde, durch eine richterliche Constatirung dieser Thatsachen gewissermaßen besiegelt werde. Darum ist der Verletzte allein .... befugt, die Feststellung, sei es auch nur der strafbaren Handlung selbst ohne Rücksicht auf ein persönliches Verschulden zu verlangen."

Dieser Gedankengang bestärkt das schon aus der Wortinterpretation des § 530 St. G. gewonnene Ergebniß, daß ohne Begehren des Betheiligten wie die subjective, so auch die — gleichfalls die Feststellung einer strafbaren Handlung intendirende — objective Verfolgung unstatthaft ist.

Dies hat auch für den Bereich des § 492 St. P. O. bereits der Cassationshof in einer Plenarentscheidung[17]) ausdrücklich anerkannt. Nun

[17]) Entscheidung vom 11. Mai 1877, Z. 1194, Nr. 150 der Samml. In dem derselben vorangehenden Vortrage des Generalprocurators (v. Liszt sen.) wird nebst anderen bemerkenswerthen Argumenten auch geltend gemacht, daß im

unterscheidet sich aber das im Sinne des § 492 erfließende objective Erkenntniß von dem im § 493 St. P. O. vorgesehenen keineswegs in dieser Richtung, vielmehr nur dadurch, daß die Verfolgung einer bestimmten Person hier erfolglos, dort gar nicht angestrebt wurde [18]).

Auch daß unser Strafgesetzbuch bei Erwähnung des Antrages mehrfach, z. B. im § 495 (*nicht aber im* § 530), sich einer Ausdrucksweise bedient, welche auf die Bestrafung einer bestimmten Person hindeutet, steht der Anwendbarkeit jener Bestimmungen auf das objective Verfahren nicht im Wege. Auch bei der Definition der Delictsbegriffe findet sich eine gleichartige Terminologie. Dieselbe ist hier wie dort schon dadurch ausreichend zu erklären, daß erst nach Abfassung des Strafgesetzbuches eine Handhabung desselben durch die Gerichte ohne subjective Verfolgung eingeführt wurde. Selbst das gleichzeitig mit Einführung der objectiven Verfahrens erlassene Preßgesetz vom 17. December 1862 hat in seiner Stylisirung noch nicht consequent auf diese vom Gesetzgeber nur als Ausnahme von der Regel angesehene Procedur Bedacht genommen und spricht z. B. in § 28, 4. Al. in grell subjectiver Fassung, es könne „für wahrheitsgetreue Mittheilungen öffentlicher Verhandlungen des Reichsrathes und der Landtage Niemand *zur Verantwortung gezogen werden*". Und doch hat der Cassationshof über eine (vom Generalprocurator *Glaser* ver-

Entwurfe V zur Strafproceßordnung ausdrücklich die Zulässigkeit des objectiven Erkenntnisses auf jene Fälle eingeschränkt wurde, wo „aus anderen Gründen als wegen Rücktritt von der Verfolgung oder wegen Mangels des Verlangens eines Betheiligten" auf Einstellung oder Freisprechung erkannt wurde, und daß die Weglassung dieser (in den Entwurf V neu aufgenommenen) Worte im Gesetzestexte (§ 492) jedenfalls nur wegen ihrer Entbehrlichkeit im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 109 und 259 St. P. O. erfolgt sei. Ohne dieser seither auch von den Commentatoren der Proceßordnung recipirten Argumentation zu viel Gewicht beizulegen, ist doch anzuerkennen, daß diese Erklärung der zweimaligen Textänderung, wonach dieselbe nur auf einem Wechsel der Ansichten über die *Entbehrlichkeit* jener Worte beruht, weit natürlicher ist, als die von *Lammasch* in der „Replik" gegebene Erklärung, man habe beide Male den *Sinn* der Gesetzesstelle ändern wollen. Bei dem Schweigen der Materialien über das Motiv der Einschiebung und Eliminirung jener Worte ist diese Annahme eine willkürliche. *Lammasch* übersieht ferner bei seiner Beweisführung aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzestextes, daß die Frage, ob das Gericht *zufolge* § 492 (§ 40 der Regierungsvorlage von 1862) *bei Verfolgung durch den Staatsanwalt und ohne Antrag des Betheiligten* den Thatbestand einer nur auf Antrag und nur auf Privatanklage zu verfolgenden strafbaren Handlung feststellen darf, sich vollkommen mit der Frage deckt, ob dies nach § 493 zulässig ist, daß also die Bejahung *jener* Frage erst auf die gleiche Weise wie die Bejahung *dieser* Frage zu erweisen ist, nicht aber als selbstverständlich vorausgesetzt werden darf.

[18]) Siehe die (vom Generalprocurator *Glaser* vertretene) Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes zu der Entscheidung des Cassationshofes vom 15. Mai 1834, Z. 3233, Nr. 639 der Sammlung (VII. Bd., S. 98 f.). — Daß es dem Privatankläger nicht zusteht, die objective Verfolgung nach § 493 zu beantragen, während § 492 auch im Privatanklageverfahren Anwendung findet, ist für den im Texte (sub B) eingehaltenen Gedankengang belanglos.

tretene) Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes erkannt, daß bei derartigen Mittheilungen auch das objective Verfahren nicht platzgreife [19]).

Auch beim Antrag des Betheiligten haben wir es, dem Gesagten zufolge, mit einer vom Gesetze in abstracto aufgestellten, also mit einer rechtlichen und nicht blos factischen Voraussetzung der Verfolgung überhaupt (und nicht blos der *Strafverhängung*) zu thun, und von dieser Voraussetzung dürfen wir ohne ausdrückliche Ermächtigung des Gesetzgebers auch bei der durch das *Proceßgesetz* von 1862 neu eingeführten Spielart der Verfolgung schon deshalb nicht absehen, weil er dieselbe — sei es nun auch vielleicht gegen die Natur der Sache — im Gesetze über das *materielle* Strafrecht aufgestellt hat. Nun liegt es allerdings für den österreichischen Juristen nahe, letzteres zu übersehen und sich daran zu halten, daß die Antragstellung lediglich eine *processuale* Geltendmachung eines ohnehin bereits nach dem Strafgesetze begründeten Rechtsanspruches darstelle: im Systeme unseres geltenden Rechtes fehlen ja — im Gegensatze zu dem vom deutschen Rechte und von unserem Strafgesetzentwurf adoptirten Systeme — gänzlich die *Antragsdelicte im engeren Sinne*, bei denen nach Stellung des Strafantrages seitens des Verletzten die Verfolgung vom Staatsanwalt ex officio betrieben wird [20]), und es kommt vielmehr „wegen Handlungen, *die nach den Strafgesetzen* nur auf Begehren eines Betheiligten verfolgt werden können", stets „diesem die Anstellung der Privatanklage zu" (§ 2 St. P. O., übereinstimmend § 46). So ist es zu erklären, daß bei uns gewöhnlich derselbe Act des beleidigten Privaten (die schriftliche oder protokollarische „Klage" desselben), einerseits erst eine zur Verfolgbarkeit des angezeigten Delictes nach unserem *materiellen Strafgesetze* noch ausständige *Vorbedingung* (den Antrag auf Bestrafung) setzt, anderseits aber auch bereits die gerichtliche Verfolgung selbst einleitet, dem Beleidigten die *processuale* Stellung des Anklägers verschafft. *Begrifflich* aber und im Sinne des Gesetzes sind beide Momente auch de lege lata zu scheiden und es würde diese Scheidung sofort auch *äußerlich* hervortreten, sobald durch eine Aenderung des *Proceßrechtes*

[19]) Siehe die in Anm. 4 citirte Entscheidung und den Vortrag des Generalprocurators zu derselben.

[20]) Eben weil es solche nach geltendem österr. Rechte nicht gibt, kann bei Darstellung des letzteren der Ausdruck „*Antragsdelict*" ohne weiteren Zusatz jedenfalls nur *im weiteren Sinne* aufgefaßt werden, in welchem er auch in der deutschen Literatur seit *Wächter* (Sächsisches Strafrecht S. 80) eingebürgert ist. Hienach ist Antragsdelict — im Gegensatze zum Officialdelict — die nur über Begehren eines betheiligten Privaten strafbare Handlung, ohne Rücksicht darauf, ob als Ankläger dieser Private oder der Staatsanwalt aufzutreten hat. Da nun nach unserem geltenden Rechte (§ 2 St. P. O.) alle Antragsdelicte gleichzeitig Privatanklagedelicte („Privatdelicte") sind, so ist es auch unschädlich, beide Ausdrücke als gleichbedeutend zu gebrauchen und den Officialdelicten gegenüberzustellen. *Zistler's* Bemänglung dieser auch vom Wiener Oberlandesgerichte angewendeten Terminologie ist demnach unberechtigt.

(der §§ 2 und 46 St. P. O.) auch bei den im § 530 St. G. bezeichneten Delicten der Staatsanwaltschaft proprio nomine die Anklagerolle zugewiesen oder bei denselben der Anklageproceß gänzlich abgeschafft würde. Die Bestimmungen des materiellen Strafgesetzes (§§ 530, 495 ꝛc.) brauchten durch eine solche Aenderung nicht berührt zu werden. —

So entschieden wir auch de lege lata der Staatsanwaltschaft wie dem Gerichte eine Cognition darüber, ob das öffentliche Interesse ein Verbot der weiteren Verbreitung von Druckschriften, welche den Thatbestand eines Privatdelictes begründen, verwehren, so müssen wir doch Lammasch Recht geben, wenn er betont, daß auch bei der Verfolgung der Antragsdelicte das öffentliche Interesse[21] berührt ist, wie schon in der Androhung öffentlicher Strafen sich zeige[22]. Allein der Gesetzgeber hat, indem er die Verfolgung dieser strafbaren Handlungen durch § 2 St. P. O. dem Privatankläger zuwies und diesen im § 493 nicht berücksichtigte, ein öffentliches Interesse an sachlicher Repression, an Verhängung strafrechtlicher Nebenfolgen ohne gleichzeitige Verfolgung einer bestimmten Person bei diesen Delicten nicht anerkannt. Er hat ferner auch, bezüglich der subjectiven wie objectiven Verfolgung derselben, indem er die Anwendung der von ihm angedrohten Strafen und strafähnlichen Nachtheile von dem Antrage des Betheiligten abhängig machte, das öffentliche Interesse gemessen an dem Privatinteresse, welches der Verletzte an der Verfolgung hat: — sei es nun, daß der Gesetzgeber einem solchen Delicte eine verhältnißmäßig geringere Bedeutung beigelegt und darum eine Verfolgung desselben ohne ausdrückliches Begehren des Betheiligten für entbehrlich erachtet hat, oder daß er ihm zwar eine größere Bedeutung beigemessen, jedoch eine Verfolgung wider Willen des Verletzten als nachtheilig (für den Frieden der Familie z. B.) gehalten hat. Die dem Verletzten in beiden Fällen gezollte Rücksicht kann nun allerdings — dies ist nicht zu verkennen — in anderer Richtung auch eine Schädigung desselben thatsächlich herbeiführen, indem durch das

[21]) Ich brauche wohl im Hinblick auf das auf Seite 8 ff. Gesagte nicht mehr ausdrücklich hervorzuheben, daß hier der Gebrauch der Worte „im öffentlichen Interesse" in §§ 493 und 487 St. P. O. nicht in Betracht kommt.

[22]) Es ist daher auch der Ausdruck „Privatdelict" als Bezeichnung des durch Privatanklage zu verfolgenden Antragsdelictes eine ungenaue Vereinfachung des Wortes „Privatanklagedelict". Diese Ungenauigkeit ist aber doch wohl unschädlich, weil bei Behandlung des modernen Strafrechtes oder Strafproceßrechtes eine Verwechslung mit jenen Delicten, die nur mit Privatstrafen bedroht sind, den eigentlichen Privatdelicten, nicht leicht eintreten kann. Denn letztere gehören gar nicht dem öffentlichen Strafrechte, sondern dem Privatstrafrechte an, welches ein Theil des Civilrechtes ist (siehe z. B. § 121 a. b. G. B.), und spielen im heutigen Rechte nur mehr eine untergeordnete und bestrittene Rolle.

Abwarten seines Antrages das rasche Eingreifen und hiemit auch der sichere Erfolg der behördlichen Action gefährdet wird. Ja es können die hiedurch bewirkten Nachtheile bei gewissen Arten von strafbaren Handlungen, bei denen schon im vorhinein (noch vor der Antragstellung) erkennbar ist, daß ihre Repression in der überwiegenden Mehrzahl der Einzelfälle dem Willen des Betheiligten entspricht, und, insoweit dies zutrifft, auch in hohem Maß im öffentlichen Interesse gelegen ist, sich weit empfindlicher fühlbar machen, als die dem Verletzten durch das Erforderniß seines Antrages erwachsenden Vortheile. Immer aber unterliegt es der Entscheidung des Gesetzgebers, ob diese Voraussetzungen bei einer bestimmten Delictsart zutreffen, ob er dieselbe demnach jenen strafbaren Handlungen einzureihen hat, deren (subjective, wie objective) Verfolgung er unabhängig von einer ausdrücklichen, auf Verfolgung gerichteten Willensäußerung des betheiligten Privaten als im öffentlichen Interesse gelegen erachtet. Diese Entscheidung hat der Gesetzgeber bei uns im materiellen Strafgesetze getroffen und darum ist auch nur durch Aenderung des letzteren einem etwaigen Bedürfnisse nach Verfolgung gewisser Kategorien von Ehrenbeleidigungen ohne Begehren des Verletzten abzuhelfen[23]).

Daß unsere Gesetzgebung auch noch nach 1852 dies klar erkannt hat, zeigt Art. V der Strafgesetznovelle vom 17. December 1862. Aus den bezüglichen parlamentarischen Verhandlungen ergibt sich, daß man durch diesen Artikel gewisse Kategorien von Ehrenbeleidigungen der amtswegigen Verfolgung ohne Antrag des Beleidigten in der Absicht überwies, um einem Bedürfnisse Rechnung zu tragen, welches bei der gleichzeitig erfolgenden Abschaffung der administrativen Präventiv- und Einführung des gerichtlichen Repressivverfahrens in Preßsachen empfunden wurde. Da nämlich in Folge dieser Umgestaltung der Preßgesetzgebung den Mißbräuchen der Presse nur mehr durch Erweiterung des strafrechtlichen Schutzes entgegengearbeitet werden konnte, wurde eine eigene Bestimmung des angedeuteten Inhaltes in die Strafgesetznovelle und nicht in das gleichzeitig erlassene Gesetz über das Verfahren in Preßsachen eingeschaltet. Und Niemand dachte damals daran, daß es einer solchen Aenderung des Strafgesetzes (der §§ 530 und 495) nur bedürfe, um die subjective Repression auch ohne Antrag des Betheiligten eintreten zu lassen, daß es hingegen zur Ermöglichung der objectiven Repression ohne solchen Antrag einer Aenderung des Strafgesetzes nicht erst bedürfe.

So wurde eine Gruppe von Injurien, so wurden insbesondere die „Amtsehrenbeleidigungen" durch Absatz 1 des Art. V der Strafgesetz-

[23]) Die Zulassung des objectiven Verfahrens auf Antrag des Betheiligten kann hiegegen, ohne Aenderung des materiellen Rechtes, durch Modification des § 493 oder des § 2 St. P. O., also dadurch bewirkt werden, daß dem Privatankläger auch die objective Verfolgung eingeräumt oder das Privatanklagedelict in ein Antragsdelict im engeren Sinne verwandelt wird.

novelle für die objective, wie subjective Verfolgung von dem Willen des Betheiligten ganz unabhängig gestellt, und gleichzeitig deren Verfolgung dem Staatsanwalt zur Pflicht gemacht. Eine weitere Gruppe, insbesondere gewisse „Beamtenbeleidigungen" wurden durch einen mühsam zu Stande gebrachten Compromiß, welchem die Absätze 3 bis 5 des gleichen Artikels ihre Entstehung verdanken, gleichfalls der amtswegigen Verfolgung überlassen, jedoch nur facultativ und nicht gegen den Willen des Beleidigten, dessen Zustimmung der Staatsanwalt sich in diesen Fällen vorläufig zu versichern hat. Es liegt indessen dem Erfordernisse dieser Zustimmung oder Ermächtigung — welche unwiderruflich ist, und auf welche auch die Bestimmung des § 530 St. G. über die Verzeihung keine Anwendung findet[24]) — nicht etwa eine Rücksichtnahme auf das Privatinteresse des Beleidigten zu Grunde. Dieser hat hier seine Entschließung nicht nach freier Willkür zu fassen, sondern im öffentlichen Interesse zu erwägen, ob seine Amtswürde eine Bestrafung erheischt, oder ihr etwa eine anderweitige Sühne genügt. Hier handelt er als öffentliches Organ, wie sich schon daraus ergibt, daß seine Zustimmung durch die „des Vorgesetzten, oder der nächst höheren Behörde" ersetzt werden kann. Während sonst die Wahrung des öffentlichen Interesses im Strafprocesse (innerhalb der gesetzlichen Schranken) nur der Staatsanwaltschaft (beziehungsweise der ihr vorgesetzten Justizverwaltung) zukommt (§ 30 St. P. O.) ist hier — und darin besteht eben die Eigenthümlichkeit des Ermächtigungsdelictes gegenüber den übrigen Officialdelicten — die Mitwirkung an der Entscheidung[25]) der Frage, ob im einzelnen Falle das öffentliche Interesse die Verfolgung erfordert, einem anderen öffentlichen Organe zugewiesen. Mit Zustimmung des letzteren ist jedoch der Staatsanwalt auch hier legitimirt, selbst als Ankläger (und nicht blos als Vertreter des Anklägers) aufzutreten und es steht daher auch der Einleitung des objectiven Verfahrens hier kein Hinderniß mehr im Wege.

II. Die Beleidigung eines fremden Staatsoberhauptes als Gesetzgebungsfrage.

Es fragt sich nun, ob ein Bedürfniß bestehe, auch die Beleidigung fremder Souveräne durch eine Strafgesetznovelle nach dem Vorbilde jener vom 17. December 1862 zu einem Officialdelicte oder wenigstens zu

[24]) Siehe die Plenarentscheidung des Cassationshofes vom 22. Juni 1882, Z. 1047, Nr. 462 der Sammlung, und die ihr zu Grunde liegende Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes.

[25]) Im Falle des Abs. 2 — welcher eine Mittelstufe zwischen den übrigen in Abs. 1 und den in Abs. 3 des Art. V der Novelle vorgesehenen Fällen darstellt — kommt jenem Organe (dem Kriegsminister) sogar die Alleinentscheidung zu, indem hier für den Staatsanwalt eine unbedingte, nur durch das Erforderniß der Ermächtigung eingeschränkte Verfolgungspflicht besteht. Nach Abs. 3 hingegen hat auch der Staatsanwalt die Opportunität der Verfolgung zu prüfen und, wo er sie verneint, gar nicht erst die Zustimmung einzuholen.

einem Ermächtigungsdelicte zu erklären. Ein solches Bedürfniß wurde bei der bisherigen publicistischen Erörterung des der Entscheidung des Wiener Oberlandesgerichtes zu Grunde liegenden Rechtsfalles allseitig anerkannt. Dennoch glauben wir, daß diese Frage einer näheren Prüfung bedarf. Denn die Aufgabe, welche hier an die Gesetzgebung herantritt, deckt sich keineswegs mit jener, welche der Justizverwaltung erwächst, wenn sie, von der hier bekämpften Auffassung des § 493 St. P. O. ausgehend, zu entscheiden hat, ob das „öffentliche Interesse" die Beschlagnahme einer gewissen Kategorie beleidigender Druckschriften erheische. Es ist nämlich vollkommen vereinbar, die bejahende Beantwortung dieser Frage durch die Justizverwaltung zu billigen und dennoch zu negiren, daß das öffentliche Interesse hier ein so weitgehendes sei, daß ihm selbst um den Preis einer Aenderung unserer Gesetzgebung genügt werden müsse. Die Verweigerung eines vermeintlich nach unseren Gesetzen zulässigen Schutzmittels wird der Regierung eines befreundeten Staates auch schon unter solchen Umständen verletzend erscheinen müssen, wo sie noch keineswegs eine Aenderung derselben behufs Herbeiführung dieses Schutzes gewärtigt. Soviel steht indessen jedenfalls fest, daß wir an unsere Gesetzgebung die Anforderung nach energischem Rechtsschutze gegen öffentliche Angriffe auf die Ehre fremder Staatsoberhäupter, sowie auch ihrer diplomatischen Vertreter mindestens unter Voraussetzung der Reciprocität thatsächlich zu stellen haben, wie besonders Lammasch in seiner ausgezeichneten Abhandlung: „Ueber politische Verbrechen gegen fremde Staaten"[26]) gezeigt hat. Das gemeinsame Interesse der Culturvölker an der Aufrechterhaltung der Autorität ihrer Regierungen führt ebenso wie das einseitige Interesse unseres Staates, sein Oberhaupt auch im Auslande gegenüber Beleidigungen geschützt zu sehen, zu dieser Forderung. Es bedarf also nur noch die Frage einer reiflichen Erwägung, ob derselben nicht bereits durch den weitgefaßten Thatbestand des § 491 St. G., sowie durch den strengen Strafsatz des § 493 St. G. in Verbindung mit den in § 494 lit. a St. G. bezeichneten besonderen Erschwerungsumstand entsprochen ist, und ob es insbesondere erforderlich ist, von dem Strafantrage des auswärtigen Souveräns abzusehen und das objective Verfahren in Preßsachen hier zu ermöglichen.

Was zunächst die subjective Verfolgung anbelangt, so muß uns die Erscheinung auffallen, daß nach den Gesetzen anderer Staaten die Beleidigung auswärtiger Souveräne einer eigenen Strafsanction unterworfen, gleichzeitig jedoch zur Verfolgung der Strafantrag derselben oder ihrer Regierungen erfordert wird. Dies gilt selbst von dem deutschen Reichs-Strafgesetzbuche (§ 103), welches in ungewöhnlich weitem Ausmaße „feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten" mit Strafe bedroht, und von dem hier dem Muster des deutschen Gesetzes folgenden österreichischen Strafgesetz-

[26]) Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft. III. Bd. (1883) S. 426 ff. Vergl. übrigens den ganzen V. Abschnitt, sowie auch die Abschnitte I und II der Arbeit Lammasch's (S. 377 ff.) zu den im Texte nachfolgenden Ausführungen.

entwurfe von 1881 (§ 111). Und auch von unserem geltenden Rechte läßt sich keineswegs behaupten, daß bei seiner Abfassung übersehen worden sei, die fraglichen Fälle der Ehrenbeleidigung besonders zu berücksichtigen. Unser Strafgesetz bezeichnet es ja ausdrücklich als einen besonderen Erschwerungsumstand, wenn die Beleidigung „gegen das Oberhaupt oder einen mit öffentlichem Charakter bekleideten Vertreter eines mit dem österreichischen Kaiserstaate in anerkannt völkerrechtlichem Verkehre stehenden Staates ..... begangen wurde“ (§ 494 lit. a), ohne daß es jedoch für nothwendig befunden hätte, hier das in § 495 St. G. aufgestellte Princip des Strafantrages zu durchbrechen. Und als man 1862 anläßlich der Einführung des noch heute geltenden Systems der Preßgesetzgebung daran ging, von diesem Principe für einzelne Gattungen von Beleidigten Ausnahmen zu statuiren, da wurde von keiner Seite angeregt, auch die im § 494 lit. a St. G. bezeichneten Personen dem Gebiete der Regel zu entziehen. Da nun weder in anderen Staaten, noch bei uns bis in die jüngste Zeit die Verfolgung dieser Beleidigungen auf Antrag für unzureichend gehalten wurde, so liegt es wohl nahe, sich auch in Zukunft hiemit zu begnügen, zumal die Regierung die Staatsanwaltschaften anweisen kann, in solchen Fällen jedesmal gemäß § 46 St. P. O. die Vertretung des auswärtigen Staatsoberhauptes auf seinen, beziehungsweise seines diplomatischen Vertreters Wunsch zu übernehmen. Dies dürfte man wohl auch allseits bezüglich der subjectiven Verfolgung für genügend erachten. Allein man wird mit Recht darauf hinweisen, daß dann noch immer (nach der hier vertretenen Rechtsanschauung) das objective Verfahren und die vorläufige polizeiliche Beschlagnahme ausgeschlossen bleiben, daß aber gerade in Beleidigungsfällen der auswärtigen Regierung an der Inhibition der Weiterverbreitung mehr gelegen sein wird, als an der Bestrafung des Thäters, ja daß sie vor der Erwirkung der letzteren vielfach schon durch die Befürchtung abgehalten werden wird, es könne der Autorität ihres Souveräns mittelst der üblichen Durchführung eines Wahrheitsbeweises im Injurienprocesse viel mehr nahegetreten werden, als durch die Beleidigung selbst. Der letztere Einwand kann zunächst nur dahin führen, die exceptio veritatis bei Beleidigungen dieser Art gesetzlich auszuschließen — eine Forderung, die Lammasch[27]) mit vollem Rechte aufgestellt hat. Wird dieser Forderung Rechnung getragen, so braucht die auswärtige Regierung wohl auch bei uns den Weg der subjectiven Verfolgung, der in anderen Ländern oft genug betreten wurde, nicht mehr bedenklich zu finden. Immerhin steht aber dann noch in Frage, ob wir in der Unterstützung befreundeter Staaten (in deren eigenen Machtbereich ja die Unterdrückung der Druckschriften in ihrem Territorium fällt) so weit gehen sollen, daß wir auch in den Fällen, wo Niemand subjectiv verantwortlich gemacht werden kann, mit einem Verbote der Weiterverbreitung vorgehen und in allen

[27]) a. a. O. S. 434.

Fällen (ungleich der deutschen Gesetzgebung, nach welcher diese Maßregel bei den fraglichen Delicten, wie auch bei der Mehrzahl der übrigen, zufolge § 23 Reichs-Preßgesetz unzulässig ist) sicherheitsbehördliche Confiscation ohne vorangehenden Antrag der betheiligten Macht zulassen? Die letztere hat hier wohl weniger Interesse daran, daß der Verbreitung der Druckschrift innerhalb unseres Territoriums Einhalt geboten, als daß von vornherein die Möglichkeit einer Einschmuggelung derselben in ihr Gebiet abgeschnitten werde. In letzter Linie also ist unser Problem auf die beiden Fragen zurückzuführen, ob es angemessen ist, das eben bezeichnete Interesse zu unterstützen und ob es einer solchen Unterstützung bedarf, um einer ernstlichen Trübung unserer Beziehungen zu befreundeten Staaten vorzubeugen?

Die Beantwortung dieser Fragen hängt von Voraussetzungen ab, die nicht alle unserer Kenntniß und Beurtheilung zugänglich sind und zu einer Erörterung an dieser Stelle sich eignen. Wir müssen uns daher damit begnügen, einerseits diese Fragen als die entscheidenden aufgezeigt zu haben und andererseits nunmehr unter der Supposition einer bejahenden Beantwortung derselben Inhalt und Umfang der erforderlichen Aenderung unserer Gesetzgebung klarzulegen.

Wenn man sich dafür entscheidet, die polizeiliche Beschlagnahme und das objective Verfahren bei Angriffen wider die Ehre fremder Staatsoberhäupter und diplomatischer Vertreter einzuführen, so wird es am besten sein, mit dem Grundsatze des Strafantrages, sowie mit jenem der Ermächtigung bei den nach § 493 oder auch nur § 496 St. G. strafbaren Beleidigungen dieser Gattung unter gewissen Voraussetzungen ganz zu brechen. Für die polizeiliche Confiscation in Preßsachen wird der Staatsanwalt jedenfalls den Antrag oder die Ermächtigung nicht rechtzeitig erlangen können. Zur Initiative in der Hauptsache könnte er allerdings verhalten werden, die Ermächtigung der in Wien accreditirten diplomatischen Vertretung, sofern eine solche besteht, einzuholen. Allein dies wird innerhalb der in § 490 St. P. O. normirten achttägigen oder einer etwas verlängerten Frist nicht leicht durchführbar sein, wenn man dem Staatsanwalte aus naheliegenden Gründen den unmittelbaren Verkehr mit Organen der auswärtigen Macht versagen und ihn auf den diplomatischen Weg verweisen will. Es müßte daher mindestens für das objective Verfahren und für die vorläufige Confiscation von dem Erfordernisse des Antrages oder der Ermächtigung abgesehen werden. Nun fragt es sich, ob genügende Gründe dafür vorliegen, hier ausnahmsweise eine Verschiedenheit gegenüber der subjectiven Verfolgung zu statuiren und für diese an jenem Erfordernisse noch festzuhalten?

Von welchem Gesichtspunkte wären hier die Beibehaltung des Strafantrages oder die Einführung der Ermächtigung zu rechtfertigen?

Was zunächst die letztere anbelangt, so trifft überhaupt der oben für dieselbe im Sinne der Novelle von 1862 entwickelte Gesichtspunkt einer auswärtigen Regierung gegenüber nicht zu; denn diese kann ja doch gewiß

nicht als ein mit der Wahrung des öffentlichen Interesses unseres Staates zu betrauendes Organ angesehen werden. Der Strafantrag aber soll überhaupt nur verhüten, daß eine Verfolgung stattfinde, wo nicht auch der Verletzte an derselben ein Interesse hat. Nun wird es allerdings leicht vorkommen können, daß ein fremder Staat wegen seiner geographischen Lage und seiner thatsächlichen geringen Beziehungen zu unserer Monarchie wenig Werth auf criminellen Schutz bei uns legt oder daß ihm in Folge abweichender Anschauungen über Ehrverletzungen wenigstens unter gewissen Voraussetzungen an deren Verfolgung nichts gelegen ist. Um nun unter solchen Verhältnissen die Verfolgung — und zwar auch die objective — auszuschließen, bedarf es immer noch nicht der Beibehaltung des Strafantrages, genügt es vielmehr, die Bedingung der Reciprocität aufzustellen, die wir — nach dem Vorbilde des deutschen Reichs-Strafgesetzes (§ 103) und unseres Entwurfes (§ 111)[28]) — ohnehin schon zu dem Zwecke verlangen sollten, um unserem Souveräne im Ausland den gleichen Rechtsschutz zu sichern, den dieses für sein Oberhaupt bei uns zu finden wünscht. Ein Staat, der auf solchen Schutz überhaupt oder doch unter gewissen Voraussetzungen kein Gewicht legt, wird uns auch gar nicht oder doch nicht unbeschränkt Gegenseitigkeit zusichern. Sollte aber eine Reciprocität gewährende Regierung (trotz Ausschließung des Wahrheitsbeweises) in einem einzelnen Falle die öffentliche Verhandlung zu vermeiden wünschen, so wird ein diesbezüglich geäußerter Wunsch gewiß seitens der Justizverwaltung nicht unberücksichtigt bleiben, sofern ihr nur nicht die amtswegige Verfolgung gesetzlich zur absoluten Pflicht gemacht und vielmehr ihrem Ermessen es anheimgegeben wird, ob im einzelnen Falle das öffentliche Interesse eine solche erheischt oder nicht[29]). Und einen solchen freien Spielraum müssen wir schon aus anderen Gründen hier für die Regierungsorgane fordern: nicht nur aus Rücksicht auf die auswärtige Regierung, sondern auch in Hinblick auf jene Fälle, wo unsere Interessen mit den ihren collidiren. Können ja doch auch ohne Abbruch der diplomatischen Beziehungen Verhältnisse eintreten, unter welchen unsere Regierung es für angezeigt erachten dürfte, nicht gegen jede den objectiven Thatbestand der Ehrenbeleidigung eines auswärtigen Staatsoberhauptes darstellende Druckschrift ex officio einzuschreiten. . . . .

[28]) Vergl. auch § 66 unseres geltenden Strafgesetzbuches. — Die Reciprocität wird von dem deutschen Gesetze (§ 104) und unserem Entwurfe (§ 112) für die Gesandtenbeleidigung nicht erfordert. Obwohl ich dies für begründet erachte, habe ich bei Formulirung einer Novelle, die ja nur einem zunächst hinsichtlich der Beleidigung von Souveränen hervorgetretenen Bedürfnisse genügen soll, nicht erst eine Verschiedenheit beider Fälle vorschlagen zu sollen geglaubt.

[29]) Die Einräumung eines derartigen Ermessens wird auch nicht die auswärtige Regierung von der Gewährung der Reciprocität abhalten. Denn sie kann ja einerseits auch bei dem Bestande eines solchen Gesetzes in jedem einzelnen Falle von unserer Regierung verlangen, daß sie von demselben Gebrauch mache; sie kann anderseits auch in gleicher Weise uns gegenüber das Opportunitätsprincip einführen.

Solche Verhältnisse zu beurtheilen, sind allerdings die einzelnen Staatsanwälte nicht immer in der Lage, da ihnen der Einblick in die wechselnden Phasen der äußeren Politik fehlt. Dennoch geht es wohl nicht an, die Verfolgung an eine Ermächtigung des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten zu fesseln. Bezüglich der provisorischen Beschlagnahme fehlt für die Einholung auch dieser Ermächtigung die Zeit. Es wird indessen wohl rathsam sein, auch die weitere Verfolgung der Verantwortlichkeit des Staatsanwaltes zu überlassen, und die Leitung der auswärtigen Angelegenheiten nicht in die Nothwendigkeit zu versetzen, jede einzelne Verfolgung und Nichtverfolgung dem Auslande gegenüber als ihr Werk anerkennen zu müssen. Dies aber wäre der Fall, wenn die Einholung einer Ermächtigung oder auch nur eine Anzeigepflicht dem Staatsanwalte durch das Gesetz vorgeschrieben würde. Durch vertrauliche Instructionen könnte hingegen unter gewissen Verhältnissen der Staatsanwalt angewiesen werden, soweit nicht Gefahr am Verzuge haftet, im vorhinein höhere Weisungen einzuholen oder doch von der Einleitung der Verfolgung sofort Anzeige zu erstatten und einem allfällig der Dringlichkeit wegen unmittelbar vom auswärtigen Amte zukommenden Ersuchen um Rücktritt von der Verfolgung unverzüglich zu entsprechen.

Daß der Wahrheitsbeweis bei der Verfolgung der fraglichen Delicte durch den Staatsanwalt auszuschließen wäre, haben wir bereits früher erwähnt; doch wird man dies nur hinsichtlich der öffentlich und hinsichtlich der in Gegenwart des Verletzten verübten Beleidigungen thun dürfen, da die Rücksicht auf eine fremde Regierung nicht so weit gehen darf, die Mittheilung erweislich wahrer Thatsachen im Privatverkehre mit Strafe zu belegen. Bei nicht öffentlich und in Abwesenheit des Beleidigten vorgebrachten Injurien dürfte indessen überhaupt kein hinreichendes Bedürfniß für amtswegige Verfolgung bestehen, und es wird demnach eine Aenderung unserer Gesetzgebung auf diese Fälle sich nicht zu erstrecken haben.

Die in Aussicht genommene Strafgesetznovelle hätte dem Gesagten zufolge und in Anlehnung an Art. V, Abs. 3 und 5 jener vom 17. December 1862 etwa folgendermaßen zu lauten:

„Wegen der nach §§ 493 und 496 St. G. B. strafbaren Vergehen und Uebertretungen gegen die Sicherheit der Ehre, insoferne der Angriff auf eine der im § 489 St. G. B. bezeichneten Arten veröffentlicht oder in Gegenwart des Beleidigten verübt wurde, und insoferne derselbe gegen eine der im § 494 lit. a St. G. B. bezeichneten Personen gerichtet war, findet die gerichtliche Verfolgung nicht nur auf Verlangen des Beleidigten statt, sondern es kann der Staatsanwalt innerhalb der im § 530 St. G. B. bestimmten Frist im öffentlichen Interesse einschreiten, falls durch das Reichsgesetzblatt kundgemacht ist, daß der fremde Staat die Gegenseitigkeit verbürgt. Im Falle der Verfolgung durch den Staatsanwalt ist der Beschuldigte zum Beweise der Wahrheit seiner Angaben (§§ 490 und 491 St. G. B.) nicht zuzulassen.

Der auswärtigen Regierung steht jederzeit das Recht zu, sich der vom Staatsanwalt erhobenen Anklage anzuschließen."

Ein Gesetz vorstehenden Inhaltes, dessen Erlassung gewiß von selbst zur Folge hätte, daß für die in dasselbe nicht inbegriffenen Fälle das objective Verfahren in Preßsachen allseits nicht mehr als zulässig angesehen würde, wäre jedenfalls dem durch wiederholte Entscheidungen für den in Preßsachen wichtigsten Gerichtssprengel thatsächlich geschaffenen Rechtszustande weit vorzuziehen. Denn jenen Entscheidungen zufolge kann auch jede Beleidigung einer Privatperson die objective Verfolgung nach sich ziehen. Und doch ruht gerade bei den Injurien das Hauptgewicht der richterlichen Prüfung auf der subjectiven Seite der Verschuldung, vielfach auch auf der Führung des Wahrheitsbeweises. Was aber gehört im objectiven Verfahren, wo diese Voraussetzungen hinwegfallen, zum Thatbestande der Ehrenbeleidigung? Nicht mehr, als daß eine strafbare oder unehrenhafte Handlung (wenn sie auch nicht dem Privatleben angehört) mitgetheilt, daß irgend Jemand dem öffentlichen Spott ausgesetzt werde! Die einzige Remedur gegen schrankenlose Ausdehnung des objectiven Verfahrens bietet hier noch die Prüfung, ob das öffentliche Interesse im einzelnen Falle die Unterdrückung der strafbaren Handlung erheischt. Diese Prüfung aber kommt nach der Wortfügung der §§ 493 und 487, nach der Entstehungsgeschichte des ersteren [30]), nach der Norm des § 30 St. P. O., nach der grundsätzlich durch die Proceßordnung dem Richter und dem Staatsanwalt zugewiesenen Stellung nicht jenem, nur diesem zu — zumal der Staatsanwalt in kurzem Wege über die für die Interessenfrage maßgebenden Umstände von der Regierung informirt werden kann, dem Richter aber dieselben, falls sie nicht notorisch sind, nur im Wege eines förmlichen Beweisverfahrens amtlich vorgelegt werden könnten, und ein Beweis über Verhältnisse so heikler Natur in allen Fällen mißlich wäre, im objectiven Verfahren aber gesetzlich ausgeschlossen ist [31]).

So ist durch die Zulassung der objectiven Verfolgung von Privatinjurien den Staatsanwaltschaften eine gar gewaltige Waffe in die Hand gedrückt. Sollte diese Machtfülle sie nicht schließlich der Versuchung aussetzen, ein Sittenrichteramt im öffentlichen Interesse an sich zu ziehen, dessen Ausübung, wenn es auch den gewissenhaftesten Händen anvertraut ist, der Natur der Sache nach immer die Spuren wechselnder subjectiver Anschauungen an sich tragen muß und hiedurch jeder humoristischen und satyrischen Literatur die Lebensader unterbinden kann?

[30]) Siehe das oben (S. 8 ff.) über den ursprünglichen Text dieser Gesetzesstelle und die Gründe seiner Abänderung Gesagte.

[31]) Hier stimme ich sowohl mit Goldberger und —r— als auch mit Lammasch (in Nr. 51 der „Ger.-Ztg." ex 1887) überein, während allerdings die in den Tagesblättern publicirten Entscheidungsgründe des Wiener Oberlandesgerichtes auch die Frage des öffentlichen Interesses der gerichtlichen Ueberprüfung unterziehen.

c. 6

Das Protokoll

im

österreichischen Strafprocesse.

Theoretisch-praktische Anleitung

zur

Protokollführung im Strafprocesse.

Von

Carl Seefeld,

Gerichtsadjunct.

ODKAZ
PROF. DRA FRANTIŠKA STORCHA
UNIVERSITÉ MASARYKOVÉ

Wien 1886.

Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

Druck der k. Wiener Zeitung.

Dem Hochwohlgebornen

Herrn Gustav Ritter von Keller,

Vice-Präsidenten des k. k. österr. Oberlandesgerichtes, Comthur des Franz-Joseph-Ordens, Ritter des Leopold-Ordens und der Eisernen Krone III. Classe, Groß-Officier des italienischen Kronen-Ordens und des persischen Sonnen- und Löwen-Ordens II. Classe, Besitzer des ottomanischen Medschidje-Ordens III. Classe, Juris Doctor, Bürger der Stadt Wien, Vice-Präsidenten der judiciellen Staatsprüfungs-Commission, Vice-Präsidenten des Gefälls-Obergerichtes, Mitglied der Central-Commission zur Erforschung und Erhaltung der Kunst- und historischen Denkmale ꝛc. ꝛc.

ehrerbietigst

gewidmet

vom Verfasser.

Inhalts-Verzeichniß.

Seite

Vorwort 7

Erster Abschnitt.

Die Protokollführung im Allgemeinen.

§ 1. Begriff und Wesen des Protokolls 11
§ 2. Der Protokollführer 12
§ 3. Allgemeine Vorschriften über den Inhalt der Protokolle 16
§ 4 Allgemeine Vorschriften über die Form der Protokolle 18
§ 5. Eintheilung der Protokolle 20

Zweiter Abschnitt.

Die einzelnen Protokollsarten.

A. Protokolle vor dem Untersuchungsrichter.

§ 6. Allgemeine Vorschriften 20
§ 7. Protokolle über die Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten . . . 22
§ 8. Augenscheinsprotokolle 26

B. Protokolle über Hauptverhandlungen.

§ 9. a) Allgemeine Vorschriften für alle Hauptverhandlungsprotokolle 31
b) Besondere Vorschriften über:
§ 10. Hauptverhandlungsprotokolle vor dem Geschwornen- und vor dem Standgerichte 36
§ 11. Hauptverhandlungsprotokolle in Uebertretungsfällen 37
§ 12. c) Berathungsprotokolle 39
C. § 13. Sitzungsprotokolle 40
D. § 14. Verschiedene andere Protokolle 43

Vorwort.

Während die großen Principien- und Rechtsfragen unseres Strafprocesses in der Praxis und Literatur die eingehendste Erörterung finden, gibt es gewisse minder glänzende, anscheinend mehr die Technik, als die wissenschaftlichen Grundlagen des Verfahrens berührende Fragen, welchen nur selten und in sehr beschränktem Maße nähere Aufmerksamkeit gewidmet zu werden pflegt.

Unter den Fragen letzterer Art eine der zugleich wichtigsten und am wenigsten beachteten betrifft aber ohne Zweifel die Protokollführung im Strafprocesse. Diese hat durch das Vorherrschen des Princips der Mündlichkeit, so paradox dies auch auf den ersten Blick klingen mag, an Bedeutung nicht nur nichts verloren, sondern ist in Folge des Rechtsmittelsystems gerade im Gegentheile zu erhöhter Wichtigkeit, aber auch zu erhöhter Schwierigkeit gelangt. Die Aufgabe des Protokollführers ist gleichzeitig bedeutungsvoller und verantwortungsreicher geworden.

Zahlreich und ständig sind die Klagen über die Mangelhaftigkeit der Protokolle, über die weder dem Wortlaute, noch dem Geiste der Strafproceßordnung entsprechende Art, in welcher dieselben abgefaßt erscheinen.

In der Praxis selbst geschieht nicht viel, um die Qualität der Protokolle zu verbessern, um überhaupt die Protokollführung auf ein höheres Niveau zu bringen. Diese Aufgabe befindet sich großentheils — (bei den ländlichen Bezirksgerichten regelmäßig) — in Händen von Manipulationsbeamten, welche keinerlei Garantie für die befriedigende Durchführung

derselben bieten. Dort aber, wo die Protokollführung den allein hiezu berufen erscheinenden richterlichen Hilfsbeamten anvertraut ist, wird sie von Letzteren als ein lästiges, ihrer Stellung eigentlich unwürdiges Geschäft betrachtet, das man nur so nebenher behandeln und nicht rasch genug von sich abschütteln zu können glaubt. Ein eigentlicher Ausbildungs- oder Vorbereitungsdienst existirt bei uns nicht. Die von den höheren Instanzen (besonders von den Appellsenaten, die ja, abgesehen von den Staatsanwaltschaften, am meisten durch die Unzulänglichkeit und Schleuderhaftigkeit der Protokollführung in Mitleidenschaft gezogen sind) gemachten Ausstellungen und ertheilten Belehrungen bleiben gewöhnlich bei den Acten des betreffenden Falles für alle Zeiten begraben und gelangen nur in besonders eclatanten seltneren Fällen zu allgemeinerer Kenntniß. So sind denn die mit der Protokollführung betrauten Personen im großen Ganzen lediglich ihrer eigenen Einsicht und ihrem eigenen guten Willen überlassen, womit es, wie wir bereits angedeutet haben, durchschnittlich nicht eben zum Besten bestellt ist.

Auch die Literatur über diesen Gegenstand bietet nur eine sehr magere Ausbeute. In den Compendien und Commentaren[1]) zum Strafprocesse pflegt diese Frage nur ganz beiläufig und mit einigen Zeilen abgethan zu werden. Was darüber an zusammenhängenden, monographischen Arbeiten vorliegt, bezieht sich entweder auf Fälle specieller Art oder auf fremde Rechtsverhältnisse.

Unter solchen Umständen dürfte es vielleicht nicht überflüssig und unzweckmäßig erscheinen, wenn im Folgenden der Versuch unternommen wird, das Wesen und die Aufgaben der strafprocessualen Protokollführung an der Hand der Praxis und Literatur einer genaueren Betrachtung zu unterziehen, die diesfalls in Oesterreich geltenden Grundsätze und gesetzlichen Vorschriften in möglichster Uebersichtlichkeit systematisch zusammen-

[1]) Mit Ausnahme von Dr. S. Mayer's Commentar, welcher über diesen, wie über manch' anderen sonst stiefmütterlich behandelten Gegenstand reichhaltiges Materiale bietet, das wir dieser Darstellung vielfach zu Grunde gelegt haben.

zustellen und so eine kurzgefaßte, theoretisch-praktische Anleitung zum Zwecke der entsprechenden Durchführung dieses zu den unerläßlichen Voraussetzungen eines raschen und sicheren Strafverfahrens gehörigen Amtsgeschäftes zu liefern. Daß hiebei auch dem materiellen Inhalte der Protokolle einige Beachtung zu Theil werden muß, liegt in der Natur der Sache; denn die richtige und zweckentsprechende Abfassung der Protokolle ist in erster Linie von der genauen Kenntniß und Durchdringung der materiell-rechtlichen Bestimmungen des Gesetzes bedingt. Doch wird der Umfang der darauf bezüglichen Erörterungen, um nicht Zweck und Rahmen dieser Ausführungen in's Ungebührliche zu erweitern, auf das allernothwendigste Maß zu beschränken sein.

Schließlich erlaubt sich der Verfasser zu bemerken, daß er mit großem Danke alle Mittheilungen entgegennehmen und vorkommendenfalls benützen wird, welche ihm zur Ergänzung oder Berichtigung des Inhaltes dieser Abhandlung etwa freundlichst werden zur Verfügung gestellt werden.

Wien, im Juni 1886.

Der Verfasser.

Erster Abschnitt.

Die Protokollführung im Allgemeinen.

§ 1. Begriff und Wesen des Protokolls.[2]

Unter dem Ausdrucke „Protokoll" im weiteren Sinne versteht man jede in der vorgeschriebenen Form (wozu der Regel nach die Mitwirkung zweier Amtspersonen gehört) erfolgte amtliche Beurkundung eines amtlich festzustellenden Vorganges.

Im eigentlichen und technischen Sinne bedeutet jedoch der Ausdruck „Protokoll", ursprünglich der Name des den Gerichtsacten, die aus einzelnen Blättern (chartae, tabulae) bestanden, vorgehefteten Titelblattes, im späteren römischen und im heutigen Processe nur die von einer Gerichtsbehörde aufgenommene Urkunde, in welcher die Vorgänge einer Gerichtssitzung unmittelbar nach ihrem Eintritte und somit auch in chronologischer Reihenfolge verzeichnet werden.[3]

Verschieden von den an die Einhaltung bestimmter Formvorschriften gebundenen Protokollen sind die formlosen amtlichen Aufzeichnungen: Vermerke (Registraturen),[4] das sind Aufzeichnungen, die der Richter oder Gerichtsschreiber allein über zur Nachricht zu nehmende Vorfälle von geringerer Bedeutung macht und zu den Acten legt.[5]

Die geschichtliche Entwickelung des Strafprocesses[6] hat es mit sich gebracht, daß Wesen, Umfang und Bedeutung der Protokollführung sich im Laufe der Zeit gründlich geändert haben.

Im alten schriftlichen Inquisitionsprocesse, wo die Judicatur einzig und allein auf Grund des in den Acten niedergelegten Materials erfolgte, mußte naturgemäß das: „quod non in actis, non in mundo" als oberster leitender Grundsatz gelten und daher auf die möglichst voll-

---

[2]) Vgl. K. Wieding in Holtzendorff's „Rechtslexikon", 3. Auflage, III., S. 207, ferner: Schwarze in Weiske's „Rechtslexikon", VIII. Bd., S. 516 u. ff.

[3]) Sehr uneigentlich ist die analoge französische Bezeichnung: „procès-verbal", da sich dieser Ausdruck ursprünglich auf die mündlich erstatteten Berichte der Polizeibeamten bezog. S. Geyer's „Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafproceßrechtes". Leipzig 1880. (§ 75.)

[4]) Vgl. Glaser „Handbuch des Strafprocesses". Leipzig 1885. II. Bd., § 79.

[5]) S. § 452, Z. 7 St. P. O. und § 6 dieser Abhandlung.

[6]) Eine sehr gute und kurzgefaßte Uebersicht über diese Entwickelung und die bezügliche Literatur enthält der eben in 2. Auflage erschienene „Grundriß des deutschen Strafproceßrechtes". Von Dr. Carl Binding. (Leipzig 1886.) Siehe ferner: Glaser a. a. O.

ständige schriftliche Beurkundung aller strafprocessualen Vorgänge das höchste Gewicht gelegt werden. Daraus erklärt sich unter Anderem auch die bedeutsame Rolle, welche damals den sogenannten Geberdeprotokollen [7]) zufiel, worüber die peinliche Gerichtsordnung ausführliche Vorschriften enthält. [8])

Durch Einführung des heutigen reformirten Strafprocesses ist auch die Aufgabe der Protokollführung eine wesentlich andere geworden. Dem Wesen dieses Strafprocesses entsprechend, müssen auch in der Protokollführung zwei völlig verschiedene Stadien oder Kategorien hervorgehoben und streng auseinandergehalten werden: die Protokollführung im Untersuchungsverfahren und die Protokollführung im Hauptverfahren.

Da das erstere auch heute noch ein schriftliches ist, so werden für die Beurkundung in diesem Stadium die Grundsätze des alten schriftlichen Processes im Wesentlichen maßgebend sein. Die Beurkundung wird also einen materiellen Inhalt haben, welcher nach unserem Gesetze nur darin eine nicht außer Acht zu lassende Beschränkung findet, daß das Gesetz [9]) dem Untersuchungsverfahren (Vorerhebungen und Voruntersuchung) einen lediglich präparatorischen Charakter gewahrt wissen will.

Anders im Hauptverfahren. Da dasselbe mündlich ist und die Richter auf Grund ihrer eigenen Wahrnehmungen zu entscheiden haben, so hat sich das über die Hauptverhandlung geführte Protokoll vorwiegend mit dem äußeren Gange derselben zu befassen und wird daher hauptsächlich formell-rechtlichen Inhalt [10]) haben. Dieser Grundsatz erleidet nur insoferne eine Abschwächung und Abänderung, als der Instanzenzug berücksichtigt werden und daher actenmäßig auch schon jenes Material in der unteren Instanz festgestellt werden muß, welches die höhere Instanz sich selbst vorführen zu lassen nicht in der Lage ist.

§ 2. Der Protokollführer. [11])

Jedes gerichtliche Protokoll muß von einem richterlichen Beamten (in der Regel demjenigen, der die Amtshandlung vornimmt oder leitet) und

[7]) S. Zachariä „Handbuch des deutschen Strafprocesses". II., §§ 66 u. 67

[8]) Wenn man übrigens die Protokolle mancher unserer heutigen Untersuchungsrichter liest, so möchte man sich leicht dem Glauben zuneigen, daß sie noch immer unter dem Einflusse der CCC laboriren; anders wenigstens wäre es schwer, sich die übertriebene Bedeutung zu erklären, welche sie mitunter darin noch immer jenen für die Endentscheidung ja ganz gleichgiltigen Constatirungen von so überaus trügerischen äußerlichen Veränderungen (wie das Zittern, Erblassen, Erröthen des Beschuldigten u. dgl. m.) einräumen.

[9]) §§ 91, Al. 2, 111 St. P. O. Vergleiche hiezu § 7 dieser Abhandlung.

[10]) §§ 217, 343 St. P. O. Ausführlicheres darüber, sowie über Beweiskraft und Anfechtbarkeit der Protokolle s. unten in § 9 u. ff. dieser Abhandlung.

[11]) Vgl. Ullmann „Lehrbuch des österr. Strafproceßrechtes". 2. Aufl., § 40; Mittermaier: „Das deutsche Strafverfahren". I., S. 250 ff.

einem Protokoll- oder Schriftführer (auch Gerichtsschreiber, Actuar, Secretär, Protokollant, Greffier ꝛc.) aufgenommen und unterschrieben werden. Inwieweit in einzelnen Fällen die Zuziehung noch anderer Urkundspersonen (der Gerichtszeugen) vorgeschrieben ist, siehe unten bei § 6 dieser Abhandlung. Der Gerichtsschreiber [12]) (Actuarius) ist noch nach der P. G. O. das nothwendige (möglicherweise allein) schreibkundige Mitglied des Gerichtes, woraus sich der Umfang der ihm übertragenen Functionen und Pflichten erklärt. Insbesondere gehört dazu neben allen sogenannten Registraturgeschäften auch die Formulirung und Verfassung der Urtheile. Nach der späteren Praxis und Gesetzgebung, besonders im Inquisitionsprocesse, ist das Hauptgeschäft des Gerichtsschreibers blos die Führung des Protokolls, meistens unter Aufhebung jeder in den gemeinrechtlichen Gesetzen dabei bezweckten selbstständigen Garantie durch Verwendung seiner Mitwirkung in rein mechanischem Schreiberdienste.

Unser Strafproceß kennt auch nur einen mit der Protokollführung betrauten Schriftführer, [13]) welchem keinerlei anderweitige Kanzleidienste im Sinne der deutschen Gerichtsschreiberei obliegen.

Für die Protokollführer gelten dieselben Ausschließungs- und Ablehnungsgründe wie für die Richter. Der Protokollführer hat die Anzeige des Ausschließungsgrundes dem Richter, bei welchem er Protokoll führen soll, unverzüglich zu machen und sich von dem Zeitpunkte, in welchem ihm ein Ausschließungsgrund bekannt geworden, aller gerichtlichen Handlungen bei sonstiger Nichtigkeit dieser Acte zu enthalten. [14])

Jeder Schriftführer muß vor Ausübung seiner Functionen zur Führung der Protokolle beeidigt sein. [15])

Die Protokollführung wird bei uns entweder von Juristen (Rechtspraktikanten und Auscultanten) oder von Mitgliedern des Kanzleipersonales (Diurnisten) versehen. Im Entwurfe I und II der österr. Strafproceßordnung wurde die Befähigung zum Richteramte als Voraussetzung des Schriftführerdienstes bei Hauptverhandlungen aufgestellt, aber schon die Commissionsberathung vom Jahre 1861 ließ diese Bedingung

[12]) S. Zachariä a. a. O. I., § 39.

[13]) Daß demselben außer den manuellen, auch einige oratorische Functionen bei der Hauptverhandlung, als: Aufruf der Sache (§§ 239, 312 St. P. O.), der Zeugen und Sachverständigen (§ 314 St. P. O.), Verlesung der Anklageschrift (§§ 244, 314 St P. O.), Verkündigung des Verdictes der Geschwornen an den Angeklagten (§ 333 St. P. O.) ꝛc. obliegen, ändert nichts an dem Charakter seiner Mitwirkung.

[14]) §§ 67, 68, 70, 71 und 72 St. P. O.

[15]) § 23 St. P. O. Vgl. auch § 32 G. J.; doch ist der Schriftführereid an sich noch kein Beamteneid. Die Eidesformel für Rechtspraktikanten wurde mit Justizministerialerlaß vom 17. December 1854, Z. 13.240, für Auscultanten mit Justizministerialerlaß vom 19. September 1854, Z. 18.248, und für Kanzlisten und Diurnisten als Protokollführer mit Justizministerialerlaß vom 21. Juni 1855, Z. 25.120, vorgezeichnet.

wegen voraussichtlich zu großer praktischen Schwierigkeiten fallen. [16]) Nun werden zwar in der Praxis bei größeren, vor Collegialgerichten stattfindenden Hauptverhandlungen der Regel nach Auscultanten oder ältere Rechtspraktikanten als Schriftführer zugezogen; häufig aber reicht das Personale nicht aus und dann befindet sich dies Geschäft (was bei den vor dem Einzelrichter stattfindenden Verhandlungen die Regel bildet) in Händen von Neulingen oder rechtsunkundigen Personen, deren Thätigkeit für die Rechtspflege eher hemmend, als fördernd, ja mitunter recht gefahrbringend bezeichnet werden muß. Ein ebenso erfahrener, als scharfsinniger Richter und Schriftsteller hat daher schon bei Einbringung des heute geltenden Gesetzes seine Stimme gegen diese Ausdehnung des Schriftführeramtes in eindringlicher Weise — aber leider vergeblich — erhoben und haben seine Worte auch heute nichts an Triftigkeit und Stichhältigkeit verloren. „Wer häufig Gelegenheit hat" — schreibt Dr. Joseph v. Waser [17]) — „von den Verhandlungsprotokollen Einsicht zu nehmen, wird bestätigen, daß dieselben ebenso oberflächlich, als lückenhaft verfaßt werden und daß darin nicht selten Berufungen vorkommen, welche mit der Actenlage nicht übereinstimmen oder daß Correcturen und Ergänzungen von der Hand des Vorsitzenden nachträglich beigefügt werden. . . . Von einem Rechtspraktikanten und Diurnisten ist nicht das Verständniß und auch nicht die Gewandtheit zu erwarten, um den ganzen Vorgang bei der Hauptverhandlung mit allen Anträgen, Zwischenerkenntnissen, Aussagen der Zeugen und Sachverständigen zu fixiren, die entscheidenden Momente der Beweisführung zu skizziren, nöthigenfalls einen procès-verbal zu formuliren und dem ganzen Protokolle die fides publica zu sichern, welche es gegen nachträglich vorgebrachte Anfechtungen in Anspruch nehmen muß. Der Vorsitzende, dem es darum zu thun ist, eine mündliche Hauptverhandlung im Sinne und Geiste dieses Entwurfes zu leiten, ist nicht in der Lage, dem Schriftführer von Schritt zu Schritt zu folgen, ihn zu controliren oder durch eigenhändige Aufzeichnungen zu suppliren. Das Schriftführeramt soll daher rechtskundigen Händen anvertraut werden" ꝛc.

Wie weit die Verantwortlichkeit [18]) des Protokollführers für die Genauigkeit und Zweckmäßigkeit des von ihm Aufgenommenen nach unserem Gesetze zu reichen habe, ist eine nicht durchwegs leicht zu beantwortende Frage. Das Gesetz hat hierüber keine ausdrücklichen Bestimmungen getroffen. Doch liegt es im Begriffe und Zwecke der Protokollführung, daß alle möglichen Garantien vorhanden seien, damit dem Protokolle, als einer

[16]) Vgl. Dr. S. Mayer „Handbuch des österr. Strafproceßrechtes". I. Bd. Ad § 23 St. P. O.

[17]) S. „Allg. österr. Gerichts-Zeitung vom 5. Juli 1872, Nr. 54, „Zum Entwurfe einer neuen Strafproceßordnung".

[18]) Vgl. Dr. S. Mayer „Commentar" 1. Theil, Ad §§ 23 und 101 St. P. O., ferner: v. Schwarze, „Commentar zur deutschen Strafproceßordnung" (Berlin 1878), S. 217.

öffentlichen Urkunde von schwerwiegendster Bedeutung, der Charakter unbedingter Wahrheitstreue und Verläßlichkeit gesichert werde.

Es wird daher wohl keinem ernsten Zweifel begegnen, daß der Protokollführer für Dasjenige, was er auf Grund eigener Wahrnehmungen selbstständig, wenn auch unter Controle eines richterlichen Beamten, zu Protokoll nimmt (also vor Allem bezüglich der über Hauptverhandlungen aufgenommenen Protokolle), in ausgedehntester Weise haftet. Sollten in einem solchen Falle seine Wahrnehmungen von denen des leitenden Richters abweichen, so wird diese Differenz zur Wahrung seiner Verantwortlichkeit im Protokolle ersichtlich zu machen sein. [19])

Ein Zweifel kann in dieser Hinsicht nur rücksichtlich jener Protokolle bestehen, die er auf Grund richterlichen Dictates aufzunehmen hat, wie dies im Untersuchungsverfahren gesetzliche Vorschrift [20]) ist. Während nun nach der einen Ansicht in solchen Fällen die Verantwortlichkeit des Schriftführers sich ausschließlich darauf beschränkt, daß er das ihm Dictirte wortgetreu niederzuschreiben habe, was allein er mit seiner Unterschrift bestätige, dagegen ihn, schon vermöge seines Subordinationsverhältnisses zu dem Dictirenden, keinerlei weitergehende Verantwortlichkeit treffen könne, geht die andere Ansicht, zu welcher auch wir uns bekennen, dahin, daß eine solche Auffassung, welche den Protokollführer zur reinen Schreibmaschine degradirt, der Intention des Gesetzes zuwiderlaufen würde. Denn die Zuziehung des Protokollführers zur Aufnahme des Protokolles im Untersuchungsverfahren geschieht doch nicht lediglich deshalb, um den Untersuchungsrichter vom Schreibgeschäfte zu entlasten, sondern vor Allem zufolge des oben berührten Bestrebens der Gesetzgebung, das Verfahren gegen die Gefahr der Willkür und Ungenauigkeit zu schützen, weshalb ja auch zur Protokollsaufnahme in besonders wichtigen Fällen noch weitere Urkundspersonen (die Gerichtszeugen) zugezogen werden müssen. [21]) Wenn daher der Richter dem Protokollführer die Niederschrift offenbarer Unrichtigkeiten zumuthet, so muß Letzterem nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht zuerkannt werden, die Niederschrift abzulehnen und, wenn der Richter auf solcher bestehen sollte, der dem Richter vorgesetzten Behörde Mittheilung hievon zu machen. Dagegen vermögen wir nicht so weit zu gehen, wie Herr Dr. S. Mayer, welcher a. a. O. die Ansicht vertritt, daß der Protokollführer, wenn er begründete Bedenken gegen die Richtigkeit und Vollständigkeit des richterlichen Dictates hat, überhaupt verpflichtet ist, diese Bedenken, und zwar schon in Gegenwart des Abgehörten, zur Sprache zu bringen. Dieser Grundsatz nimmt sich in der Theorie recht hübsch aus; man erwäge aber, zu welchen widersinnigen und gefährlichen

[19]) Vgl. Hermann Meyer „Protokoll und Urtheil im Civil- und Strafprocesse" (Berlin 1885), S. 4.

[20]) § 104, Al. 4 St. P. O.

[21]) Dies geht u. A. auch daraus hervor, daß das Gesetz, wie z. B. in § 142 St. P. O., die Anwesenheit des Protokollführers bei der Amtshandlung und

Consequenzen die genaue Durchführung desselben in der Praxis führen würde. Wie kann man einem vielbeschäftigten Untersuchungsrichter zumuthen, daß er sich vielleicht über jeden von ihm dictirten Satz erst mit seinem Schriftführer, der nach Art mancher, eben dem Lehrzimmer entschlüpften jungen Herren gerne seine abweichenden Anschauungen zur Geltung zu bringen sucht, in eine langwierige Discussion einläßt und seine eigene Auffassung der Sachlage gleichsam vor ihm rechtfertigt?! Und das noch dazu in Gegenwart der Partei, die ja ohnehin nur zu rasch bereit ist, die Autorität des Gerichtes in Zweifel zu ziehen! Dies hieße wirklich einen an sich richtigen Grundsatz ad absurdum führen. Jedenfalls ist es bedauerlich, daß das Gesetz sich dieses Gegenstandes nicht bemächtigt hat; denn Fälle ähnlicher Art ereignen sich öfter, als der Außenstehende ahnt oder doch erfährt.

§ 3. Allgemeine Vorschriften über den Inhalt der Protokolle.

1. Die Protokolle müssen mit unbedingter Wahrheitstreue abgefaßt werden. — Daraus folgt, daß auch anscheinend gleichgiltige Incorrectheiten zu vermeiden sind. In dieser Beziehung werden die Schriftführer durch Benützung der gedruckten Formularien [22]) oft auf Abwege geführt, weil sie das auf den vorliegenden Fall nicht Passende im Formulare zu streichen oder abzuändern unterlassen, wie z. B. die Aussagen von Zeugen ad personalia, wenn sie vor der Beeidigung erfolgt und nachher nicht wiederholt sind, als Aussagen nach der Beeidigung hinstellen, weil es im Formulare so steht. Bisweilen sind die Protokollführer auch der Ansicht, es passe sich für sie nicht, einen etwa dem Vorsitzenden unterlaufenen Verstoß im Protokolle ersichtlich zu machen. Indessen ist aber das Protokoll gerade dazu da, etwa vorgekommene processuale Formfehler erkenntlich zu machen und die Rücksicht auf die fides publica muß alle anderen Rücksichten beiseite schieben und zum Schweigen bringen. [23])

2. Die Protokolle müssen den aufzunehmenden Vorgang mit größter Vollständigkeit und Genauigkeit wiedergeben.

Klagen über Lückenhaftigkeit und Flüchtigkeit der Protokollirung gehören bei den Staatsanwaltschaften und oberen Instanzen zu den ständigen Erscheinungen. Der gerügte Uebelstand macht sich um so empfindlicher geltend, als er diese Behörden fortwährend zur Veranlassung von Ergänzungen, ja mitunter zur gänzlichen Aufhebung des früheren Verfahrens nöthigt, was ohne Zweifel mit Rücksicht auf die geradezu als

nicht blos bei der Protokollsaufnahme vorschreibt und damit zu erkennen gibt, daß es in dem Protokollführer auch einen Zeugen der ersteren aufgestellt haben wollte.

[22]) Manche fremde Gesetzgebungen haben daher den Gebrauch solcher Formularien für Verhandlungsprotokolle mit Recht ausdrücklich untersagt; so in Frankreich („ne pourra être imprimé à l'avance").

[23]) Vgl. hierüber Hermann Meyer a. a. O. S. 2. — Siehe auch unten § 9 dieser Abhandlung.

Lebensbedingung eines guten Strafprocesses anzustrebende möglichste Raschheit und Sicherheit des Geschäftsganges ernstlich zu beklagen ist.

Was im einzelnen Falle in das Protokoll aufzunehmen ist, läßt sich natürlich im vorhinein nicht vorschreiben. Die Ansicht über das Maß des Aufzunehmenden kann eine sehr verschiedene sein. Festzuhalten bleibt aber unter allen Umständen der Grundsatz, daß, abgesehen von den gesetzlich vorgeschriebenen Requisiten, nichts Wesentliches im Protokolle fehlen darf. In der Erkenntniß dessen, was wesentlich ist, liegt aber die wichtigste Voraussetzung einer guten Protokollführung wie der Sinn dafür überhaupt m. E. die zugleich schätzbarste und nöthigste Eigenschaft eines Justizbeamten bildet. Dieser Sinn ist aber durchaus nicht so häufig entwickelt, als zu wünschen wäre, wie schon ein bloßer Blick in die Protokolle mancher Untersuchungsrichter [24]) lehrt, worin in endlosen Auseinandersetzungen für das Ergebniß der Untersuchung und die Klarstellung des Sachverhaltes ganz bedeutungslose Umstände aufgetischt werden, während die für diese Zwecke allein und in erster Linie entscheidenden Momente unerörtert und außer Acht gelassen bleiben. Wenn daher bei der Protokollführung nur jener wichtigste, oben aufgestellte Grundsatz streng beobachtet wird, so ist es im Weiteren ziemlich gleichgiltig, ob das Protokoll in Kürze und Bündigkeit oder in großer Ausführlichkeit abgefaßt ist. Je nach der Wichtigkeit, Complicirtheit, Schwierigkeit des Falles wird sich die Einhaltung der einen oder anderen Darstellungsweise mehr oder minder von selbst empfehlen. Nur möchten wir der Ansicht der Vertreter mancher weniger beschäftigten oder gut besetzten Gerichts- und Staatsbehörden entgegentreten, welche das Princip: „Superflua non nocent" als ganz allgemeine Richtschnur für die Protokollirung (zumal im Untersuchungsverfahren) festzuhalten pflegen. Hierin scheint uns denn doch eine kaum zu rechtfertigende Anweisung auf Verschwendung von Zeit und Arbeitskraft zu liegen, mit welchen kostbaren Gütern unter allen Umständen haushälterisch vorzugehen ist. [25])

3. Die Protokolle sind in klarer, einfacher Sprache abzufassen.

Complicirter Periodenbau, wie er in der amtlichen Stylistik nur zu sehr gang und gäbe ist, sowie überflüssiger Gebrauch von Fremdwör-

[24]) Vergl. hierüber auch die Bemerkungen Dr. Kosjek's in den Artikeln: „Zur Praxis der Strafproceßordnung vom 23. Mai 1873" („Gerichtshalle" Jahrgang 1878, Nr. 2 und 4), nach dessen Ansicht die Untersuchungsrichter noch vielfach „in den Anschauungen der St. P. O. vom Jahre 1853 befangen" sind.

[25]) So wird beispielsweise Niemand, ohne sich dem Vorwurfe ungerechtfertigter Pedanterie auszusetzen, ernstlich daran Anstoß nehmen können, wenn ein Untersuchungsrichter, welcher etwa 20 Zeugen eines Vorfalles, die denselben in vollkommen übereinstimmender Weise darstellen, zu vernehmen hat, sich damit begnügt, die Aussagen zweier oder dreier Zeugen umständlich zu Protokoll zu nehmen, in den Protokollen der Uebrigen jedoch (falls auf deren Vernehmung nicht überhaupt verzichtet wird), nach Aufnahme der Generalien blos die gänzliche Identität ihrer Aussagen mit den zuerst aufgenommenen, welche den Zeugen natürlich vorzulesen sind, constatirt.

tern wird daher zu vermeiden sein. Ebenso wenig werden Redewendungen am Platze sein, welche zu zweifelhafter Auffassung oder Auslegung Anlaß bieten, es käme denn im einzelnen Falle gerade auf die wortgetreue Wiedergabe solch' zweideutiger Aeußerungen an.

Näheres über diesen Punkt wird sich erst unten im besonderen Theile bei den einzelnen Arten der Protokolle sagen lassen.

§ 4. Allgemeine Vorschriften über die Form der Protokolle.[26])

Das Protokoll ist in der Gerichtssprache abzufassen. Wenn eine der zu vernehmenden Personen dieser nicht mächtig ist, so muß, der Regel nach, ein beeidigter Dolmetsch zugezogen werden. Näheres über Zuziehung und Verwendung des Dolmetsches siehe unten § 7 dieser Abhandlung.

Jedes Protokoll enthält an der Spitze, im sogenannten „Kopfe", die Bezeichnung des Gerichtes, welches die Amtshandlung vornimmt, das Datum (d. i. die Bezeichnung des Ortes, Jahres und Tages der Aufnahme), Veranlassung, Stunde des Beginnes der Amtshandlung und Bezeichnung der gegenwärtigen Personen. Die allgemeine Bezeichnung Letzterer als: „Die Gefertigten" oder dgl., mit welcher sich die Schriftführer öfters in der Eile begnügen, wurde mit Recht wiederholt ausgestellt, da aus den meist undeutlichen Unterschriften selten Name und Charakter der an der Protokollirung betheiligten Amtspersonen mit Sicherheit zu entnehmen und diese wichtigen Umstände nachträglich oft nicht mehr mit Verläßlichkeit festzustellen sind.

Mit welchen Unterschriften die Protokolle außer den regelmäßig vorgeschriebenen Unterschriften des leitenden Beamten und Schriftführers noch zu versehen sind, wird bei den einzelnen Protokollsarten zu bemerken sein.

Die Schlußbemerkungen: „Zur Beglaubigung", „in fidem", „actum ut supra" (a. u. s.) u. dgl. m., womit die Protokolle zur Erhöhung ihres feierlichen Aussehens geziert zu werden pflegen, sind vollkommen entbehrlich; ihre Hinzufügung schadet aber auch nichts und dient allenfalls zur deutlicheren Ersichtlichmachung der amtlichen Unterschriften.[27])

Besteht das Protokoll aus mehreren Bogen, so müssen diese sämmtlich mit einem Faden zusammengeheftet und die Enden des Fadens mit dem Gerichtssiegel befestigt werden.[28])

Die Protokolle über gerichtliche Verhandlungen werden gleich bei Vornahme derselben und, wo dies nicht thunlich ist, unmittelbar nachher

[26]) §§ 101, 104, 107, 163, 198, 271 St. P. O. § 13 Instruction für die Strafgerichte (J. M. Vdg. vom 16. Juni 1854, R. G. Bl. Nr. 165) und § 16 Vollzugsvorschrift zur Strafproceßordnung (J. M. Vdg. vom 19. November 1873).

[27]) Hermann Meyer a. a. O. (S. 7 und 8.)

[28]) Diese Manipulation ist selbstverständlich Sache des Protokollführers und nicht des die Amtshandlung leitenden Beamten und es ist daher unstatthaft, dem Letzteren, wie manche Schriftführer zu thun belieben, die losen Protokollsblätter vorzulegen.

aufgenommen. Oefters ist es nicht möglich, die Protokolle sofort aufzunehmen, wie z. B. bei langwierigen, an verschiedenen Punkten vorzunehmenden auswärtigen Amtshandlungen (Localaugenscheinen u. dgl.) oder bei complicirteren Hauptverhandlungen. Jedenfalls aber kann sowohl den Richtern, als den Protokollführern nicht eindringlich genug empfohlen werden, sich in derlei Fällen nicht zu viel auf ihr Gedächtniß zu verlassen, sondern über die festzustellenden Vorgänge vorläufig wenigstens recht genaue schriftliche Notizen zu machen. Sobald aber die Umstände es gestatten, muß unverzüglich die Ausarbeitung und Feststellung des Protokolls durchgeführt werden und es ist in hohem Grade bedenklich und tadelnswerth, wenn dieses Geschäft, wie zuweilen mit Hauptverhandlungsprotokollen (und demnach auch, entgegen der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift, mit Urtheilen) zu geschehen pflegt, auf Wochen hinaus aufgeschoben bleibt.[29]) Der allzu starken Anhäufung von derlei Rückständen bei vielbeschäftigten Gerichten ließe sich übrigens in wirksamer Weise vorbeugen, wenn die Protokollführer sich daran gewöhnen würden, die Protokolle über einfachere Hauptverhandlungen (die ja die Regel bilden) schon während der Verhandlung niederzuschreiben, was bei einiger Uebung und Aufmerksamkeit mit Rücksicht auf den größtentheils nur formalen Inhalt dieser Protokolle unschwer zu bewerkstelligen ist.

Daß die Protokolle[30]) in deutlicher, gut leserlicher Schrift abzufassen sind, scheint selbstverständlich; und doch wird gegen keine Vorschrift allgemeiner und ärger verstoßen, als gegen diese. Die Staatsanwaltschaften und überhaupt Alle, die sich viel mit dem Lesen strafgerichtlicher Acten zu befassen haben, wissen ein Lied davon zu singen, was ihre Sehkraft und ihre Geduld unter diesem nicht genug zu bekämpfenden Uebelstande zu leiden haben. Kalligraphisch schöne Schriften sind völlig überflüssig, ja vom Uebel, da deren Eigner gewöhnlich nur langsam vorwärtskommen; wohl aber muß man im Interesse des Dienstes rasche und leicht lesbare Schriften verlangen und die Gerichtsvorstände und Kanzleidirectoren sollten bei der Aufnahme und Verwendung der Diurnisten es sich zur Pflicht machen, nur solche zum Actuiren zu bestimmen, die sich im Besitze einer guten, deutlichen Dictandoschrift befinden; sogenannte Charakterschriften sind unbedingt von diesem Geschäfte auszuschließen. Bei Conceptsbeamten, die bekanntlich gewöhnlich schlechte

[29]) Dies sollte schon im Hinblicke auf das den Parteien nach § 271, Alinea 5 St. P. O. zustehende Recht, von den Hauptverhandlungsprotokollen Einsicht und Abschrift zu nehmen, vermieden werden. Vergl. über dieses Recht § 9 dieser Abhandlung.

[30]) Dem Protokollführer obliegt die Pflicht, dafür Vorsorge zu treffen, daß ihm jederzeit die zur Ausübung seiner Function erforderlichen Hilfsmitttel (Papier, Tinte, Feder 2c.) zu Gebote stehen. Diese Sorge dem Zufalle zu überlassen, erscheint, insbesondere bei auswärts vorzunehmenden Amtshandlungen, um so bedenklicher, als auf dem Lande häufig selbst bei den Gemeindeämtern die erwähnten Utensilien entweder gar nicht oder doch nur in unbrauchbarem Zustande vorzufinden sind.

Schriften haben, läßt sich dem Uebelstande allerdings schwerer vorbeugen; doch wird auch unter ihnen zum Behufe des bloßen Actuirens eine Auswahl in obigem Sinne zu treffen sein. [31])

§ 5. Eintheilung der Protokolle. [32])

Der Strafproceß hat es mit mehreren, theils dem Inhalte, theils der Form nach verschiedenen Arten von Protokollen zu thun.

In ersterer Beziehung haben wir bereits oben [33]) die beiden begrifflich (principiell) verschiedensten und wichtigsten Kategorien gekennzeichnet; es sind dies: A) die Protokolle über Untersuchungshandlungen und B) die Protokolle über Hauptverhandlungen (sammt den Berathungsprotokollen).

Außerdem sind noch einige andere Arten von Protokollen zu unterscheiden, und zwar: C) die Sitzungsprotokolle und D) mehrere andere, unter keinen gemeinsamen Begriff fallende Arten von Protokollen.

Ueber diese verschiedenen Kategorien wird im folgenden Abschnitte des Einzelnen und Näheren zu reden sein.

Zweiter Abschnitt.

Die einzelnen Protokollsarten.

A. Protokolle vor dem Untersuchungsrichter.

§ 6. Allgemeine Vorschriften. [34])

Das Wort „Untersuchungsrichter" ist hier im weitesten Sinne genommen, insoferne als es auch den mit Vornahme der Vorerhebungen betrauten und den um die Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen ersuchten richterlichen Beamten in sich begreift. Auch bei der im Falle des § 88, Alin. 3 St. P. O. durch die Sicherheitsbehörden erfolgten Protokollsaufnahme sind alle für gerichtliche Acte dieser Art vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu beobachten. Doch können solche Protokolle bei sonstiger Nichtigkeit nur dann als Beweismittel benützt werden, wenn sie unverweilt dem Untersuchungsrichter mitgetheilt worden sind, welcher deren Form und Vollständigkeit zu prüfen und nöthigenfalls die Wiederholung oder Ergänzung der Verhandlung zu bewirken hat. [35])

[31]) Wie alt übrigens die Klage über die Unleserlichkeit der Acten ist, beweist die im § 4, Capitel II der Hannoveranischen Criminalinstruction vom Jahre 1736 enthaltene Strafdrohung darüber, „daß die Protokolla mit großer Präcipitanz und zugleich so unleserlich geschrieben werden, daß man ofte mehr Mühe hat, die Acta zu lesen, als den darin vorkommenden Casum zu entscheiden." Vgl. Zachariae a. a. O. II., § 66.

[32]) Vergl. Glaser a. a. O. II., § 79.

[33]) Siehe § 1 dieser Abhandlung.

[34]) Vergl. hiezu die §§ 3 u. 4 dieser Abhandlung.

[35]) § 88 St. P. O.

Ueber alle gerichtlichen, zur Untersuchung gehörenden Handlungen sind Protokolle aufzunehmen; [36]) es muß außer dem Beamten, welcher die Handlung vornimmt oder leitet, stets ein beeideter Protokollführer gegenwärtig sein. [37])

Außer diesen beiden Amtspersonen sind zur Protokollsaufnahme noch zwei Urkundspersonen (die Gerichtszeugen [38]) zuzuziehen, und zwar immer 1. bei Augenscheinen [39]) und 2. bei Haus- und Personsdurchsuchungen [40]) und eventuell 3. bei Vernehmung des Beschuldigten, jedoch in diesem Falle nur dann, wenn der Untersuchungsrichter es für nöthig erachtet oder der Beschuldigte es verlangt. [41])

Der Richter hat das Protokoll laut, so daß es die Anwesenden hören, zu dictiren. Doch steht dem Vernommenen frei, seine Antworten dem Protokollführer in die Feder zu dictiren. Mißbraucht der Vernommene dieses Recht, so kann es ihm vom Richter entzogen werden. [42]) In der Praxis sind es, der Regel nach, nur rechtskundige Personen, welche von diesem Rechte Gebrauch machen. Andere Personen sind wohl nur in den seltensten Fällen im Stande, ihre Aussagen in einer dem Zwecke der Untersuchung entsprechenden und genügenden Weise zu fixiren und der Richter wird ihnen selbst den besten Dienst erweisen, wenn er sie dieses für sie ungewohnten Geschäftes überhebt. Sollten sie dennoch auf der Ausübung ihres Rechtes bestehen, so wird der Untersuchungsrichter, da ja im Strafverfahren die Officialmaxime gilt, solche Protokolle gehörig zu überprüfen und nöthigenfalls zu ergänzen und richtigzustellen haben. [43])

Jedes Protokoll ist den vernommenen oder sonst beigezogenen Personen vorzulesen, auch auf Verlangen — natürlich unter Beobachtung der gebotenen Vorsicht — zum Durchlesen vorzulegen und die geschehene Vorlesung oder Vorlegung, sowie die Genehmigung im Protokolle zu bemerken. [44]) Daß die Vorlesung, trotz der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes, dennoch sehr häufig unterbleibt, beweist die Beschaffenheit zahlreicher Protokolle, in welchen oft die sinnstörendsten und ungereimtesten, durch Schreibfehler oder Mißverständnisse der Schriftführer

[36]) Eine Ausnahme besteht nur in Uebertretungsfällen, wo die Führung eines Protokolls nur bei solchen Erhebungen erforderlich ist, welche zum Beweise bei der Hauptverhandlung gebraucht und in derselben nicht wiederholt werden sollen; in anderen Fällen genügt die kurze Aufzeichnung des wesentlichen Inhaltes der von den vernommenen Personen gemachten Aussagen durch den Protokollführer oder auch durch den vernehmenden Richter selbst (§ 152, Z. 7 St. P. O.). Vergl. über diese Vermerke auch das in § 1 dieser Abhandlung Gesagte.

[37]) § 101 St. P. O.

[38]) §§ 102, 103 St. P. O. und § 19 V. V.

[39]) § 116 St. P. O.

[40]) § 142 St. P. O.

[41]) § 198 St. P. O.

[42]) § 104, Alin. 4 St. P. O.

[43]) Arg. § 96 St. P. O.

[44]) § 105 (1. Satz) St. P. O.

hervorgerufenen Dinge vorkommen oder aber ganze, zum Verständnisse des Sachverhaltes unerläßliche Sätze fehlen, die in der Feder des meist nur rein mechanisch seines Amtes waltenden Schriftführers stecken geblieben sind. Solche Verstöße könnten bei erfolgter Vorlesung nicht leicht übersehen werden, wie letztere überhaupt auch die Ueberprüfung der materiellen Vollständigkeit des Protokolls am besten ermöglicht. Es sollte daher auch der überbürdetste Untersuchungsrichter sich von der gewissenhaften Einhaltung dieser wahrlich nicht blos äußerlichen Vorschrift um so weniger dispensiren, als dadurch auch den so beliebten nachträglichen Controversen über die richtige und vollständige Wiedergabe der Aussagen ein wirksamer Riegel vorgeschoben wird.

Nach der Vorlesung und Genehmigung ist das Protokoll von den vernommenen Personen durch Beisetzung der Unterschrift oder des Handzeichens, und zwar auf jedem einzelnen Bogen, am Schlusse aber erst von den anwesenden Beamten, dem Protokollführer und den beigezogenen Gerichtszeugen zu unterschreiben. Wenn der zu Protokoll Vernommene sein Handzeichen beisetzt, so ist dessen Name dem Handzeichen durch den Protokollführer beizufügen. Verweigert der Vernommene die Unterschrift, so ist dies nebst dem Grunde der Weigerung im Protokolle zu bemerken. [45])

In dem einmal Niedergeschriebenen darf nichts Erhebliches ausgelöscht, zugesetzt oder verändert werden; am wenigsten sind Radirungen zulässig. Durchstrichene Stellen müssen noch lesbar bleiben. Erhebliche Zusätze oder Berichtigungen, die ein Vernommener seiner Aussage beifügt, sind am Rande des Protokolls oder in einem Nachtrage zu bemerken und auf die oben bezeichnete Art zu genehmigen und zu unterschreiben. [46])

§ 7. Protokolle über die Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten.

Außer den im vorigen Paragraphen enthaltenen Vorschriften gelten für die Aufnahme solcher Protokolle noch folgende Bestimmungen:

Ist eine zu vernehmende Person der Gerichtssprache nicht kundig, so kann die Vernehmung derselben ohne Dolmetsch nur dann geschehen, wenn sowohl der Untersuchungsrichter, als der Protokollführer ihrer Sprache zureichend kundig sind; nach Erforderniß ist den Acten eine beglaubigte Uebersetzung des Protokolls in der Gerichtssprache beizulegen.

Außer diesem Falle aber hat die Vernehmung mit Zuziehung eines beeidigten Dolmetsches stattzufinden und es muß das Verhör sowohl in

[45]) § 105 (2. u. 3. Satz) St. P. O.; § 17 V. V.

[46]) § 106 St. P. O. — Es trägt nicht wenig zur leichteren Verständlichkeit und Uebersichtlichkeit eines Protokolls bei, wenn der Gedankengang auch äußerlich durch Trennung in Absätze erkennbar gemacht wird. Das Fortschreiben in ununterbrochener Zeile ist daher mit Rücksicht darauf zu vermeiden.

der Sprache, in welcher der Zeuge vernommen wird, als auch in der Uebersetzung in die Gerichtssprache zu Protokoll gebracht werden. In der Praxis begnügt man sich meist mit letzterer und constatirt blos im Protokolle, daß die Vernehmung unter Zuziehung eines Dolmetsches erfolgte, der das Protokoll mitfertigt, was freilich nicht dem stricten Wortlaute des Gesetzes völlig entspricht. Der Dolmetsch kann auch zugleich als Protokollführer verwendet werden.

Ist der zu Vernehmende taub, so werden ihm die Fragen schriftlich vorgelegt, und ist er stumm, so wird er aufgefordert, schriftlich zu antworten. Wenn die eine oder die andere Art der Vernehmung nicht möglich ist, so muß die Vernehmung unter Zuziehung einer oder mehrerer Personen geschehen, welche der Zeichensprache des zu Vernehmenden kundig sind oder sonst die Geschicklichkeit besitzen, sich mit Taubstummen zu verständigen und welche vorher als Dolmetsche zu beeidigen sind. [47]) Dieselben werden das Protokoll sämmtlich mitzufertigen haben.

Für die Abfassung der Vernehmungsprotokolle hat als oberster Grundsatz zu gelten, daß sie die Aussagen der Vernommenen mit möglichster Treue und Vollständigkeit, jedoch in der Regel blos ihrem wesentlichen Inhalte nach [48]) festzustellen haben. Diese Treue und Vollständigkeit soll daher durchaus nicht so weit gehen, daß auch alle offenbar überflüssigen oder nicht zur Sache gehörigen Aeußerungen (wie z. B. auch Polemiken oder Rechtsausführungen u. dgl.) oder endlose Wiederholungen derselben Dinge getreulich niedergeschrieben werden. Manche Untersuchungsrichter gehen bezüglich des Umfanges des zu Protokollirenden entschieden zu weit; sie halten sich für bemüssigt, auch die irrelevantesten Dinge, wenn sie nun einmal ein geschwätziger Zeuge oder Beschuldigter vorzubringen für gut fand, im Protokolle wiederzugeben, wobei nur zu leicht der eigentliche Kern der Strafsache und der Zweck der Vernehmung aus dem Auge verloren wird. Dergleichen Tritsch-Tratsch protokollarisch zu verewigen, liegt aber sicherlich nicht in der Intention des Gesetzes, denn die Aufnahme desselben ist viel eher geeignet, das Ergebniß der Untersuchung zu verdunkeln, als in's Klare zu setzen.

Auch muß ja unter allen Umständen strenge an dem vom Gesetze statuirten präparatorischen [49]) Charakter des Vorverfahrens

[47]) §§ 163, 164, 198, Abs. 3 St. P. O.

[48]) § 104, Alin. 3 St. P. O. — Wenn es hienach auch im Allgemeinen nicht auf die wortgetreue Wiedergabe der Aussagen ankommt und der Untersuchungsrichter bei der schriftlichen Formulirung der letzteren freien Spielraum hat, so wird er doch sicherlich eine Ausdrucksweise zu vermeiden haben, die nach dem Stande, Bildungsgrade ꝛc. des Vernommenen von vorneherein den Stempel der Unechtheit an sich trägt. Redewendungen (meist abstracter Natur), denen man zuweilen in mit Bauern, Taglöhnern ꝛc. aufgenommenen Protokollen begegnet, wie z. B. „Ich vermag es nicht in Abrede zu stellen"; „ich war hiebei von dem Gedanken geleitet"; „die Absicht lag mir durchaus ferne" u. dgl. m., sind daher in solchen Protokollen völlig unstatthaft und noch dazu ganz überflüssig.

[49]) Vergl. oben § 1 dieser Abhandlung.

festgehalten werden. In dieser Hinsicht kann nicht geläugnet werden, daß die Untersuchungsrichter öfters unter dem seitens der Staatsbehörde auf sie ausgeübten Druck zu laboriren haben. Wo der Geschäftsgang ein starker ist, wird ein solcher Druck wohl nicht leicht vorkommen oder bald seine natürliche Grenze finden. Wo aber, wie bei manchen ländlichen Collegialgerichten und den damit in Verbindung stehenden Staatsanwaltschaften, der Geschäftsgang ein mäßiger und das Personale ein ausreichendes ist, gelangt nicht selten seitens mancher Vertreter der öffentlichen Anklage ein Bestreben zum Ausdrucke, welches ein großer Staatsmann als charakteristisches Merkmal unseres Jahrhunderts bezeichnet hat: nämlich die Scheu vor Verantwortlichkeit. Von diesem Bestreben geleitet, sind sie dann leicht geneigt, übertriebene Anforderungen an die Vollständigkeit des Actenmaterials im Vorverfahren zu stellen, indem sie verlangen, daß darin schon die wo möglich buchstäbliche Grundlage der von ihnen zu stellenden Anträge niedergelegt sei. [50])

Daß bei der Protokollsaufnahme von Aussagen nicht minder auch zu große Kürze, die leicht in Flüchtigkeit und Ungenauigkeit ausartet, vom Uebel werden kann und daher zu vermeiden ist, ergibt sich schon aus den oben [51]) entwickelten allgemeinen Grundsätzen.

Die an den Vernommenen gestellten Fragen sind nur soweit niederzuschreiben, als es zum Verständnisse einer Antwort erforderlich ist. [52]) Fragen jedoch, durch welche ihm Thatumstände vorgehalten werden,

[50]) Zur Illustration des Gesagten diene ein uns aus authentischer Quelle bekannt gewordener Fall. In einer bei einem ländlichen Gerichtshofe anhängigen Strafsache handelte es sich zur Beurtheilung der verbrecherischen Qualification der incriminirten That lediglich darum, ob man in dem vom Verdächtigten abgeschlossenen Geschäfte einen Kaufvertrag oder blos einen Pfandvertrag erblicken wollte. Der Untersuchungsrichter glaubte seiner Pflicht völlig Genüge gethan zu haben, indem er die Contrahenten und andere Auskunftspersonen auf das Eingehendste über alle Details des fraglichen Geschäftes einvernahm, die — allerdings nicht leichte — Lösung der Interpretationsfrage aber den nach seiner Ansicht allein hiezu berufen erscheinenden amtlichen Factoren überließ. Dies war aber offenbar nicht die Meinung des Vertreters der Staatsbehörde; denn Letzterer sandte die geschlossenen Vorerhebungsacten dem Untersuchungsrichter mit dem Antrage zurück, dieselben in der Richtung zu ergänzen, daß der Verdächtigte neuerlich einvernommen und dabei veranlaßt werde, sich mit Bestimmtheit darüber zu äußern, ob er mit dem anderen Contrahenten einen Kaufvertrag oder einen Pfandvertrag abgeschlossen habe. Das war nun freilich leichter beantragt, als durchgeführt, da der Vernommene, ein zum Ueberflusse geistig ziemlich beschränkter Landmann, durchaus keine Anlage für subtile juristische Distinctionen an den Tag legte. Der Untersuchungsrichter mußte sich also damit begnügen, daß der Vernommene zu Protokoll erklärte, er habe das von ihm abgeschlossene Geschäft wahrheitsgemäß und genau geschildert, er sei jedoch, als einfacher ungebildeter Bauer, ganz außer Stande, anzugeben, ob dieses Geschäft als Kaufvertrag oder als Pfandvertrag anzusehen sei — eine Art der Ergänzung, welche, wie unser Gewährsmann hinzufügt, sich durchaus nicht des Beifalls seitens des Antragstellers zu erfreuen hatte.

[51]) S. § 3 dieser Abhandlung.

[52]) § 104, Al. 3 St. P. O.

die erst durch seine Antwort festgestellt werden sollen (sogenannte Suggestivfragen), sind, wenn sie überhaupt gestellt werden müssen, jedenfalls, und zwar wörtlich in das Protokoll aufzunehmen. [53])

Die Antworten sind in der Regel blos erzählungsweise aufzunehmen und ist in der Darstellung die historische Ordnung einzuhalten, d. h. die festzustellenden Vorgänge sind in ihrer chronologischen Aufeinanderfolge niederzuschreiben. Nur wo es für die Beurtheilung der Sache wichtig oder wo zu erwarten ist, daß die Vorlesung des Protokolls in der Hauptverhandlung erforderlich sein werde, ist der Vernommene unter Beibehaltung seiner eigenen Ausdrücke redend anzuführen. [54]) In der Praxis wird letzterer Modus gewöhnlich eingehalten und ist derselbe auch zur Vermeidung von Zweideutigkeiten und Mißverständnissen dem Gebrauche der indirecten Rede entschieden vorzuziehn. [55]) Es erscheint zweckmäßig, Fragen und Antworten, zumal bei umfangreicheren Protokollen, in fortlaufender Zahlenreihe zu numeriren.

Bei Confrontirung (Gegenüberstellung) von Zeugen oder Beschuldigten, deren Aussagen in erheblichen Punkten von einander abweichen, sind die Gegenübergestellten über jeden einzelnen Umstand, in Beziehung auf welchen sie von einander abweichen, besonders zu vernehmen und die beiderseitigen Antworten zu Protokoll zu bringen. Die Gegenüberstellung soll in der Regel nicht zwischen mehr als zwei Personen zugleich geschehen und wird es sich der Uebersichtlichkeit wegen empfehlen, das Protokoll in der Mitte in zwei Theile zu theilen und auf die eine Seite die Antwort des Einen und auf die andere Seite die Antwort des Anderen der einander Gegenübergestellten zu schreiben. [56])

In den Vernehmungsprotokollen sind auch alle Förmlichkeiten des Verfahrens (Wahrheitserinnerung, [57]) Beeidigung, [58]) u. dergl.), sowie überhaupt alle zur Beurtheilung der Wahrhaftigkeit oder Relevanz der Aussage nicht ganz unwesentlichen äußeren Umstände (bei Beschuldigten insbesondere auch der Zeitpunkt des Abschlusses, sowie die Ursachen der etwaigen Unterbrechung des Verhörs [59]) zu constatiren. [60]) Auch wird es sich in vielen Fällen, zumal da, wo eine nochmalige Vernehmung vor dem erkennenden Gerichte nicht stattfinden soll, empfehlen, wenn in einer Schlußbemerkung der allgemeine Eindruck bezeichnet wird, welchen die Aussage bezüglich ihrer Glaubwürdigkeit auf den Unter-

[53]) §§ 167, 200 St. P. O.

[54]) § 104, Al. 3 St. P. O.

[55]) So auch Geyer a. a. O. I., § 108.

[56]) §§ 168, Al. 2 u. 3 u. 205 St. P. O.

[57]) §§ 165, 199 St. P. O.

[58]) § 169 St. P. O.

[59]) § 16 (2. Satz) V. V.; § 13. Instr. f. d. Strafger.

[60]) Natürlich dürfen diese Constatirungen nicht so weit gehen, um dem Protokolle den Charakter der alten Geberdeprotokolle zu verleihen, worüber schon oben (§ 1) das Nähere gesagt wurde.

suchungsrichter gemacht hat. Denn aus den niedergeschriebenen Worten allein läßt sich darauf ein sicherer Schluß oft nicht ziehen und der Untersuchungsrichter ist doch gewiß eine competente Persönlichkeit zur Beurtheilung dieses wichtigen Momentes.

§ 8. Augenscheinsprotokolle.[61])

Bei Abfassung der Augenscheinsprotokolle, deren zweckentsprechende Durchführung mitunter zu den schwierigsten Aufgaben des Untersuchungsrichters gehört, ist stets an dem Gedanken festzuhalten, daß sie bei der Hauptverhandlung zur Vorlesung gebracht werden müssen,[62]) und überhaupt dazu bestimmt sind, dem erkennenden Richter den eigenen Augenschein zu ersetzen.

Die Bedeutung dieser Protokolle ist besonders in jenen Fällen eine sehr große, wo es sich darum handelt, durch den Augenschein erst Anhaltspunkte zur Entdeckung des unbekannten oder zur Ueberführung des läugnenden Thäters zu gewinnen, und wo die Möglichkeit der Wiederholung der Amtshandlung (wie bei Sectionen; chemischen, mit Substanzzerstörung verbundenen Untersuchungen u. dgl. m.) ausgeschlossen erscheint.

Das über einen vorgenommenen Augenschein aufzunehmende Protokoll ist daher so bestimmt und umständlich abzufassen, daß es eine vollständige und treue Anschauung der besichtigten Gegenstände gewähre[63])

Insbesondere hat es zu enthalten:

1. Die genaue Beschreibung der Merkmale und Eigenschaften des beaugenscheinigten Gegenstandes, soweit dieselben irgend von Einfluß sein können, wie auch, der Zeitfolge nach, alle zu deren Entdeckung oder Erforschung vorgenommenen Handlungen;

2. bei beweglichen Sachen die pünktliche Bemerkung und womöglich vollständige Beschreibung des Ortes, wo sie zur Zeit des Augenscheins sich befunden haben; wofern sie ursprünglich an einem anderen Orte gewesen, die Bezeichnung und Beschreibung des letzteren;

3. alle einigermaßen auffallenden, wenngleich beim ersten Blicke unwichtigen Nebenumstände, welche, besonders wenn es sich um Entdeckung oder Ueberführung des Thäters handelt, dem Zwecke der Vornahme des Augenscheins förderlich oder sonst auf das künftige Endurtheil von Einfluß sein können.

Dem Protokolle sind erforderlichenfalls Zeichnungen, Pläne oder Risse beizufügen,[64]) was speciell bei Beschreibung von Oertlichkeiten („Localaugenscheinen") nie unterlassen werden sollte. Auch die einfachste,

[61]) Vgl. Schaper in Holtzendorff's „Rechtslexikon" sub verbo: „Augenscheinseinnahme"; ferner Ullmann a. a. O. § 77 u. ff. Rulf, Commentar zur St. P. O. v. J. 1873 u. Dr. S. Mayer „Commentar" ad § 116 u. ff. St. P. O.

[62]) § 252 St. P. O.

[63]) § 117 (1. Satz) St. P. O.

[64]) § 117 (2. Satz) St. P. O.

unbeholfenste Zeichnung gibt Denjenigen, welche an dem Augenschein nicht theilgenommen, ein verständlicheres, deutlicheres Bild von der Sache, als es eine auch noch so umständliche Beschreibung in Worten, bei der sich schließlich doch Jeder die Sache im Geiste anders vorstellt, jemals zu geben vermag Diese Behelfe, welche einen integrirenden Bestandtheil des Protokolls bilden sollen, müssen, wenn sie nicht schon im Rahmen des Protokolls selbst enthalten sind, als Beilagen, jedenfalls auch vom Richter und Protokollführer, wo möglich aber überhaupt von allen Theilnehmern des Augenscheins, unterfertigt werden.

Maße, Gewichte, Größen und Ortsverhältnisse sind im Protokolle nach bekannten und unzweifelhaften Bestimmungen zu bezeichnen.[65])

Unzulässig erscheint die Aufnahme von Zeugenaussagen in die Augenscheinsprotokolle, was schon mit Rücksicht auf die für das Verfahren vor den Geschwornengerichten geltenden Vorschriften zu vermeiden ist, wonach die Augenscheinsprotokolle, welche ja jedenfalls vorzulesen sind,[66]) und die übrigen Proceßacten, mit Ausnahme der in der Hauptverhandlung nicht verlesenen Vernehmungsprotokolle den Geschwornen zur Berathung mitzugeben sind.[67]) Denn auf obigem Wege wäre diese Vorschrift umgangen und ein Beweismateriale eingeschmuggelt, welches die Geschwornen, da es ihnen nicht direct vorgeführt wurde, bei Abgabe ihres Verdicts durchaus nicht berücksichtigen dürfen.[68])

Wenn der Augenschein unter Zuziehung von Sachverständigen vorgenommen wird, so sind bei der Protokollsaufnahme noch folgende Grundsätze zu beobachten. In der Regel zerfällt jedes solche Protokoll in zwei Theile, welche genau unterschieden und strenge auseinandergehalten werden müssen, und zwar:

1. in den Befund, das sind die Angaben der Sachverständigen über die von ihnen gemachten Wahrnehmungen, welcher vom Protokollführer sogleich aufzuzeichnen ist, und

2. in das Gutachten (Visum repertum), das sind die durch die Wissenschaft oder Kunst bestimmten Folgerungen aus dem unmittelbar Wahrgenommenen; dieses Gutachten sammt Gründen können die Sachverständigen entweder sofort zu Protokoll geben oder sich die Abgabe eines schriftlichen Gutachtens binnen angemessener Frist vorbehalten.[69])

Auf die strenge und nicht blos äußerliche Scheidung dieser beiden Protokollstheile muß um so mehr Gewicht gelegt werden, als ja einerseits die Endbestimmung derselben im Processe (Befundaufnahmen sind in allen, Gutachten nur in ganz besonderen Fällen bei der Hauptverhandlung

[65]) § 117 (3. Satz) St. P. O.

[66]) § 252 St. P. O.

[67]) § 325, Abs. 2 St. P. O.

[68]) Arg. § 326 St. P. O.

[69]) § 124 St. P. O.

vorzulesen [70]) und anderseits die Einflußnahme der Gerichtspersonen auf ihre Feststellung eine sowohl dem Wesen, als dem Umfange nach sehr verschiedene ist. Während nämlich die dem Untersuchungsrichter bei der Augenscheinsaufnahme zukommende leitende [71]) und die hiebei den Gerichtszeugen zukommende controlirende [72]) Thätigkeit sich ohne Zweifel, wenigstens zum Theile, auch auf den materiellen Inhalt des Befundes zu erstrecken hat — da ja Untersuchungsrichter und Gerichtszeugen das durch die Sinne Wahrnehmbare (wie z. B. ob eine Wunde in Eiterung begriffen sei, ob die Mauer eines Hauses Sprünge zeige u. dgl. m.), soferne dessen richtige Erkenntniß nicht gerade besondere Sachkenntniß voraussetzt, ebenso gut beobachten können, als der Sachverständige — wird sich die Einflußnahme des Untersuchungsrichters rücksichtlich des Gutachtens auf den formellen Inhalt des Protokolls zu beschränken haben. In letzterer Beziehung wird insbesondere darauf zu sehen sein, daß die an die Sachverständigen gestellten Fragen möglichst vollständig, bestimmt und zweckentsprechend beantwortet werden.

Die Stellung des Untersuchungsrichters gegenüber den Sachverständigen bei der Protokollsaufnahme ist nicht immer eine leichte und angenehme. Die Sachverständigen sind nur zu rasch geneigt, jede vom Untersuchungsrichter behufs Klarstellung und Präcisirung der Ergebnisse des Augenscheins geübte Einflußnahme als unberechtigten Eingriff in das ihrer Meinung nach für Laien unnahbare Gebiet des von ihnen vertretenen Faches aufzufassen und von sich abzuweisen, während sie anderseits sehr häufig entweder nicht die Fähigkeit oder doch nicht die Uebung besitzen, ihre gewiß ganz fachgemäßen Anschauungen in einer sowohl dem Zwecke der Amtshandlung, als den diesbezüglich zu beobachtenden gesetzlichen Vorschriften völlig entsprechenden und genügenden Weise zum Ausdrucke zu bringen. Letzterer Uebelstand macht sich besonders auf dem Lande bei Zuziehung gerichtsärztlicher Experten mitunter in recht empfindlichem Maße geltend und der Untersuchungsrichter sieht sich dann vor die bedauerliche Alternative gestellt, die bei der Protokollirung äußerst unbeholfenen Sachverständigen frei gewähren zu lassen oder die Hantirung mit ihm selbst fremden und schwierigen Begriffen und Ausdrücken an ihrer Stelle zu übernehmen — was Beides die Gefahr nachträglicher Anfechtung oder wenigstens endloser Ergänzungen und Richtigstellungen des Protokolls in sich birgt. Auf alle Fälle aber muß dem Untersuchungsrichter das ihm gesetzlich [73]) zustehende Leitungsrecht der Amtshandlung auch den Sachverständigen gegenüber gewahrt bleiben, woraus sich von selbst ergibt, daß er deren Befund und Gutachten, abgesehen von der oben auseinandergesetzten weitergehenden Einflußnahme, mindestens vom logischen Stand-

[70]) § 252 St. P. O.
[71]) § 123 (1. Satz) St. P. O.
[72]) § 102 St. P. O.
[73]) § 123 St. P. O.

punkte [74]) aus zu überprüfen befugt ist. Denn ihn trifft ja auch die gesetzliche [75]) Verpflichtung, für die Erhebung des Thatbestandes und für die Vollständigkeit des Beweismaterials von Amtswegen Sorge zu tragen.

Bei der unter Zuziehung von gerichtsärztlichen Sachverständigen vorzunehmenden Protokollirung [76]) ist von Letzteren besonders nicht aus dem Auge zu verlieren, daß das Protokoll für das Gericht, also für Laien, bestimmt ist und daher in möglichst gemeinverständlicher, populär-wissenschaftlicher Weise abzufassen ist; den Laien fremde Kunstausdrücke werden also thunlichst zu vermeiden sein. Es ist nicht überflüssig, dies hervorzuheben, da manche Gerichtsärzte von einer wahren Leidenschaft beseelt sind, über das Haupt des armen Schriftführers eine Fülle nie gehörter, mitunter ganz haarsträubender lateinischer und griechischer Kunstausdrücke auszuschütten, die sich mit leichter Mühe durch verständlichere, aber freilich minder gelehrt klingende Wörter oder Redewendungen ersetzen ließen; ein Bestreben, dem als einzig Gutes nur nachgesagt werden kann, daß es, in allerdings unbeabsichtigter Weise, zur Aufheiterung des über den Gerichtssitzungen thronenden feierlichen Ernstes beiträgt, was regelmäßig der Fall ist, so oft nämlich, wie z. B. bei Hauptverhandlungen, ein solches Protokoll mit den von den Schriftführern an jenen Kunstausdrücken verübten, oft geradezu erstaunlichen Verballhornungen zur Vorlesung gebracht wird.

Rücksichtlich der bei Untersuchungen wegen Tödtungen [77]) und Körperverletzungen aufzunehmenden Protokolle ist im Allgemeinen zu bemerken, daß es sich empfiehlt, den technischen Theil, um später leichter darauf hinweisen zu können, in einzelne, mit fortlaufenden Ziffern zu versehende Punkte zu trennen.

Ueber Form und Inhalt des anläßlich einer Leichenbeschau und Leichenöffnung [78]) aufzunehmenden Protokolls gelten besondere Vorschriften, [79]) welche aber vielfach auf leeren Formalismus hinauslaufen.

Hienach hat von den die gerichtliche Todtenbeschau vornehmenden Aerzten der Gerichts- oder Amtsarzt und, wenn nur zwei andere Aerzte beigezogen werden, der ältere von Beiden und, wenn die Beschau von einem Arzte und einem Wundarzte vorgenommen wird, Jener das Protokoll zu dictiren. [80])

[74]) So auch Rulf a. a. O. ad § 126 St. P. O.
[75]) § 96 St. P. O.
[76]) Vergl. hierüber auch die äußerst lehrreichen Auseinandersetzungen in Dr. Ed. Hofmann's „Lehrbuch der gerichtlichen Medicin" (Wien 1877), S. 37–40).
[77]) So auch die ausdrückliche Vorschrift in § 15 der Todtenbeschauordnung (siehe unten).
[78]) § 128 St. P. O.
[79]) Dieselben sind in der Todtenbeschauordnung vom 28. Jänner 1855, R. G. Bl. Nr. 26, (abgedruckt bei § 128 St. P. O. in der Manz'schen Gesetzesausgabe), enthalten.
[80]) § 13 cit.

Dasselbe hat vor Allem die auf die Feststellung der Identität der Leiche bezüglichen Erhebungen (Recognition), die Personsbeschreibung, Krankheitsgeschichte ꝛc. und sohin Befund und eventuell Gutachten zu enthalten; [81]) der Befund zerfällt in: äußere Besichtigung und innere Untersuchung. [82])

Die vorschriftsmäßige Form des Protokolls ist folgende: die in die Mitte eines der Länge nach gebrochenen Bogens Papier zu setzende Ueberschrift hat aus dem Worte „Sectionsprotokoll", unter welchem der Tag der Untersuchung bemerkt wird, zu bestehen. Hierauf wird nach der ganzen Breite des Papiers der Eingang geschrieben, welcher zuerst zu erwähnen hat, auf wessen Anordnung die gerichtliche Todtenbeschau erfolgt, wann und unter welcher Geschäftszahl der schriftliche Auftrag hiezu ausgefertigt und zugestellt wurde, ferner nebst der Bezeichnung des Ortes, wo, der Zeit, wann die Beschau vorgenommen wurde, auch jene der Leiche, der Umstände, unter welchen sie gefunden wurde oder welche zur Vornahme der gerichtlichen Beschau Veranlassung gegeben haben, dann auch die übrigen den obducirenden Aerzten bekannt gemachten Erhebungen, die Anerkennung der Identität der Leiche, die Bemerkung der vorschriftsmäßigen Beeidigung oder Eideserinnerung der Sachverständigen, sowie der Verpflichtung der Gerichtszeugen zu enthalten hat. Sodann werden unter den in die Mitte der Bogenseite gesetzten Worten „In Gegenwart" die anwesenden Commissionsglieder mit ihren vollen Namen und Qualificationen angeführt. Der eigentliche Hauptbestandtheil des Protokolls wird auf die zur rechten Hand des Protokollführers gelegene Papierspalte geschrieben und ist nach den einzelnen Theilen seines Inhaltes, nämlich: Beschreibung der Person, der Kleidungsstücke und Effecten, der allenfalls vorgewiesenen, bei der Verwundung gebrauchten Werkzeuge, Krankheitsgeschichte u. dgl., dann Befund der äußeren und inneren Untersuchung in besondere, durch große Buchstaben oder römische Ziffern bezeichnete Unterabtheilungen zu bringen und sind diese wieder durch kleine Buchstaben oder arabische Ziffern ihrer Reihe nach fortlaufend in noch kürzere Absätze zu theilen, um in dem Gutachten sich auf die bezüglichen Punkte berufen und die Richtigkeit der aus dem Protokolle angezogenen Stellen leicht ersichtlich machen zu können. Den Schluß des Protokolls bildet, nachdem es von dem Protokollführer vorgelesen wurde, die wieder nach der ganzen Breite der Bogenseite geschriebene Bemerkung: „Den sämmtlichen Anwesenden vorgelesen und da Niemand etwas beizufügen hatte, um so und so viel Uhr geschlossen." Hierauf haben die Unterschriften in der Art zu folgen, daß die anwesenden Gerichtspersonen und Gerichtszeugen auf der linken, die obducirenden Aerzte und die anderen etwa

[81]) §§ 11, 14, 17, 29, 30 cit
[82]) § 116 cit.

noch beigezogenen Sanitätspersonen aber auf der entgegengesetzten Papierspalte sich unterzeichnen. [83])

Rücksichtlich des Gutachtens, falls es sogleich zu Protokoll gegeben wird, ist noch vorgeschrieben, daß es unter das in die Mitte der Bogenseite zu setzende Wort „Gutachten" der ganzen Ausdehnung des Papiers nach zu schreiben ist und am Schlusse die Formel: „Welches wir nach genau gepflogener Untersuchung und nach reifer Ueberlegung, den Grundsätzen der medicinischen Wissenschaften entsprechend, zur richterlichen Kenntniß bringen und durch unsere Namensunterschriften als glaubwürdig bestätigen" zu enthalten habe, [84]) an deren Weglassung heute wohl Niemand mehr ernstlich Anstoß nimmt.

B. Protokolle über Hauptverhandlungen. [85])

§ 9. a) Allgemeine Vorschriften für alle Hauptverhandlungsprotokolle. [86])

Während sich der Protokollführer im Vorverfahren auf eine größtentheils passive (mechanische) Rolle beschränkt sieht und die Hauptaufgabe bei Feststellung der Protokolle hiebei naturgemäß dem Untersuchungsrichter zufällt, ist es erst die Mitwirkung bei der Hauptverhandlung, welche Wesen und Zweck der Protokollführung in ihrem wahren Lichte und in ihrer eigentlichen Bedeutung erkennen läßt. Hier, wo der Protokollführer in freier Auffassung und in selbstständiger Thätigkeit die gemachten Wahrnehmungen zu fixiren hat, wird ihm erst Gelegenheit geboten, zu zeigen, ob er die dem Schriftführeramte im Strafprocesse eingeräumte Stellung richtig zu erfassen und durchzuführen vermag. Die hiebei dem Protokollführer zufallende Aufgabe ist um so wichtiger und verantwortungsvoller, [87]) als das Gesetz der genauesten Einhaltung und Constatirung der Formvorschriften die größte Bedeutung beilegt und die Mangelhaftigkeit des Hauptverhandlungsprotokolles leicht die Nichtigkeit und Aufhebung des ganzen Verfahrens nach sich ziehen kann.

Zwar so weit, als das französische Recht, geht unsere Gesetzgebung in dieser Hinsicht nicht. Der französische Cassationshof hat durch wiederholte Aussprüche [88]) den Grundsatz anerkannt, daß jede vom Gesetze vorgeschrie-

[83]) § 15 cit.
[84]) §§ 17, 24 cit.
[85]) Vgl. Ullmann a. a. O. § 147; Dr. S. Mayer „Commentar" ad § 271 St. P. O.; v. Schwarze a. a. O. (S. 435 ff.); Hermann Meyer a. a. O. S. 28 ff.; Rosenblatt: „Die Führung der Verhandlungsprotokolle in unserer Strafgerichtspraxis" („Criminalistische Blätter", Jahrgang 1876, Nr. 53).
[86]) Vgl. hiezu §§ 3 u. 4 dieser Abhandlung.
[87]) Ueber die Verantwortlichkeit des Protokollführers s. das hierüber in § 2 dieser Abhandlung Ausgeführte.
[88]) So sprach der franz. Cassationshof die Nichtigkeitserklärung in einem Falle aus, wo die Eidesleistung der Geschwornen nicht constatirt war. (Arrêt v. 14. Sept.

bene Förmlichkeit, deren Beobachtung im Protokolle nicht ausdrücklich erwähnt ist, als unterlassen anzusehen ist; hiernach hat das bloße stillschweigende Uebergehen einer solchen Förmlichkeit im Protokolle die Nichtigkeitserklärung der Verhandlung im Gefolge,[89]) ohne daß diese Lücke im Protokolle durch ein anderes Beweismittel ergänzt werden darf. Nach französischem Rechte ist überhaupt die Anfechtung des gerichtlichen Protokolles im Wege des Gegenbeweises ganz unzulässig. Es bedarf hiezu der Einbringung einer besonderen Klage, der Fälschungsklage (inscription en [oder de] faux.[90]) Dies war auch noch der Standpunkt unserer obersten Rechtsprechung nach der Strafproceßordnung vom Jahre 1850.

Unser geltendes Gesetz enthält keine ausdrücklichen Normen *über die Beweiskraft der strafgerichtlichen Protokolle und über die Anfechtbarkeit ihres Inhaltes*. Insbesondere ist nirgends ausgesprochen, wie ein im Protokolle enthaltener Irrthum constatirt und verbessert werden könne und ebenso wenig, daß durch das Protokoll ein unumstößlicher Beweis für das darin Enthaltene geliefert sei. Es muß daher dem obersten Gerichtshofe ohne Zweifel gestattet sein, nach seinem discretionären Ermessen zu beurtheilen, ob an der Beurkundung des angefochtenen Protokolles festzuhalten sei oder nicht und er wird daher auch von der ihm gesetzlich[91]) eingeräumten Befugniß zur Einholung thatsächlicher Aufklärungen über behauptete Formverletzungen, ganz unabhängig von dem Inhalte des Protokolles, in allen Fällen Gebrauch machen, wo ihm dies zur beruhigenden Feststellung der Vorfragen, z. B. ob ein Zeuge wirklich beeidigt worden ist u. dgl. m., unumgänglich nöthig erscheint.

Ueber jede Hauptverhandlung ist bei sonstiger Nichtigkeit ein Protokoll aufzunehmen; dasselbe muß von dem Vorsitzenden und dem

1820.) Ebenso in einem anderen Falle deshalb, weil bei einer, mehrere Sitzungen dauernden Strafsache nicht im Protokolle bemerkt war, daß in jeder Sitzung die Oeffentlichkeit stattfand. (Arrêt v. 24. Juni 1831.) Endlich in einem anderen Falle deshalb, weil über einen Zeugeneid nur bemerkt war, die Zeugen haben den Eid „prescrit par la loi“ geleistet, ohne daß im Protokolle ausdrücklich die gesetzliche Eidesformel enthalten war. (Arrêt v. 23. März 1849.) Vgl. hierüber *Mittermaier*: „Das System der Nichtigkeiten wegen Verletzung von Formvorschriften im Strafprocesse“ im „Gerichtssaal“, Jahrg. 1850, Bd. I., S. 483; *Merckel*: „Ueber die Beweiskraft des amtlichen Protokolls in Strafsachen nach französisch-rheinischem Rechte“, ebenda Bd. II., S. 158, u. *Morin*: „Dictionnaire du droit criminel“ sub verbo: „Procès-verbal“.

[89]) Auch zieht die Auslassung einer wesentlichen Förmlichkeit im Protokolle die Verurtheilung des Schriftführers zu einer Ordnungsstrafe von 500 Frcs. und zum Ersatz der Kosten des aufgehobenen Verfahrens nach sich. (Art. 372 code d'instr. crim.)

[90]) Das Protokoll hat öffentlichen Glauben („fait foi“), bis zum Nachweise der Fälschung. So auch nach § 274 der deutschen Strafproceßordnung.

[91]) § 286 St. P. O. u. § 6 des Gesetzes v. 31. Decbr. 1877, R. G. Bl. Nr. 3 für 1878.

Schriftführer unterschrieben werden.[92]) Fehlt auch nur eine der beiden *Unterschriften*, so ist das Protokoll ebenfalls nichtig. Das Gesetz hat keine Bestimmung getroffen für den Fall, als Vorsitzender oder Schriftführer etwa vor Unterfertigung des Protokolles mit Tod abgingen oder sonstwie dauernd daran verhindert würden. In solchem Ausnahmsfalle dürfte wohl an Stelle des Vorsitzenden der älteste Beisitzer mit der Unterschrift zu betrauen sein;[93]) wäre aber das Hinderniß beim Schriftführer eingetreten, so dürfte in solchem Falle die Unterschrift des Vorsitzenden allein genügen.[94]) Natürlich müßte aber in beiden Fällen der Grund der Behinderung im Protokolle ersichtlich gemacht werden.

Sowie in die Unterschrift theilen sich Vorsitzender und Schriftführer[95]) auch in die *Verantwortlichkeit* bezüglich des Protokolles. Der Vorsitzende hat die Pflicht, das Protokoll vor der Unterfertigung nachzuprüfen;[96]) er hat auch das Recht, dem Schriftführer die Feststellung einzelner Vorgänge im Protokolle aufzutragen. Dagegen ist er nicht berechtigt, etwa um einen vorgekommenen Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verdecken, die Protokollirung eines thatsächlichen Vorganges zu verbieten.[97]) Daß der Vorsitzende das Protokoll auch selbst dictiren darf, ist gesetzlich nirgends ausgeschlossen;[98]) an der Verantwortlichkeit des Schriftführers für den Inhalt des Protokolles ist aber hiedurch nichts geändert.

Andere Mitglieder des Gerichtshofes, außer dem Vorsitzenden und Schriftführer, haben auf die Feststellung des Protokolls keinen Einfluß zu üben,[99]) da sie ja auch keinerlei Verantwortlichkeit für dessen Inhalt trifft.

Damit der Schriftführer seiner Aufgabe bei Hauptverhandlungen völlig entspreche, ist vor Allem erforderlich, daß er dem Gange der Verhandlung mit der gespanntesten *Aufmerksamkeit* folge[100]) und die zu fixirenden Vorgänge sogleich zu Papier bringe.

Der „*Kopf*“ des Protokolles hat außer den oben[101]) angeführten

[92]) § 271 (1. Satz) St. P. O.

[93]) So verfügt auch § 271 der deutschen St. P. O., s. hierüber Hermann *Meyer* a. a. O. S. 2 u. 28.

[94]) So auch französ. Spruchpraxis in beiden Fällen.

[95]) Ueber die Verantwortlichkeit des Schriftführers s. das in § 2 Gesagte.

[96]) „S'il contient le narré clair fidèle et complet des formalités qui ont été observées“, s. *Merckel* a. a. O.

[97]) S. Hermann *Meyer* a. a. O.

[98]) Bei unfähigen Schriftführern ist der Verhandlungsrichter, wie z. B. in der Regel in Uebertretungsfällen (s. unten) auf dem Lande nur zu häufig gegen seinen Willen hiezu genöthigt.

[99]) So kann z. B. der Gerichtshof nicht, etwa auf Antrag des Vertheidigers, die Protokollirung einer Aeußerung des Vorsitzenden gegen dessen Willen beschließen.

[100]) Die Vorschrift des § 149 der Instr. s. d. Strafger. bezieht sich wohl in erhöhtem Maße auch auf den Protokollführer.

[101]) S. § 4 d. Abhandlung.

allgemeinen Erfordernissen ausdrücklich die Namen der anwesenden Mitglieder des Gerichtshofes, der Parteien und ihrer Vertreter zu enthalten.[102])

Der eigentliche Inhalt des Protokolles ist theils formeller, theils materieller Natur.

Rücksichtlich des formellen Inhaltes ist bestimmt, daß alle wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens zu beurkunden sind.[103]) Die Frage, welche Förmlichkeiten als wesentlich anzusehen sind, ist im Gesetze nur demonstrativ, nicht taxativ beantwortet. Hiernach ist im Protokolle insbesondere anzuführen, welche Zeugen und Sachverständigen vernommen und welche Actenstücke vorgelesen wurden, ob die Zeugen und Sachverständigen beeidigt wurden oder aus welchen Gründen die Beeidigung unterblieb.[104]) Welche Förmlichkeiten weiter noch zu beurkunden sind, hat der Protokollführer (respective der Vorsitzende) nach freiem Ermessen zu beurtheilen und sich hiebei vor Allem den Zusammenhang mit den formellen Nichtigkeitsgründen[105]) vor Augen zu halten. Er wird daher weiters im Protokolle zu constatiren haben: ob die Verhandlung mit Zulassung oder Ausschließung der Oeffentlichkeit stattfindet;[106]) die Mittheilung der Anklageschrift;[107]) die nachträgliche Verständigung des Angeklagten von dem in dessen Abwesenheit Verhandelten;[108]) die vom Vorsitzenden kraft dessen discretionärer Gewalt getroffenen Verfügungen;[109]) die Verkündigung des Urtheiles und die Rechtsmittelbelehrung[110]) u. s. f.

In materieller Beziehung hat das Protokoll zu enthalten:

1. alle Anträge der Parteien und die von dem Vorsitzenden oder dem Gerichte darüber erfolgten Entscheidungen[111]) sammt Gründen;[112])

2. die Antworten des Angeklagten und die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen ihrem wesentlichen Inhalte nach, jedoch nur dann:

a) wenn sie Abweichungen, Veränderungen oder Zusätze der in den Acten niedergelegten Angaben enthalten, oder

b) wenn die Zeugen oder Sachverständigen in der öffentlichen Sitzung das erste Mal vernommen werden.[113])

Da zur Beobachtung der beiden letzten Punkte die genaueste Kenntniß der Acten des Vorverfahrens nöthig ist, eine solche aber beim Protokollführer nicht vorausgesetzt werden kann, so muß der Vorsitzende Letzteren zu dessen Darnachachtung sogleich während der Verhandlung darauf aufmerksam machen,[114]) so oft eine abweichende oder neue Aussage gemacht wird. Jedenfalls aber ist dem Protokollführer, zumal bei umfangreicheren, complicirteren Fällen, dringend zu empfehlen, sich auch schon vor der Verhandlung einigermaßen mit dem Inhalte der Untersuchungsacten vertraut zu machen, wodurch ihm nicht nur seine Aufgabe wesentlich erleichtert, sondern auch eine Bürgschaft größerer Exactheit in der Protokollirung geschaffen wird.

Außer den dazu berufenen Gerichtspersonen ist auch den Parteien in mehrfacher Richtung eine Einflußnahme bei Feststellung des Protokolles eingeräumt, und zwar:

1. steht ihnen frei, zur Wahrung ihrer Rechte die Feststellung einzelner Punkte im Protokolle zu verlangen.[115]) Sie sind hiebei durchaus nicht durch die bloße Rücksicht auf die Rechtsmittelinstanz eingeschränkt, sondern können derlei Feststellungen auch mit Rücksicht auf andere Interessen, z. B. zur Wahrung weiterer strafrechtlicher oder auch civilrechtlicher Ansprüche, begehren. Das Recht wird in Form der Stellung bezüglicher Anträge auszuüben sein, welchen der Vorsitzende, respective der Gerichtshof stattgeben oder die er, z. B. wenn es sich dabei nur um Chicane handelt, abweisen wird.

2. Können die Parteien auch auf die wörtliche Fassung einzelner Stellen im Protokolle antragen, in welchem Falle der Vorsitzende sofort die Verlesung der bezüglichen Stellen anzuordnen hat.[116])

3. Steht den Parteien das Recht zu, von dem abgeschlossenen Protokolle und dessen Beilagen Einsicht und Abschrift zu nehmen.[117]) Hiedurch ist der Partei die Möglichkeit gewahrt, die Genauigkeit und Vollständigkeit der Protokollirung zu überwachen und allfällige Anträge auf nachträgliche Berichtigung oder Ergänzung des Protokolles zu stellen,[118]) da ja die Verlesung des ganzen Protokolles nicht stattfindet.

---

[102]) § 271 St. P. O.
[103]) § 271 (2. Satz) St. P. O.
[104]) § 271 (2. Satz) St. P. O.
[105]) § 281, Z. 2, 3 u. 4 u. § 344, Z. 2, 3, 4, 5, 6, 7 u. 8 St. P. O.
[106]) §§ 228 u. 229 St. P. O.
[107]) § 244 St. P. O.
[108]) § 249 St. P. O.
[109]) § 254 St. P. O.
[110]) § 268 St. P. O.
[111]) § 271 (2. Satz) St. P. O.
[112]) § 238 St. P. O.
[113]) § 271, Al. 3 St. P. O.

[114]) Sollte der Vorsitzende dies unterlassen haben und der Protokollführer darüber im Zweifel sein, so hat er sich bei dem Vorsitzenden oder bei einem Votanten sogleich darüber zu informiren; was ihm überhaupt in allen Fällen, wo er über einen Vorgang (sei es, daß er etwas überhört oder nicht recht verstanden hat u. dgl. m.) im Unklaren geblieben, unmittelbar bei jedem solchen Anlasse zu thun gestattet sein muß. Es wäre eine sehr übel angebrachte Bescheidenheit oder Scheu, dergleichen Anfragen, etwa um den Gang der Verhandlung nicht zu stören, erst bis zum Schlusse derselben zu verschieben, wo sich dann die gewünschte Aufklärung kaum mehr mit derselben Sicherheit und Leichtigkeit ertheilen läßt. Da der Protokollführer die Verantwortlichkeit für die Genauigkeit der Protokollirung mitträgt und eine zuverlässige Protokollführung nicht minder im Interesse des Gerichtes, als der Parteien gelegen ist, so wird kein billig denkender Vorsitzender an dergleichen kleinen Unterbrechungen, wenn sie natürlich auf das strickteste Bedürfniß beschränkt bleiben und in gehöriger Form erfolgen, Anstand nehmen können.
[115]) § 271, Al. 1, letzter Satz St. P. O.
[116]) § 271, Al. 2 St. P. O.
[117]) § 271, Al. 5 St. P. O.
[118]) Der oberste Gerichtshof hat anerkannt, daß angeblichen Unvollständigkeiten und Ungenauigkeiten des Protokolles nur durch Stellung geeigneter Anträge beim Proceßgerichte zu begegnen ist. (Cass.-Entsch. v. 1. Dec. 1881, Z. 7442.)

Das Gesetz [119]) gestattet auch die stenographische Aufzeichnung aller Aussagen und Vorträge, welche bei wichtigen, complicirten Verhandlungen von großem Werthe sein kann. Dieselbe hat stattzufinden:

1. wenn der Vorsitzende oder der Gerichtshof es angemessen findet; und
2. wenn eine Partei sie rechtzeitig und unter vorläufigem Kostenerlage verlangt.

Ist der amtliche Protokollführer der Stenographie genügend mächtig, so kann natürlich er selbst zur Functionirung als Stenograph berufen werden; andernfalls ist ein eigener Stenograph zuzuziehen, der aber früher als Schriftführer zu beeidigen ist. [120])

Die stenographischen Aufzeichnungen sind jedoch binnen 48 Stunden in gewöhnliche Schrift zu übertragen, dem Vorsitzenden oder einem von ihm hiemit betrauten Richter zur Prüfung vorzulegen und dem Protokolle beizuschließen. Den stenographischen Aufzeichnungen kommt hienach derselbe amtliche, authentische Charakter zu, wie den übrigen Theilen des Protokolles. [121])

Die im Vorstehenden erörterten gesetzlichen Bestimmungen haben auf alle Gattungen von Hauptverhandlungen, [122]) und zwar sowohl in der ersten Instanz, als auch in den höheren Instanzen entsprechende Anwendung zu finden, soweit nicht einzelne besondere Vorschriften gelten, wovon in den beiden folgenden Paragraphen zu reden sein wird.

b) Besondere Vorschriften.

§ 10. Hauptverhandlungsprotokolle vor dem Geschwornen- und vor dem Standgerichte.

1. Vor dem Geschwornengerichte. [123])

Das Protokoll über die Hauptverhandlung vor dem Geschwornengerichte muß auch die Namen der Geschwornen, die Vorgänge bei Bildung der Geschwornenbank [124]) (insbesondere die Constatirung der von dem Vorsitzenden gestellten Frage bezüglich eines Ausschließungsgrundes der Geschwornen, sowie der Anzahl der anwesenden Geschwornen), und die Beeidigung der Letzteren [125]) enthalten; die Eidesformel selbst braucht nicht in das Protokoll geschrieben zu werden.

[119]) § 271, Al. 4 St. P. O.
[120]) Arg. § 23 St. P. O.
[121]) Die in dem Artikel: „Stenographie im Gerichtssaale" („Juristische Blätter", Jahrgang 1875, Nr. 4) ausgesprochene entgegengesetzte Ansicht erweist sich als unhaltbar. Vgl. über diese Frage auch Rulf: „Die Praxis des österr. Strafprocesses". (Wien 1878.) Ad § 271 St. P. O.
[122]) §§ 342, 444, 447, 473, Al. 1, 287 St. P. O.
[123]) § 342 St. P. O. Vgl. hierüber auch Dr. Joseph v. Würth: „Die österr. Strafproceßordnung v. 17. Jänner 1850" (Wien 1851), worin brauchbare Formularien enthalten sind.
[124]) §§ 304–310 St. P. O.
[125]) § 313 St. P. O.

Der von den Geschwornen beantwortete, vom Vorsitzenden unterschriebene und vom Schriftführer mitzufertigende Fragebogen [126]) ist dem Protokolle beizuheften und bildet daher einen integrirenden Bestandtheil desselben.

Auf Verlangen ist auch die vom Vorsitzenden den Geschwornen in deren Berathungszimmer ertheilte Belehrung zu Protokoll zu nehmen. [127])

Da das Resumé [128]) des Vorsitzenden häufig Gegenstand der Anfechtung bildet, der oberste Gerichtshof aber nur dann in der Lage ist, dasselbe zu beurtheilen, [129]) wenn es im Hauptverhandlungsprotokolle ersichtlich gemacht ist, und da ferner die Parteien von dem ihnen zustehenden Rechte, die Fixirung der Rechtsbelehrung zu verlangen, oft erst in Folge des Inhalts der letzteren Gebrauch machen, so empfiehlt es sich für die Schriftführer, die Rechtsbelehrung auf alle Fälle zu Protokoll zu nehmen, und für den Vorsitzenden, dieselbe auf solche Weise zu ertheilen, daß dem Schriftführer das Mitschreiben ermöglicht wird. [130])

2. Vor dem Standgerichte. [131])

Das Protokoll über die Hauptverhandlung vor dem Standgerichte ist von sämmtlichen Richtern und dem Schriftführer zu unterzeichnen, wodurch demselben mit Rücksicht auf dem summarischen Charakter des Verfahrens größere Authenticität verliehen werden soll.

§ 11. Hauptverhandlungsprotokolle in Uebertretungsfällen.

Auf keinem Gebiete der Strafrechtspflege machen sich die mehrfach berührten Mängel der Protokollführung fühlbarer, als in Uebertretungsfällen. Und doch wirken verschiedene Umstände zusammen, um der Protokollführung gerade in diesen Fällen große Bedeutung zu verleihen und daher zu erhöhter Sorgfalt anzuspornen. Nicht nur daß in Folge des Rechtsmittelsystems eine Ueberprüfung des materiellen Inhalts gerade dieser Straffälle am häufigsten stattfindet, so darf auch nicht außer Acht gelassen werden, daß in der Praxis die Berufungsinstanz, da die Vorladung von Zeugen und Sachverständigen in derselben nicht begünstigt wird, [132]) und ihr auch gewöhnlich kein anderes actenmäßiges Beweismateriale vorliegt, behufs ihrer Information und Judicatur fast ausschließlich auf den Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolles angewiesen ist. [133])

[126]) § 330, Al. 3 St. P. O.
[127]) § 327, Al. 3 St. P. O.
[128]) § 325 St. P. O.
[129]) § 344, Z. 8 St. P. O.
[130]) Vgl. hierüber die Ausführungen J. v. W(aser)'s: „Zur Anwendung der Strafproceßordnung" in „Gerichts-Zeitung" vom 21. Aug. 1877, Nr. 67; sowie die Cass.-Entsch. v. 13. Februar 1880, Z. 11.913, Sammlg. Nr. 224.
[131]) § 444 St. P. O.
[132]) § 470 St. P. O.
[133]) Ob diese Praxis auch vollkommen den Intentionen, ja zum Theil selbst dem Wortlaute des Gesetzes entspricht, scheint uns mehr als zweifelhaft. Jedenfalls

Aber wie selten geben diese Protokolle ein verläßliches und vollständiges Bild der betreffenden Straffache! Und das ist auch kaum anders möglich, wenn man sich vergegenwärtigt, unter welchen Umständen sie, besonders bei den ländlichen Bezirksgerichten zu Stande gebracht werden müssen. Der häufig überbürdete richterliche Beamte, der das Strafrichteramt nur so nebenbei, soweit ihm seine anderen Agenden Zeit übrig lassen, versehen kann, ist genöthigt, bei den Hauptverhandlungen nicht nur den Gang derselben zu leiten, die Parteien zu verständlichen Aeußerungen zu bewegen (was auf dem Lande oft keine kleine Arbeit kostet), die häufig (man denke nur an die wilde Stimmung der Parteien bei Ehrenbeleidigungsprocessen!) arg bedrohte Disciplin im Amtszimmer aufrecht zu erhalten (wobei ihm keinerlei Apparat wie dem Vorsitzenden beim Gerichtshofe zu Gebote steht), sich inzwischen über die durchaus nicht immer leicht zu lösende juristische Qualification des von ihm unmittelbar darauf zu entscheidenden Straffalles klar zu werden, dabei auf Einhaltung eines möglichst raschen Tempo der Verhandlung Bedacht zu nehmen, da ja nothwendigerweise noch viele andere Verhandlungen in einem gewissen Zeitabschnitte vorgenommen werden müssen und endlich, zur Krönung des Ganzen, sein eigener Protokollführer zu sein! Denn Derjenige, der ihm zu dieser Function zugewiesen ist, erweist sich, der Regel nach, als gänzlich untauglich zur selbstständigen Fixirung der Verhandlungsresultate. Der Strafrichter sieht sich daher vor die Alternative gestellt, entweder das Protokoll dem Schriftführer schon während der Verhandlung in die Feder zu dictiren, was auf den Gang derselben nicht wenig störend und verschleppend einwirkt, oder sich im Laufe derselben fortwährend mit den ausführlichsten Notizen zu versehen und erst nach der Verhandlung die Feststellung und Ausfertigung des Protokolles in Angriff zu nehmen, was für ihn nicht blos einen verdoppelten Mühe- und Zeitaufwand bedeutet, sondern auch viele unliebsame, im Eifer der Verhandlungsleitung unterlaufene Uebersehen im Gefolge zu haben pflegt.

Unter solchen Umständen ist es kaum zu verwundern, daß selbst die der höheren Instanz vorgelegten bezirksgerichtlichen Hauptverhandlungsprotokolle — und doch werden diese begreiflicherweise noch mit der relativ größten Sorgfalt redigirt — zu vielen Bemänglungen Anlaß bieten. Die Aussagen sind flüchtig,[134]) undeutlich wiedergegeben, es fehlt an der Angabe, ob die gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten, insbesondere die handschlägige Verpflichtung der Zeugen beobachtet wurden, und ob und

sollte den Entscheidungsgründen des ersten Richters größere Beachtung geschenkt werden, während dieselben thatsächlich, trotz der ausdrücklichen Vorschrift des § 472, Al. 3 St. P. O., bei manchen Appellsenaten nicht einmal der Vorlesung gewürdigt werden.

[134]) Häufig findet sich u. A. der Passus: „Zeuge X. wiederholt den Inhalt der Anzeige", eine Stylisirung, die, wenn überhaupt, so doch wohl nur dann zulässig erscheint, wenn die Anzeige in klarer, erschöpfender Weise abgefaßt wurde, was z. B. bei Gensdarmerie-Anzeigen durchschnittlich nicht der Fall ist.

wie über Parteienanträge entschieden wurde; nicht selten gibt es offenbare Actenwidrigkeiten, unaufgeklärte Widersprüche zwischen protokollarischen und urtheilsmäßigen Feststellungen u. s. f.

Die Folge dieser Mängel sind stete Ergänzungen, Wiederholungen, Aufhebungen des erstrichterlichen Verfahrens, worunter die Strafrechtspflege empfindlich zu leiden hat.

Zur Steuerung der gekennzeichneten Uebelstände würde es jedenfalls wesentlich beitragen, wenn die Protokollführung bei den bezirksgerichtlichen Hauptverhandlungen in die Hände brauchbarer Schriftführer gelegt würde und diese, falls sie nicht schon Juristen wären, sich doch mit den für die Protokollführung bestehenden gesetzlichen Vorschriften einigermaßen vertraut zu machen veranlaßt würden.

Die Protokolle über Hauptverhandlungen in Uebertretungsfällen sind nach den oben[135]) dargelegten allgemeinen Grundsätzen abzufassen[136]) und ist bei der Protokollführung der mehr summarische Charakter des Verfahrens mit der schon früher als nothwendig betonten, weitestgehenden Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der höheren Instanz möglichst in Einklang zu bringen.

Der Inhalt dieser Protokolle kann insoferne auch noch eine Erweiterung erfahren, als es zulässig ist, das gefällte Urtheil sammt Gründen in den Context des Hauptverhandlungsprotokolles einzuverleiben.[137])

§ 12. c) Berathungsprotokolle.[138])

Ueber die Berathungen und Abstimmungen während und am Schlusse der Hauptverhandlung ist in den Fällen, wo sich das Gericht zur Beschlußfassung in das Berathungszimmer zurückgezogen hat, ein abgesondertes Protokoll zu führen.[139])

Der Schriftführer hat sich bei Abfassung des Berathungsprotokolles vor Allem die für die Berathung und Abstimmung der Richtercollegien gegebenen gesetzlichen Bestimmungen[140]) stets gegenwärtig zu halten. Hienach wird sich der Inhalt des Berathungsprotokolles am zweckmäßigsten in der Weise gliedern lassen, daß es zu enthalten habe die Berathung und Abstimmung:

I. über alle Vor- und Zwischenfragen, wie über die Zuständigkeit des Gerichtes, über die Nothwendigkeit von Ergänzungen des Verfahrens u. s. f., soweit über diese und ähnliche Fragen und Parteienanträge im Berathungszimmer entschieden wurde;

[135]) S. § 9 dieser Abhandlung.
[136]) §§ 447, 458 St. P. O.
[137]) § 458 St. P. O.
[138]) Vergl. hierüber W. Th. Frühwald: „Handbuch des österreichischen allgemeinen Strafprocesses" (Wien 1854), worin auch beim Bestande des heutigen Gesetzes noch manche praktische Winke und insbesondere brauchbare Formularien von Protokollen zu finden sind.
[139]) §§ 272, 342, 444 St. P. O.
[140]) §§ 19, 20, 21 u. 22 St. P. O.

II. über die Schuldfrage, und zwar abgesondert rücksichtlich jedes einzelnen Delictes und jedes einzelnen Angeklagten;

III. über die Straffrage, inbegrifflich aller Strafverschärfungen und Nebenstrafen, als: Fasttage, Landesverweisung, Stellung unter Polizeiaufsicht u. dgl. m.;

IV. über die privatrechtlichen Ansprüche,[141] als: Zuerkennung von Entschädigungen, Ungiltigkeitserklärung von Rechtsgeschäften u. dgl. m.; und

V. über die Strafkostenfrage.[142]

Bei jedem einzelnen dieser Punkte sind die von den einzelnen Stimmführern abgegebenen Meinungen (Voten) sammt den etwa beigefügten Gründen derselben in der Ordnung und Reihenfolge, in der sie abgegeben wurden, jedoch ohne Wiederholung und ohne unnütze Weitläufigkeit, endlich der gefaßte Beschluß mit der Angabe, wie die Mehrheit der Stimmen berechnet wurde, klar und bestimmt darzustellen und mit Hinweisung auf die Begründung der einzelnen Meinungen zu bemerken, welche der angeführten Entscheidungsgründe von der Mehrheit der Stimmen angenommen worden sind.[143] Wenn, wie häufig in ganz zwangloser Weise geschieht, die einzelnen Votanten im Laufe der Berathung und Abstimmung ihre Meinungen wechseln und sich schließlich etwa dem Gewichte der von Mitvotanten vorgebrachten Gründe „conformiren", so erscheint es völlig überflüssig und sogar widersinnig, die einzelnen Phasen dieser Voten ersichtlich zu machen und es genügt vollständig, die letzte definitive Meinung jedes einzelnen Votanten zu fixiren.

Hat der Protokollführer Zweifel über den Sinn eines einzelnen Votums oder darüber, ob und mit welchen Stimmen ein Votum, oder welches Votum zum Beschlusse erhoben wurde, so ist er nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, sich sogleich darüber bei dem Vorsitzenden oder bei den einzelnen Stimmführern Raths zu erholen,[144] bevor er Halbgehörtes oder Unverstandenes zu Protokoll nimmt.

Am Schlusse des Berathungsprotokolles ist auch anzumerken, welchem der Stimmführer die Abfassung des Urtheils sammt Gründen übertragen wurde.[145]

C. § 13. Sitzungsprotokolle.[146]

Auch außer den Hauptverhandlungen ist über jede andere gemeinschaftliche Berathung und Beschlußfassung der collegialisch gebildeten

[141]) §§ 365 bis 371 St. P. O.
[142]) §§ 380 u. ff. St. P. O.
[143]) §§ 161 u. 162 d. Instr. f. d. Strafgerichte.
[144]) Vergl. § 179 Ger.-Instr. (v. 3. Mai 1853).
[145]) § 162 (Schluß) d. Instr. f. d. Strafgerichte.
[146]) § 23 St. P. O.; § 164 u. Eingang Alin. 3 d. Instr. f. d. Strafgerichte; §§ 177–183 G. J. (v. Jahre 1853).

Gerichte sämmtlicher Instanzen ein Protokoll zu führen, d. i. das Sitzungsprotokoll i. e. S.

Im Eingange desselben ist zu bemerken, bei welchem Gerichte, in welchem Senate desselben und an welchem Tage die Sitzung gehalten worden ist; wer den Vorsitz geführt hat, welche stimmführenden Mitglieder des Gerichtes und welche Vertreter der Staatsanwaltschaft[147] gegenwärtig waren und wer als Protokollführer beigezogen wurde.

Das Protokoll selbst hat weiter nichts zu enthalten, als die Einreichungsprotokollszahlen der vorgetragenen Geschäftsstücke; doch muß in demselben ersichtlich gemacht werden, welche Votanten bei der Berathung und Beschlußfassung rücksichtlich jedes einzelnen Geschäftsstückes mitgewirkt haben und sind daher alle in der Zusammensetzung des Senates während der Sitzung etwa stattfindenden Veränderungen genau zu verzeichnen. Dem Neuling in der Protokollführung verursacht es mitunter einige Schwierigkeit, sich, zumal bei kleineren Collegialgerichten, wo sich der Gerichtshof nicht in mehrere Senate abtheilt, sondern in ungetheilter Rathsversammlung die Sitzung abhält, bei jedem Geschäftsstücke sogleich darüber zu orientiren, wie viele und welche Votanten sich an der Beschlußfassung betheiligt haben. Denn die Zusammensetzung eines solchen Senats wechselt fortwährend, ohne daß dies immer vom Vorsitzenden besonders hervorgehoben wird und ohne daß die im einzelnen Falle an der Abstimmung Unbetheiligten das Berathungszimmer verlassen. Im Allgemeinen, insoferne nämlich nicht vom Vorsitzenden im einzelnen Falle etwas Anderes verfügt und bekanntgemacht wird, ist daran festzuhalten, daß die Votanten nach Maßgabe ihres Ranges und ihrer Anciennität zur Theilnahme an der Abstimmung herangezogen werden.[148] Rücksichtlich der Anzahl der Votanten muß sich aber der Protokollführer die diesbezüglichen, über die Zusammensetzung der Senate bestehenden Vorschriften[149] gegenwärtig halten. Allfällige Zweifel sind durch Anfrage bei dem Vorsitzenden zu beseitigen.

Die Abstimmung und Schlußfassung selbst ist nur auf den Referatsbögen, und zwar mit Anführung des Tages der Berathung und der Gegenwärtigen ersichtlich zu machen.

Bei einhellig gefaßten Beschlüssen geschieht dieses nur durch die Beifügung des Wortes „Einhellig" und der Fertigung des Protokollisten.[150]

[147]) § 35, Alin. 2 St. P. O.
[148]) § 19 St. P. O.
[149]) Wie §§ 12 (Alin. 3), 13 (Alin. 2 u. 3), 15, 16, 357, 401 St. P. O.
[150]) Also z. B.:

Sitzung vom 13. April 1886.
Gegenwärtig:
Vorsitzender: Landesgerichtsrath A.
Staatsanwalt: B.
Votanten: Landesgerichtsrath C.
" Referent Ger.-Adj. D.
Einhellig.
(Expediatur des Vorsitzenden.) (Unterschrift des Protokollführers.)

Bei Geschäftsstücken aber, bei welchen in der Hauptsache oder in Nebenpunkten, oder auch nur in Ansehung der Förmlichkeiten oder der Entscheidungsgründe verschiedene Meinungen vorgekommen sind, ist auf dem Referatsbogen nach dem Aufsatze des Referenten und, wenn der Raum nicht hinreicht, auf einem abgesonderten, halbgebrochenen Bogen ohne Wiederholung der von dem Referenten bereits angeführten Gründe und ohne unnütze Weitläufigkeit, jedoch klar und bestimmt darzustellen, welcher Meinung jeder der Stimmführer war, mit welchen Gründen er dieselbe unterstützte, welchem Antrage allenfalls der Vorsitzende beitrat und wie die Mehrheit der Stimmen berechnet wurde. Die etwa vorgenommene wiederholte Umfrage und Abstimmung, die Zuziehung von mehreren Stimmführern und der ganze Vorgang bei der Berathung, Abstimmung und Schlußfassung überhaupt ist genau auseinanderzusetzen. Endlich ist der gefaßte Beschluß anzuführen und mit Hinweisung auf die Begründung der einzelnen Meinungen zu bemerken, welche der angeführten Entscheidungsgründe von der Mehrheit der Stimmen angenommen worden sind. [151])

[151]) Also z. B.:

Sitzung vom 13. April 1886.
Gegenwärtig:
Vorsitzender: Kreisgerichtspräsident X.
Staatsanwalt: Y.
Votanten: Landesgerichtsrath A.
„ Referent Landesgerichtsrath B.
„ Ger.-Adj. C

Referent Landesgerichtsrath B. beantragt, das Strafaufschubsgesuch des Z. aus den in demselben angeführten Gründen mittelst des oben entworfenen Berichtes an das k. k. Oberlandesgericht mit dem Antrage auf Bewilligung des Gesuchsbegehrens vorzulegen.

Staatsanwalt Y. ist gegen den Antrag des Referenten, da bereits vier Wochen seit der Urtheilsfällung verstrichen sind und die im Gesuche geltend gemachten Gründe nicht hinreichend gewichtig erscheinen, um den Strafantritt des Z. noch weiter hinauszuschieben.

Votant Landesgerichtsrath A. beantragt die Zurückweisung des Gesuches aus den vom Staatsanwalte Y. angeführten Gründen.

Votant Ger.-Adj. C. stimmt dem Antrage des Referenten vollinhaltlich zu.

Vorsitzender Präsident X. tritt dem Antrage des ersten Votanten Landesgerichtsrath A. aus dessen Gründen bei.

Es erscheint daher der Antrag des Referenten bei Stimmengleichheit gemäß § 20, Alin. 3 St. P. O. zum Beschlusse erhoben.

(Expediatur des Vorsitzenden.) (Unterschrift des Schriftführers.)

Oder im selben Falle:

Referent Landesgerichtsrath B. (wie oben).

Staatsanwalt Y. (wie oben).

Votant Landesgerichtsrath A. (wie oben).

Votant Ger.-Adj. C. tritt dem Antrage des ersten Votanten vollinhaltlich bei.

Vorsitzender Präsident X. stimmt mit den beiden vorangegangenen Votanten.

Es erscheint daher der Antrag des ersten Votanten Landesgerichtsrath A. mit Stimmenmehrheit (oder per majora) zum Beschlusse erhoben.

(Exp. des Vorsitzenden.) (Unterschrift des Schriftführers.)

Im Zweifel hat sich der Schriftführer wie oben [152]) zu benehmen.

Jedem Stimmführer steht frei, die Gründe seiner Meinung schriftlich zu verfassen und zu begehren, daß dieser Aufsatz der Aufzeichnung der Abstimmung beigefügt werde.

Der Protokollführer hat diejenigen Geschäftsstücke, zu welchen die Ausfertigungen bereits verfaßt und von dem Referenten als richtig bestätigt sind, sammt dem Sitzungsprotokolle womöglich binnen 24 Stunden dem Vorsitzenden, die übrigen Geschäftsstücke aber Demjenigen zu überschicken, welcher die Ausfertigungen zu entwerfen hat; übrigens gleich nach geendigter Sitzung ein Verzeichniß der erledigten Geschäftszahlen dem Vorsteher des Expedits und des Einreichungsprotokolles mitzutheilen.

Der Vorsitzende hat die Aufzeichnungen des Protokollführers über die Abstimmungen und gefaßten Beschlüsse auf den Referaten und das Sitzungsprotokoll genau zu prüfen, wenn er sie unrichtig oder unvollständig findet, nöthigenfalls nach vorläufiger Rücksprache mit den Stimmführenden berichtigen zu lassen und zur Bestätigung seine Unterschrift beizufügen.

D. § 14. Verschiedene andere Protokolle.

Außer den in den vorstehenden §§ 6 bis inclusive 13 erörterten Hauptkategorien von Protokollen schreibt die Strafproceßordnung noch in verschiedenen Fällen die Aufnahme von Protokollen vor, welche sich unter einzelnen keinen der obigen gemeinsamen Gesichtspunkte bringen lassen und bei deren Abfassung also nur die im ersten Abschnitte dieser Abhandlung enthaltenen allgemeinen Vorschriften zu beobachten sind, während für den materiellen Inhalt dieser Protokolle bei dem casuistischen Charakter derselben, hier außer den wenigen unten folgenden, keine besonderen Vorschriften gegeben werden können.

Hienach ist insbesondere ein Protokoll aufzunehmen:

1. *über mündliche Strafanzeigen*, sowohl wenn sie von Privatanklägern, als auch wenn sie im Falle von Amtswegen zu verfolgender Delicte erstattet werden, wo freilich diese Aufgabe zunächst der Staatsanwaltschaft zufällt. [153]) Der Untersuchungsrichter hat den Anzeiger auf solche Art einzuvernehmen, daß für die weiteren Amtshandlungen die erforderliche Grundlage gewonnen werde; [154])

2. *über die mündliche Verkündigung gerichtlicher Verfügungen* [155]) *und über die Mittheilung der Anklageschrift.* [156]) In diesem Protokolle ist insbesondere jedesmal ersichtlich zu machen, daß der Beschuldigte bezüglich der ihm zustehenden Rechtsmittel belehrt wurde; [157])

[152]) § 12 dieser Abhandlung.
[153]) § 46 St. P. O.; §§ 9, 68 V. V.
[154]) § 9 V. V.
[155]) § 77 St. P. O.
[156]) §§ 208 u. 209 St. P. O.
[157]) §§ 3, 208 St. P. O.

3. über die mündliche Anmeldung und Ausführung von Rechtsmitteln, insbesondere der Beschwerde,[158]) des Einspruches,[159]) der Nichtigkeitsbeschwerde[160]) und der Berufung.[161]) Die Protokollirung der Ausführung dieser Rechtsmittel kann mitunter eine sehr schwierige, zeitraubende und die eigentlichen Pflichten eines richterlichen Beamten, der ja denn doch nicht Parteienvertreter ist, weitaus übersteigende Arbeit erfordern. In derlei complicirten und insbesondere bei der Beschaffenheit der Nullitätsgründe[162]) mitunter sehr heiklichen Fällen muß es dem Richter wohl gestattet sein, den Beschwerdeführer, wenn dessen Verhältnisse es zulässig erscheinen lassen, an einen Rechtsfreund zu weisen.

Außerdem findet die Protokollsaufnahme noch in mehreren, im Gesetze bestimmten Fällen[163]) statt, über die nichts Besonderes zu bemerken ist.

---

[158]) §§ 113, 481 St. P. O.
[159]) §§ 209, 243, 427, 461 St. P. O.
[160]) §§ 284, 285, 346 St. P. O.
[161]) §§ 294, 346 u. 467 St. P. O.
[162]) Obzwar die Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde immer schriftlich bei Gericht zu überreichen ist, so räumt doch § 285 St. P. O. dem Beschwerdeführer das Recht ein, die Nichtigkeitsgründe schon bei Anmeldung der Beschwerde zu bezeichnen; das Gericht wird daher dennoch häufig bemüssigt sein, sich für die Partei, welche wohl nur in den seltensten Fällen das Wesen der Nichtigkeitsgründe zu erfassen, geschweige denn sie „einzeln und bestimmt" zu bezeichnen vermag, dieser Aufgabe zu unterziehen.
[163]) So in den Fällen der §§ 144, 147, 277, 278, 341 ꝛc. St. P. O.

č. 7.

UEBER DEN SOGENANNTEN

ZEUGNISSZWANG.

NACH DEM

IN PREUSSEN GELTENDEN RECHTE.

VON

Dr. E. T. RUBO,
STADTGERICHTSRATH UND PROFESSOR DER RECHTE
ZU BERLIN.

ODKAZ
PROF. DRA FRANTIŠKA STORCHA,
UNIVERSITĚ MASARYKOVĚ.

BERLIN.
CARL HEYMANN'S VERLAG.
1878.

In dem Mai-Hefte der Preussischen Jahrbücher von 1877 haben wir es versucht, darzuthun, dass nach dem gegenwärtig für Preussen geltenden Rechte die Vorschriften der §§. 312 und 337 der Preussischen Criminal-Ordnung vom 11. December 1805:

> „(§. 312.) Weigert sich Jemand, als Zeuge sich vernehmen zu lassen, so soll er dazu von seinem ordentlichen Richter durch Geld- oder Gefängnissstrafen angehalten werden."
>
> „(§. 337.) Gegen diejenigen, welche in den nicht ausgenommenen Fällen die körperliche Leistung des Zeugeneides beharrlich verweigern, muss ebenso verfahren werden, als gegen diejenigen, welche sich der Ablegung des Zeugnisses gänzlich entziehen wollen. (§. 312.)"

aufgehoben sind.

Unsere Beweisführung stützte sich auf den §. 2 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Strafgesetzbuche vom 31. Mai 1870:

> „Mit diesem Tage (1. Januar 1871/72) tritt das Bundes- und Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (für das Deutsche Reich sind) ausser Kraft."

Unter Bezugnahme auf diese Bestimmung setzten wir nämlich auseinander, dass die Materie „unter welcher Voraussetzung gegen einen Zeugen Strafen zu verhängen sind“ bereits Gegenstand des Deutschen Strafgesetzbuches da sei, wo, wie beispielsweise im §. 154 des Deutschen Strafgesetzbuches Zuchthaus bis zu zehn Jahren gegen denjenigen Zeugen angedroht ist, der wissentlich ein falsches Zeugniss mit einem Eide bekräftigt; zugleich knüpften wir hieran die Folgerung, dass, weil die §§. 312 und 337 der Preussischen Criminal-Ordnung auch die Materie behandelten, „unter welcher Voraussetzung gegen einen Zeugen Strafen zu verhängen seien,“ eben diese zwei Paragraphen, gemäss jenes §. 2 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Strafgesetzbuche, ausser Kraft getreten wären.

Als zweifellos und einer weiteren Begründung nicht bedürftig erklärten wir am Schlusse unserer Darstellung die §§. 312 und 337 der Preussischen Criminal-Ordnung auf Grund selbigen §. 2 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Strafgesetzbuch insbesondere auch darum für aufgehoben, weil die in denselben ausdrücklich, ja sogar ausschliesslich behandelte Materie vom Zeugnisszwange in dem also lautenden §. 343 des Deutschen Strafgesetzbuches:

> „Ein Beamter, welcher in einer Untersuchung Zwangsmittel anwendet oder anwenden lässt, um Geständnisse oder Aussagen zu erpressen, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft“

gleichfalls Gegenstand des Deutschen Straf-Gesetzbuches sei.

Der Vollständigkeit wegen und aus Rücksicht für die rechtsgeschichtliche Entwickelung der Frage prüften wir auch, welche Strafe in den Fällen der §§. 312 und

337 cit. vor Geltung des Deutschen Strafgesetzbuches zulässig gewesen sei.

Der Umstand, dass der in Rede stehende §. 312 zwar Geld- oder Gefängnissstrafen androht, das Mass derselben aber nicht angibt, dessen Festsetzung vielmehr nur dem Ermessen des Richters überlässt, nöthigte uns dabei, die daselbst geschehene Strafandrohung für eine sog. willkührliche zu erachten und aus dem, bei Inkrafttretung der Preussischen Criminal-Ordnung geltend gewesenen §. 35, Th. II., Tit. 20 des Allgemeinen Land-Rechts für die Preussischen Staaten vom 5. Februar 1794:

> „Wenn die Gesetze eine willkührliche Strafe verordnen, so darf dieselbe nicht über Gefängniss von sechs Wochen, oder funfzig Thaler Geldbusse, ausgedehnt werden“

zu folgern, dass bereits bei Beginn seiner Geltung der §. 312 cit. überhaupt nur Gefängnissstrafe bis zu sechs Wochen oder Geldstrafe bis zu funfzig Thalern als anwendbar erklärt habe.

Für diejenige Zeit, in welcher das Preussische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 Geltung hatte, nahmen wir auf folgende Bestimmung in Art. VIII. des Einführungsgesetzes zu letzterem Bezug:

> „Wenn in Materien, über welche das gegenwärtige Strafgesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Gesetze eine Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren androhen, so ist die Handlung ein Verbrechen.
>
> . . . . . .
>
> . . . . . .
>
> . . . . . .
>
> Besteht die Strafe nur in einer Freiheits-

strafe bis zu sechs Wochen, oder in Geldbusse bis zu funfzig Thalern, oder ist die Strafe in den Gesetzen als eine willkührliche bezeichnet, so ist die Handlung eine Uebertretung;“

und wir zogen hieraus den Schluss, dass, wenn überhaupt noch die §§. 312 und 337 der Preussischen Criminal-Ordnung neben dem Preussischen Strafgesetzbuche vom 14. April 1851 in Kraft geblieben wären, die in denselben geschehene Strafandrohung jedenfalls auch unter der Herrschaft letztgedachten Gesetzbuches nicht über Gefängniss von sechs Wochen oder Geldstrafe von funfzig Thalern ausgedehnt werden durfte, da in §. 1 des Preussischen Strafgesetzbuches vom 14. April 1851 als Uebertretung diejenige Handlung erklärt worden, die im Höchstbetrage mit Gefängniss bis zu sechs Wochen oder Geldstrafe bis zu funfzig Thalern bedroht ist.

Unsere Ausführungen sind Gegenstand mannigfacher Besprechung gewesen. Als Ausdruck gegnerischer Ansichten sind uns nur zwei Aufsätze bekannt geworden. Den einen derselben hat der Herr Stadtrichter Dr. Kayser aus Berlin verfasst und durch Nr. 25 der Berliner Wochenschrift „Die Gegenwart“ veröffentlicht. Der andere Aufsatz ist, ohne Angabe des Verfassers, als Leitartikel in Nr. 306 der Berliner „National-Zeitung“ vom 4. Juni 1877 erschienen.

Die Gründe, aus welchen Herr Dr. Kayser unsere Ausführungen für nicht richtig erklärt, sind folgende:

1. Die Preussische Criminal-Ordnung vom 11. December 1805 kenne gegen den ungehorsamen Zeugen nicht Strafe, sondern nur Zwangsmittel, die gesetzlich nicht begrenzt werden

können, bei denen vielmehr nur das Ermessen des Richters entscheidend sein müsse.

2. Die Bezeichnung einer solchen Strafe, welche dem Ermessen des Richters anheimgegeben ist, als einer „willkührlichen“, sei rücksichtlich des altpreussischen Rechts irrig. Dasselbe kenne jenen Begriff nicht, grenze vielmehr die von ihm als willkührliche bezeichneten Strafen in §. 35, Th. II., Tit. 20 Allg. Land-Rechts dahin ab, dass unter ihnen Gefängnissstrafe bis zu sechs Wochen oder Geldstrafe bis zu funfzig Thalern verstanden werden müsse.

3. Im Sinne von §. 35, Th. II., Tit. 20 Allg. Land-Rechts für die Preussischen Staaten seien „willkührliche Strafen“ überhaupt nur diejenigen, die das Gesetz selbst ausdrücklich als „willkührliche Strafen“ bezeichnet.

4. Der Art. VIII. des Einführungsgesetzes zum Preussischen Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 beziehe sich, wo er der „willkührlichen Strafen“ gedenkt, nur auf diejenigen Strafen, die in den Gesetzen ausdrücklich mit der Bezeichnung: „willkührliche Strafe“ angedroht sind; eine solche liege aber in §. 312 der Preussischen Criminal-Ordnung vom 11. December 1805 nicht vor.

5. Materie des vom „Meineid“ handelnden Abschnitts des Deutschen Strafgesetzbuches sei nicht sowohl der Zeuge, als vielmehr das Zeugniss.

6. Der §. 343 des Deutschen Strafgesetzbuches

setze für die Strafbarkeit der daselbst vorgesehenen Handlung ein „unbefugtes“ Anwenden von Zwangsmitteln voraus.

Der zuvor erwähnte Leitartikel der „National-Zeitung“ bemerkt über unsere Ausführungen rücksichtlich der Bedeutung der §§. 312 und 337 cit. unter der Herrschaft des Allg. Land-Rechts von 1794 und des Preussischen Strafgesetzbuchs von 1851: „es beruhten dieselben auf einer bedenklich arglosen Vermischung von Strafen, durch welche Jemand zu einer positiven Leistung „angehalten“ werden soll, mit den Strafen für begangene Handlungen.“ Unsere weiteren Erörterungen, dass durch §. 2 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Strafgesetzbuche die §§. 312 und 337 der Preussischen Criminal-Ordnung kraftlos geworden seien, bezeichnet der Leitartikel als „überschraubte Scholastik“ und „theoretische Begriffssplitterei.“

Dass sämmtliche Einwendungen und deren Begründungen hinfällig sind, glauben wir in Nachstehendem darzuthun. Getreu den Ausführungen unserer ersten Abhandlung werden auch hier wir streng uns an das Sachliche halten und dadurch, wie wir hoffen, die Richtigkeit desjenigen auf das Sicherste darlegen, was Gegenstand der Anfechtung geworden ist.

Herr Stadtrichter Kayser begründet seinen zuvor erwähnten Ersten Einwand, dass der §. 312 der Preussischen Criminal-Ordnung keineswegs Strafen, sondern lediglich Zwangsmittel androhe, durch folgende Aussprüche, die wir darum wortgetreu mittheilen, weil bei selbst richtiger Wiedergabe nur des Inhalts die Annahme einer irrthümlichen Auffassung allzuleicht obwalten könnte:

„Die Art und Weise aber, wie die Zeugnisspflicht erzwungen wird, ist verschieden und abhängig von dem Charakter des Strafprocesses. Nach dem bis zum Jahre 1848 in Deutschland üblichen Inquisitionsprincip stellte man auf der einen Seite an den Beschuldigten die Forderung, die Wahrheit zu sagen und zu gestehen, und es ist gewiss bekannt, dass man zur Ermittelung der Wahrheit die Tortur brauchte. Auf der andern Seite entsprach diesem an den Beschuldigten gestellten Verlangen die Pflicht eines Jeden, Zeugniss abzulegen. So wie der gegen den Beschuldigten geübte Zwang keine Grenzen kannte, sowie man die Folter nicht als eine Strafe bezeichnen darf, so war auch der Zwang gegen den Zeugen, zu reden, unbegrenzt, so können auch die gegen ihn angewandten Zwangsmittel nicht als Strafe aufgefasst werden.

Da die Preussische Criminal-Ordnung von 1805 noch ganz unter dem Eindruck des Inquisitionsprincips steht, so kennt dieselbe gegen den ungehorsamen Zeugen auch keine Straf-, sondern nur Zwangsmittel, die freilich gesetzlich nicht begrenzt werden können, sondern wobei lediglich das vernünftige Ermessen des Richters entscheidend sein muss.“

Diese Begründung ist sowohl in ihren Voraussetzungen, wie in ihren Schlussfolgerungen irrig. Denn es ist nicht wahr, dass das Inquisitionsprincip es sei, aus welchem sich dem Verklagten gegenüber die Forderung ableiten lässt, die Wahrheit zu sagen und zu gestehen. Das Inquisitionsprincip hat in Ansehung der Rechte und der Pflichten des Angeklagten keinerlei Bedeutung. Dem Inquisitionsprincipe, als einem Unterscheidungsmerkmale auf dem Gebiete des Strafprocesses steht nur das sogen. Accusationsprincip entgegen; und es besteht die Verschiedenheit beider Principien darin, dass bei dem Inquisitionsprincip das Amt des Klägers und das des Richters von Einer und derselben Person ausgeübt werden, während bei dem Accusationsprincipe eine andere Person als diejenige das Ankläger-

Amt verwaltet, welche das Amt des Richters wahrnimmt.

Unwahr in seiner Allgemeinheit ist ferner der von Herrn Dr. Kayser als „gewiss bekannt“ hingestellte Satz, „dass man zur Ermittelung der Wahrheit die Tortur brauchte.“ Denn nur bei denjenigen schweren Missethaten, die mit dem Tode oder mit solchen Strafen bedroht waren, die an Haut und Haar gingen, war die Tortur gestattet.[1])

In gleicher Weise ist es unwahr, dass der Verpflichtung des Angeschuldigten zur Aussage der Wahrheit, auf der einen Seite, die Verpflichtung eines jeden zur Zeugnissabgabe, auf der anderen Seite, entsprochen habe. Letztere Pflicht regelt sich vielmehr selbstständig; auch hat sie mit ersterer niemals in Wechselwirkung oder in ursächlichem Zusammenhang gestanden.

Es ist ebenso unwahr, dass der gegen den Beschuldigten geübte Zwang keine Grenzen kannte. Selbst, wo in den schwersten Fällen die Tortur stattfand, durfte höchstens dreimal dieselbe zur Anwendung gelangen;[2]) überdies durfte bei einer jeden einzelnen Tortur die Zeit von 2 Stunden, nach Vorschrift der Magdeburger Polizei-Verordnung von 1688 sogar die Zeit von $^3/_4$ Stunden nicht überschritten werden.[3])

Und nicht minder unrichtig ist die Behauptung, dass

[1]) Vergl. Heils: iudex et defensor in processu inquisitionis. Lipsiae 1738 cap. V. de tortura §. 3 S. 199; eine für bestimmte Fälle etwas weiter gehende, zur Anerkennung aber nicht gelangte Ansicht Carpzov's vergl. ebenda und §. 52 S. 267.

[2]) Vergl. Heils: a. a. O. §. 46 S. 237 ff.

[3]) Vergl. Heils: a. a O. § 42 S. 234 f.

man die Tortur nicht als eine Strafe bezeichnen darf. Sehr wahr und auch für die Gegenwart zutreffend erklärt v. Quistorp:[4]) „Strafen sind diejenigen Uebel, die einem deshalb von der Obrigkeit zugefügt werden, weil er diejenigen Pflichten nicht freiwillig erfüllet hat, zu welchen er nach den Gesetzen des Staats verbunden war.“ Eine Kenntniss des Wesens und der Voraussetzungen der Folter macht es Angesichts dieser, das innerste Wesen der Strafen auf das Schärfste kennzeichnenden Erklärung geradezu unmöglich, der Tortur die Eigenschaft einer Strafe nicht beizulegen. Hüte man sich nämlich vor der Annahme — zu welcher der, von Herrn Dr. Kayser bedingungslos und unbeschränkt als „gewiss bekannt“ hingestellte Satz, dass man zur Ermittelung der Wahrheit die Tortur brauchte, allerdings leicht verleiten könnte — als ob auf blosse Beschuldigung oder auf blossen Verdacht hin die Folter zur Anwendung gekommen wäre!

Die Anwendbarkeit der Folter war vielmehr dadurch bedingt, dass gewisse allgemeine,[5]) bei bestimmten Missethaten sogar noch gewisse besondere[6]) Verdachtsgründe schwerer Art gegen die Beschuldigten bereits erwiesen waren; und die Anwendung der Folter beruhte, zumal seit der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. von 1532, auf der Anschauung, dass bei einer Belastung so schwerer Art es Pflicht des Beschuldigten sei, ein Geständniss abzugeben, und dass im Weigerungsfalle da, wo nach Massgabe des Gesetzes die ordentliche Strafe nur im

[4]) v. Quistorp: Grundsätze des Deutschen Peinlichen Rechts. Auflage V. Rostock und Leipzig 1794 §. 71.

[5]) Vergl. Heils: a. a. O. §. 16 ff. S. 211 ff.

[6]) Vergl. Heils: a. a. O. §. 24 ff. S. 218 ff

Falle eines Geständnisses verhängt werden dürfe,[7]) die Erfüllung jener Pflicht durch Auferlegung derjenigen harten Leiden und Uebel erzwungen werden müsse, in welchen sich die Vollziehung der Folter offenbarte. Gerade darum charakterisirte sich aber die peinliche Frage unter Anwendung beispielsweise der spanischen Stiefeln, des gespickten Hasen, des spanischen Bocks, des Federkiels in Schwefel getaucht, des Pechknauls, der Pommerschen Mütze, des Lüneburg'schen Stuhls oder des Halskragen als eine Strafe im wahrsten Sinne. Ausdrücklich spricht denn auch, unter Bezugnahme noch auf andere Rechtslehrer, v. Quistorp[8]) es aus, dass „die Marter" (Tortur) „nicht ohne Grund einer Leibesstrafe gleichgeachtet wird."

Wenn mithin daraus, dass die Tortur eine Strafe nicht sei, ingleichen, dass der gegen den Angeschuldigten behufs Ablegung eines Geständnisses angewendete Zwang nicht begrenzt gewesen, Herr Dr. Kayser den Schluss gezogen, dass auch die gegen einen Zeugen behufs Zeugnissabgabe angewendeten Zwangsmittel nicht als Strafen erachtet werden dürften und dass diese

[7]) Ausgeschlossen ist kraft ausdrücklicher Vorschrift daher die Folter, wo auch ohne ein Geständniss die dem Beschuldigten zur Last gelegte That genugsam bewiesen ist. Es bestimmt nämlich art. 69 der im Jahre 1532 von Kaiser Carl V. erlassenen Peinlichen Halsgerichtsordnung: „Item so der beklagt, nach gnugsamer beweisung noch nit bekennen wolt, soll im angezeygt werden, dass er der missethatt bewiesen sei, ob man dardurch sein bekantnuss dester eher auch erlangen kündt, ob er aber dannocht darüber nachmals nit bekennen wolt, des er doch, als obsteht, gnugsam bewiesen wer, so solt er nit destweniger der beweisten missthat nach, ohn eynich peinlich frage verurtheylt werden."

[8]) v. Quistorp: Grundsätze des Deutschen Peinlichen Rechts. Auflage V. 1794 §. 730.

Zwangsmittel — die gesetzlich nicht begrenzt werden könnten (!) — auch nicht begrenzt waren: so ergibt sich die Hinfälligkeit der Schlussfolgerung als solcher schon daraus, dass die derselben zu Grunde gelegten Vordersätze dargethanermassen selbst unrichtig sind.

Anlangend den zweiten Einwand des Herrn Dr. Kayser, dass das Allg. Land-Recht für die Preussischen Staaten von 1794 den Begriff der willkührlichen Strafe als einer solchen Strafe, die dem Ermessen des Richters anheimgegeben sei, nicht kenne und dass darum der, von willkührlichen Strafen handelnde §. 35 Theil II. Tit. 20 des Allg. Land-Rechts auf den §. 312 der Preussischen Communal-Ordnung von 1805 nicht anwendbar sei: so hat der Herr Dr. Kayser Beweisgründe dafür nicht erbracht. Er nennt unsere Ansicht lediglich eine „unrichtige Behauptung" und glaubt auf Grund seiner Erklärung sich zu dem weiteren Ausspruche berechtigt, dass, weil unsere Behauptung eine unrichtige sei, unsere ganze Ausführung von selbst zusammenstürze.

Zweifelsohne hat Herr Dr. Kayser Gründe darum nicht angegeben, weil er dergleichen anzugeben nicht vermocht hat. Für die Klarlegung des Begriffs der „willkührlichen Strafen" bei Inkrafttretung des Preussischen Allg. Land-Rechts von 1794 und zur Bekräftigung unserer Ausführungen verweisen wir dagegen beispielsweise auf die also lautende Erklärung v. Quistorp's in §. 72 der, gleichfalls im Jahre 1794 erschienenen fünften Auflage seiner „Grundsätze des Deutschen Peinlichen Rechts": „Strafen, welche dem Ermessen des Richters überlassen sind, nennt man willkührliche Strafen."

Ohne Weiteres ergibt sich hienach die Haltlosigkeit der dahin gehenden dritten Kayser'schen Ein-

wendung, der §. 35 Theil II. Titel 20 Allg. Land-Rechts beziehe sich nur auf diejenigen Strafen, die im Gesetze selbst mit dem Namen „willkührliche Strafe“ bezeichnet sind. Für die Richtigkeit dieses Einwandes bietet der, bei Lösung der Frage ausschliesslich in Betracht kommende §. 35 cit. durchaus keinerlei Anhalt. Steht nämlich fest, wie dies erörtermassen allerdings der Fall ist, dass bereits bei Inkrafttretung des Preussischen Allg. Land-Rechts willkührliche Strafen diejenigen Strafen hiessen, die dem Ermessen des Richters überlassen waren, so ziemt es Niemanden, bei dem §. 35 cit. eine restrictive Interpretation in dem Sinn zu üben, dass der daselbst gebrauchte Ausdruck: „willkührliche Strafe“ nicht sowohl den anerkannten selbstständigen Begriff bezeichnen, als vielmehr nur die Wiederholung einer, von den Gesetzesredactoren lediglich beliebten Wörterzusammenstellung bilde. Einer solchen restrictiven Interpretation des §. 35 cit. macht sich aber Herr Dr. Kayser schuldig, indem er die Anwendbarkeit dieses Paragraphen nicht auf diejenigen Fälle erstrecken will, in denen überhaupt inhaltlich eine willkührliche Strafe in dem, bei Inkrafttretung des Allg. Land-Rechts geltenden Sinne, d. h. eine dem Ermessen des Richters anheimgegebene Strafe angedroht ist, sondern nur auf diejenigen Fälle, in denen die angedrohte Strafe mit den Worten: „willkührliche Strafe“ bezeichnet ist. Bei dieser Dr. Kayser'schen Annahme ergäbe sich übrigens das gesetzgeberisch geradezu Widersinnige, ja geradezu Lächerliche, dass diejenigen, dem Ermessen des Richters anheimgegebenen Strafen, welche nicht ausdrücklich als „willkührliche Strafen“ bezeichnet worden: willkührliche Strafen **sind**, dass aber diejenigen Strafen des Allg. Land-Rechts, welche ausdrücklich als willkührliche Strafen bezeichnet

worden: gemäss §. 35 cit., willkührliche Strafen ausdrücklich **nicht** sind!! Darf Derartiges den Redactoren des Preussischen Allg. Land-Rechts angesonnen werden? Herr Dr. Kayser aber hat es nicht einmal für angezeigt gehalten, seine Einwendungen mit Gründen zu belegen! Wie wenig übrigens die Annahme gerechtfertigt ist, dass der §. 35 cit. nur insoweit den Ausdruck: „willkührliche Strafe“ erläutern wolle, als derselbe im Allg. Land-Rechte sich befindet, erhellt schon aus dem Wortlaut des §. 35 selbst. Denn dieser letztere schreibt vor:

„Wenn **die** Gesetze eine willkührliche Strafe verordnen, so darf dieselbe . . . .“,

und der Gebrauch des Pluralis: „**die** Gesetze“ verbietet eine Beschränkung des §. 35 blos auf das Preussische Allg. Land-Recht geradezu von selbst. Er zeigt an, dass der §. 35 eine allgemeine Gesetzesvorschrift für alle diejenigen Fälle bietet, in denen überhaupt für die, durch das Allg. Land-Recht beherrschten Lande eine, dem allgemeinen Begriffe entsprechende, und somit dem Inhalte nach „willkührliche“ Strafe gesetzlich verordnet ist.

Dass aber die Kayser'sche Ansicht einer jeden gesetzlichen Grundlage entbehrt und nichts weiter als eine unwahre Behauptung ist, ergibt sich schliesslich auf das Deutlichste aus dem, gleichzeitig mit dem Allg. Land-Rechte publicirten officiellen „Register zum Allg. Land-Recht für die Preussischen Staaten“. Bei dem Worte „Strafen“ erklärt dasselbe nämlich wörtlich: „**willkührliche** wird erkannt, wenn das Gesetz die Bestimmung der Strafe **dem Richter anheimstellt**, und sie kann nicht über sechs Wochen Gefängniss oder funfzig Reichsthaler Geldbusse ausgedehnt werden. Allg. L.-R. II., 20 §. 35.“

So erweist sich denn auch der vierte Einwand des

Herrn Dr. Kayser als hinfällig: dass der Art. VIII. des Einführungsgesetzes zum Preussischen Strafgesetzbuche vom 14. April 1851 sich darum auf den §. 312 der Preussischen Criminal-Ordnung vom 11. December 1805 nicht beziehe, weil an einschlägiger Stelle jener Art. VIII. nur einer solchen Strafe gedenke, die in den Gesetzen als eine willkührliche „bezeichnet“ sei, der §. 312 cit. aber die dort vorgesehenen Geld- oder Gefängnissstrafen ohne den Zusatz androhe, dass dieselben eine willkührliche Strafe seien. Denn auch ohne diesen letzteren, an sich durchaus selbstverständlichen Zusatz war gerade dadurch, dass der §. 312 das Mass der Strafe nicht androhte, dieses vielmehr dem Ermessen des Richters überliess, die Strafe des §. 312, ihrem Wesen und Inhalte nach, von selbst als eine willkührliche bezeichnet. Ja! der Bericht der, Seitens der zweiten Kammer zur Berathung des unterm 14. April 1851 publicirten Preussischen Strafgesetzbuches, eingesetzten Commission erklärt rücksichtlich der gegenwärtig in Rede stehenden Bestimmung:

> „ist die Strafe in den Gesetzen als eine willkührliche bezeichnet, so ist die Handlung eine Uebertretung“

wörtlich noch Folgendes:

> „Ausserdem ist zu erwähnen, dass in den Gesetzen zum öfteren eine „willkührliche Strafe“ angeordnet ist. Der §. 35, Th. II., Tit. 20 Allg. Land-Rechts bestimmt, dass darunter eine Strafe bis zu sechs Wochen Gefängniss und bis 50 Thaler Geldbusse zu verstehen. Dies war hier zu wiederholen.
>
> Wenn aber ferner die Ausdrucksweise der Gesetze auch mitunter dahin geht, dass eine Handlung:
>
> nachdrücklich,
> verhältnissmässig,
> angemessen
>
> zu strafen, ohne dass ein bestimmtes Strafmass festgesetzt worden, so war die Commission darüber **mit dem Vertreter der Regierung** einverstanden, **dass diese allgemeinen Ausdrücke die Festsetzung einer „willkührlichen Strafe“ in dem obigen Sinne enthalten.**
>
> Nach diesen Grundsätzen ist der Artikel entworfen, die Vertretung der Regierung hat sich damit einverstanden erklärt und empfiehlt die Commission denselben zur Annahme.“

Wie soll man es hiernach benennen, wenn dennoch, in Anschluss an seine Bemerkung:

> „Bereits in einem Rescripte vom 7. Februar 1815 ist darauf hingewiesen, dass der erwähnte §. 35 nur dann Anwendung findet, wenn das Gesetz selbst sich des Ausdruckes „„willkührliche Strafe““ bedient.“

Herr Stadtrichter Dr. Kayser im Unfehlbarkeitsstyl und mit Selbstüberhebung wiederum geradezu unwahr ausspricht:

> „dies ist auch die allein richtige Auffassung; dies wird auch **bestätigt** durch Art. VIII. des Einführungsgesetzes zum Preussischen Strafgesetzbuche vom 14. April 1851, wonach eine Handlung als Uebertretung gilt, wenn sie (die Strafe) in den Gesetzen als eine willkührliche bezeichnet ist.“

Sind aber als Androhungen willkührlicher Strafen, im Sinne jenes Art. VIII., insbesondere auch diejenigen Bestimmungen zu erachten, durch welche, „ohne Festsetzung eines bestimmten Strafmasses," eine angemessene Bestrafung angeordnet wird: so droht im Sinne eben jenes Art. VIII. folgeweise auch der §. 312 der Preussischen Criminal-Ordnung eine willkührliche Strafe an. Denn ein bestimmtes Strafmass ist dort nicht vorgesehen: dasselbe soll vielmehr, wie auch Herr Dr. Kayser ausdrücklich hervorhebt und anerkennt, nach dem pflichtmässigen und vernünftigen Ermessen des Richters festgesetzt werden; und die Bedeutung der in §. 312 der Preussischen Criminal-Ordnung geschehenen Strafandrohung ist sachlich daher dieselbe, als wenn statt: „durch Geld- oder Gefängnissstrafen angehalten werden" die Worte gesetzt wären: „angemessen durch Geld- oder Gefängnissstrafen angehalten werden". Diese sachliche Bedeutung ist aber in dem vorliegendem Falle um so gewichtiger, als in dem vorerwähnten Berichte zu dem, in Rede stehenden Art. VIII. überhaupt nur die „Grundsätze angegeben sind, nach denen der Artikel entworfen worden ist."

Der fünfte Einwand des Herrn Dr. Käyser lautet dahin: „nicht „„der Zeuge"" ist Materie des Abschnittes vom Meineide, sondern „„das Zeugniss""". Herr Stadtrichter Kayser leitet daraus ab, dass der §. 312 cit. nicht eine Materie betreffe, welche Gegenstand des Deutschen Strafgesetz-Buches ist und dass sonach der §. 312 durch letzteres nicht aufgehoben worden. Dieser Schluss ist in jederlei Hinsicht falsch. Was zunächst die Behauptung anlangt, es betreffe der vom „Meineid" handelnde Abschnitt des Deutschen Strafgesetzbuchs nicht den Zeugen, sondern das

Zeugniss, so ist dieselbe eine inhaltslose Phrase. Denn ein Zeugniss ist jedenfalls eine, von einem Zeugen gemachte Aussage: und wo das Zeugniss sich als Materie darstellt, da ist mithin ohne Weiteres der Zeuge zugleich auch Materie; wie denn überhaupt ja doch ausschliesslich der Zeuge es ist, den die Strafe trifft.

Die Behauptung des Herrn Dr. Kayser ist aber auch unbegründet. Denn beispielsweise besagt der, in dem Abschnitte über „Meineid" befindliche §. 157 des Deutschen Strafgesetzbuchs: „Hat ein Zeuge ..... sich eines Meineides ..... schuldig gemacht, so ist die ..... Strafe".

Wäre jedoch selbst nur **„das Zeugniss"** Materie des in Rede stehenden Abschnittes über Meineid, so folgte dennoch, dass die §§. 312 und 337 der Preussischen Criminal-Ordnung durch die Vorschriften jenes Abschnittes aufgehoben worden sind. Mit dürren Worten spricht nämlich der §. 337 es aus, dass in §. 312 auch das Zeugniss Materie ist. Denn er lautet ja also:

> „Gegen Diejenigen, welche in den nicht ausgenommenen Fällen die körperliche Leistung des Zeugeneides beharrlich verweigern, muss ebenso verfahren werden, als gegen Diejenigen, welche sich der Ablegung des **Zeugnisses** gänzlich entziehen wollen **(§. 312)**."

Mit welcher Unwissenheit eines Dilettanten Herr Dr. Kayser es aber wagt, seine Ansicht zu begründen, dass Materie des, vom Meineide handelnden Abschnittes nicht der Zeuge, sondern das Zeugniss sei und dass demgemäss unsere Erklärung von der Aufhebung der §§. 312 und 337 durch §. 2 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Strafgesetzbuche nicht richtig wäre, bekundet folgende Stelle des Kayser'schen Aufsatzes:

„Würde die Rubo'sche Ansicht richtig sein, dann müsste der Zeuge, welcher seine richtige Aussage beschworen hat, aber, ärgerlich über das viele Fragen, den Gerichtshof beispielsweise mit jener durch Götz von Berlichingen klassisch gewordenen Redensart begrüsste, straflos bleiben; denn auch diese Redensart ist in der Materie vom Meineid weggelassen. Wenn also Rubo meint, ein Zeuge könne nur soweit gestraft werden, als er eine falsche Aussage macht, dann gibt die Eigenschaft als Zeuge im Gerichtssaal einen Freibrief zur ungestraften Begehung aller übrigen im Strafgesetzbuche bedrohten Handlungen."

Nichts hiervon ist wahr.

Der unseren Ausführungen zu Grunde gelegte §. 2 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Strafgesetzbuche:

> „Mit diesem Tage (1. Januar 1871/72) tritt das Bundes- und Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund sind, ausser Kraft"

hob, wie wir ausdrücklich erwähnten, an sich auch selbstverständlich ist, nur diejenigen strafrechtlichen Bestimmungen auf, die in jener Vorschrift des §. 2 bezeichnet sind; und es ist geradezu unverständlich, wie Herr Dr. Kayser in gutem Glauben zu den Aeusserungen gelangt ist, es sei unsere Meinung, „ein Zeuge könne nur soweit gestraft werden als er eine falsche Aussage macht". Nicht das Entfernteste hiervon haben wir selbst nur angedeutet: und genaues Lesen sollte man doch bei Demjenigen voraussetzen, der, wie Herr Dr. Kayser, eine Widerlegung unternehmen will! Wenn ein Zeuge so, wie Herr Dr. Kayser als Beispiel anzuführen beliebt hat, einen Gerichtshof beleidigt, so muss er, nach Massgabe des Deutschen Strafgesetzbuches ebenso bestraft werden, wie wenn er eine andere, im Deutschen Strafgesetzbuche vorgesehene Handlung begangen hat. Denn der zuvor erwähnte §. 2 des Einführungsgesetzes hat das, durch den §. 1 eben dieses Gesetzes überhaupt erst in Kraft gesetzte Deutsche Strafgesetzbuch weder ganz noch theilweise ausser Kraft treten lassen wollen. Der §. 2 betrifft — wie über jeden Zweifel erhaben — nur solche Bestimmungen, die neben dem Deutschen Strafgesetzbuche vorhanden sind, nicht auch solche, die in demselben sich befinden.

Und sollen wir nunmehr noch des sechsten Einwandes gedenken, den Herr Dr. Kayser erhoben? Fürwahr! Kennern des Rechts gegenüber bedarf derselbe einer Widerlegung nicht: er kann nur für Diejenigen einen Anschein von Bedeutung haben, die entweder das Recht nicht kennen oder die Anwendung desselben mehr nach dem Gefühle, als nach dem Verstande gehandhabt wissen wollen. Herr Dr. Kayser äussert sich nämlich folgendermassen:

> „Rubo . . . erachtet die Bestimmungen der Criminal-Ordnung auch deswegen für aufgehoben, weil die in ihnen behandelte Materie vom Zeugnisszwange Gegenstand des §. 343 des Reichsstrafgesetzbuches sei:
>
> „Ein Beamter, welcher in einer Untersuchung Zwangsmittel anwenden lässt, um Geständnisse oder Aussagen zu erpressen, wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft."
>
> Hier hätte ich gewünscht, dass Rubo den Lapidarstyl bei Seite gelassen und eine kleine Erläuterung beigefügt hätte Will er annehmen, dass ein Richter, der gegen den ungehorsamen Zeugen Zwangsmittel anwendet sich eines schweren Verbrechens schuldig macht und Zuchthausstrafe verwirkt? . . . . Dann müsste auch der Scharfrichter mit dem Tode bestraft werden, der in Ausführung des Urtheils beim Köpfen den Verbrecher „„mit Vorsatz und Ueberlegung"" tödtet, ganz wie §. 212

des Reichsstrafgesetzbuches es verlangt. **Selbstverständlich** setzen alle jene Vorschriften voraus, dass das bedrohte Handeln ein „„unbefugtes““ sei. Lässt aber Rubo befugte Zwangsmittel gegen den Zeugen zu, dann sind sie durch jenen §. 343 geradezu bestätigt, oder meint er, weil der Paragraph überhaupt von unbefugten Zwangsmitteln spreche, so ist die Anwendung landesgesetzlicher Erzwingungen ausgeschlossen? Das hiesse aber doch den Gegenstand der Materie nicht nach dem Inhalt, sondern nach einem einzigen, irgend beliebigen Wort einer Vorschrift bestimmen. . . Ein derartiges Wortinterpretiren ist ein längst überwundener Standpunkt. . . . Eine entwickelte Wissenschaft sieht auf Geist und Inhalt einer Vorschrift und ordnet ihnen die Wirksamkeit des Wortes unter.“

So der Herr Stadtrichter Dr. Kayser.

Wir stehen nicht an, die von demselben gestellte Frage unumwunden dahin zu beantworten: der Thatbestand der in §. 343 vorgesehenen Missethat ist erfüllt, falls ein Richter, der im Sinne des Deutschen Strafgesetzbuches (§. 359) Beamter ist, in einer Untersuchung irgend welche Zwangsmittel gegen einen Zeugen anwendet, um eine Aussage zu erpressen. Eine vollständige Unkenntniss auf dem Gebiete des Deutschen Strafrechts offenbart Herr Dr. Kayser, wofern seine Worte: „die Vorschrift des §. 343 setze selbstverständlich voraus, dass das daselbst bedrohte Handeln ein „„unbefugtes““ sei,“ überhaupt ernsthaft gemeint sind und er überhaupt ernsthaft daraus ableiten will, dass nicht jedes Anwenden von Zwangsmitteln im Falle des §. 343 ein strafbares sei. Gerade so nämlich, wie das Deutsche Strafgesetzbuch den Thatbestand einer Missethat hingestellt hat, ist die darin vorgesehene Handlung in Deutschland strafbar; und wenn das Deutsche Strafgesetzbuch als Merkmal des Thatbestandes nicht aufgenommen hat, dass das Handeln ein „unbefugtes“ sein müsse, so

kommt die Frage nach dem Befugtsein oder nach dem Unbefugtsein des Handelnden gar nicht in Betracht. Der Thatbestand ist vielmehr erfüllt und die mit Strafe bedrohte Handlung mithin vollständig begangen, sobald sämmtliche, aber auch nur diese Erfordernisse vorhanden sind, die die einschlägige Gesetzesbestimmung als nothwendig bezeichnet. Das Deutsche Strafgesetzbuch ist sich sehr wohl bewusst gewesen, wo das Merkmal eines unbefugten Handelns dem Thatbestande einzufügen sei; und abgesehen sogar von denjenigen Fällen, in denen das Gesetzbuch ein „widerrechtliches“, „rechtswidriges“, „unberechtigtes“ oder „nichtberechtigtes“ Handeln verlangt, verweisen wir beispielsweise auf dessen §§. 127, 132, 136, 168, 290, 299, 300, 360 Nr. 7, 8 und 14, 367 Nr. 1, 368 Nr. 9 und 11, 370 Nr. 1 und 2 als auf solche Vorschriften, in denen ausdrücklich bestimmt ist, dass zum Thatbestande ein „unbefugtes“ Handeln gehöre. Für die Sorgsamkeit des Deutschen Strafgesetzbuches bietet hiebei insbesondere der also lautende §. 168 einen Beleg dar, indem derselbe drei Thatbestände enthält, rücksichtlich derer aber nur bei zweien ein „unbefugtes“ Handeln erfordert wird:

> „Wer unbefugt eine Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Personen wegnimmt, ingleichen wer unbefugt ein Grab zerstört oder beschädigt, oder wer an einem Grabe beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Gefängniss bis zu zwei Jahren bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.“

Die Bezugnahme des Herrn Dr. Kayser auf §. 211 des Deutschen Strafgesetzbuches:

„wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tödtung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft“

zum Belege dafür, dass zur Strafbarkeit der in §. 343 bedrohten Handlung ein unbefugtes Handeln vorausgesetzt werde, ist verfehlt, ja durch die blosse Erwähnung sogar gefährlich. Denn wenn Herr Dr. Kayser die Begründung darauf stützt, dass bei Vollziehung eines Todesurtheils der Scharfrichter auch mit Vorsatz und Ueberlegung tödtet und derselbe darum nach Vollziehung des Urtels gleichfalls mit dem Tode zu bestrafen sein würde, wofern nicht der §. 211 gerade nur ein unbefugtes Handeln voraussetzt, so ist dies an und für sich hinfällig, zugleich aber in Beziehung auf §. 343 bedeutungslos. Was nämlich den mit Vorsatz und Ueberlegung ein Todesurtheil vollziehenden Scharfrichter betrifft, so ist derselbe allerdings der Vorschrift des §. 211 Deutschen Strafgesetzbuchs verfallen und zum Tode zu verurtheilen! Selbst eine solche Vorschrift böte ihm schwerlich einen Strafausschliessungsgrund dar, wie das Deutsche Militär-Strafgesetzbuch vom 20. Juni 1872 in §. 47 als Sonderbestimmung aufstellt:

„Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich.

Es trifft jedoch den gehorchenden Angeklagten die Strafe des Theilnehmers:

1. wenn er den ihm ertheilten Befehl überschritten hat, oder
2. wenn ihm bekannt gewesen, dass der Befehl

des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte.“

Dass der, ein Todesurtheil vollziehende Scharfrichter eine Handlung begehe, die in dem §. 211 als Mord bezeichnet und mit dem Tode bedroht ist, wurde schon bei Aufstellung des Strafgesetzbuchs-Entwurfs geltend gemacht; und die Aufnahme einer Bestimmung zu Gunsten des Scharfrichters unterblieb nur in der Erwägung, dass ein Scharfrichter darum, weil er ein Todesurtheil vollzogen, wohl nie auf Grund des §. 211 angeklagt werden würde und es aus diesem Grunde der Aufnahme einer einschlägigen Sonderbestimmung nicht bedürfe. Indem man es so aber für einen sog. casus non dabilis erklärte, dass wegen Vollziehung eines Todesurtheiles ein Scharfrichter als Mörder angeklagt werde, so wurde der Fall einer Todesurtheilsvollziehung bei §. 211 überhaupt nicht gewürdigt; und es ist mithin durchaus fehlerhaft und durchaus ungerechtfertigt, wenn Herr Dr. Kayser dessenungeachtet gerade wegen des, ein Todesurtheil vollziehenden Scharfrichters behauptet, es setze der §. 211 als besonderes Merkmal für die Strafbarkeit des Mordes ein „unbefugtes“ Tödten voraus. In erhöhtem Masse ungerechtfertigt und fehlerhaft ist es aber, wenn gleichzeitig behufs Erzielung einer Straflosigkeit des, ein Todesurtheil vollziehenden Scharfrichters Herr Dr. Kayser die weitere Behauptung aufstellt, dass bei dem, mit §. 211 in innerem Zusammenhange gar nicht stehenden §. 343 auch ein unbefugtes Handeln besondere, selbstverständliche Voraussetzung der in §. 343 bezeichneten Handlung sei.

Das vorsätzliche, mit Ueberlegung vollführte Tödten eines Menschen ist ebenso, wie das in einer Untersuchung

Seitens eines Beamten zum Zwecke der Erpressung von Aussagen erfolgte Anwenden von Zwangsmitteln stets und ausnahmslos darum ein unbefugtes, weil ersteres in §. 211, letzteres in §. 343 des Deutschen Strafgesetzbuches mit Strafe bedroht ist und die Deutsche Reichsgesetzgebung Ausnahmen bisher noch nicht hat in Kraft treten lassen.

Nicht ein einzelnes Wort, wie Herr Dr. Kayser annimmt, ist es, das uns, Angesichts des §. 343, veranlasst, die Statthaftigkeit landesgesetzlicher Zeugnisserzwingungsmittel für ausgeschlossen zu erachten. Auf das Zweifelloseste haben wir es vielmehr bereits früher ausgesprochen, dass die in den §§. 312 und 337 der Preussischen Criminal-Ordnung behandelte **Materie** vom Zeugnisszwange im §. 343 auch Gegenstand des Deutschen Strafgesetzbuches ist und dass aus diesem Grunde die landesgesetzlichen Vorschriften der §§. 312 und 337 in Gemässheit von §. 2 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Strafgesetzbuche als aufgehoben zu erachten sind. Wenn übrigens anlässlich dieser unserer Schlussfolgerung und zur Widerlegung derselben Herr Dr. Kayser erklärt, dass bei der Gesetzesauslegung auf den Geist und Inhalt einer Vorschrift zu sehen und ihnen die Wirksamkeit des Wortes **unterzuordnen** sei, so offenbart sich in diesem Satze zunächst für das Gebiet des Strafrechts jene Schablone, vermittels deren oftmals die sog. staatsretterischen Urtheile gefällt worden sind. Für das Deutsche Strafrecht hat aber die Formel keine Geltung, da für dieses die Analogie, und zwar sowohl die Gesetzes-, wie auch die Rechts-Analogie ausgeschlossen ist. Unter Benutzung der extensiv- und der restrictiv-declarativen Interpretation ist der Wortlaut eines

Gesetzes die alleinige Grundlage der Gesetzesauslegung auf dem Gebiete des Strafrechts.

Wir möchten die, durch den Kayser'schen Aufsatz veranlassten Aeusserungen nicht ohne folgende Betrachtung allgemeiner Art schliessen. Durch den mehrfach erwähnten §. 2 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Strafgesetzbuche ist der weitaus grösste Theil derjenigen Strafbestimmungen aufgehoben worden, welche vor Inkrafttretung des Deutschen Strafgesetzbuches in den einzelnen Bundesstaaten Deutschlands Geltung hatten. Wohl mag in den einzelnen Staaten manche Lücke dadurch entstanden sein, indem das Deutsche Strafgesetzbuch vollen Ersatz nicht bot: und wohl mag es der Deutschen einheitlichen Reichsgesetzgebung anstehen, diese Lücken auszufüllen. Hüte man sich aber, dieselben mittels partikularistischer Selbsthülfe beseitigen zu wollen; und hüte man sich, die auf dem Gebiete des Deutschen Strafrechts nur mit heissen Mühen und unter ernsten Kämpfen erlangte Einheit dadurch zu lockern oder gar zu stören, dass man in den einzelnen Bundesstaaten, bei Auslegung des Deutschen Strafgesetzbuches, die Erlangung solcher Auslegungen als Ziel und Zweck erachtet, durch welche die landesrechtlichen Vorschriften der betreffenden Bundesstaaten bestmöglichst und möglichst zahlreich in Kraft erhalten werden können. Eine derartige partikularistische Gesetzesauslegung brächte es mit sich, dass das als gemeinsames Recht für ganz Deutschland verkündete Deutsche Strafgesetzbuch dennoch die Rechtsspaltung in den verschiedenen Bundesstaaten sogar rücksichtlich solcher Fälle wieder aufleben liesse, über welche es selbst Bestimmungen getroffen hat. Unbekümmert darum, ob Landesstrafrecht überhaupt noch in Geltung bleibe oder ob dasselbe gänzlich ausser Kraft getreten, ist das Deutsche Strafgesetzbuch, getreu der

Vorschrift in Art. 2 der Reichsverfassung, dass Reichsrecht dem Landesrecht vorgehe, lediglich aus sich selbst heraus und unabhängig von jeglichem Landesrechte zu erklären. Wem etwa aber das Verständniss dafür noch nicht geworden, worinnen der hohe Werth des Deutschen Strafgesetzbuches als eines, dem ganzen Deutschen Reiche gemeinsamen Strafrechts liege und warum sogar der Untergang der Landesstrafrechte erzielt werden müsse: dem mögen die unvergleichlich schönen und wahren Worte Belehrung geben, die Heinrich von Treitschke schrieb,[9]) als im Norddeutschen Reichstage dereinst das Zustandekommen des Deutschen Strafgesetzbuches gefährdet war und die also lauteten:

> „Unter allen unheilvollen Folgen der Deutschen Zersplitterung hat kaum irgend eine edle Geister so tief empört, wie die schimpfliche Thatsache, dass Recht und Unrecht unter den Söhnen Eines Volkes nicht mit gleichem Masse gemessen ward. Diese Schande von unserem Vaterlande hinwegzunehmen, eine der idealsten und erhabensten Pflichten nationaler Gesetzgebung zu erfüllen, den Partikularismus aus einem seiner wichtigsten Bollwerke herauszutreiben, ist jetzt die Aufgabe.“ —

Wenden wir uns nunmehr zu den Ausführungen der „National-Zeitung“, so tritt zunächst die Erklärung uns entgegen, dass unsere Ausführung, nach welcher der §. 35 Theil II., Tit. 20 des Preussischen Allgem. Land-Rechts sich auf die §§. 312 und 337 der Preussischen Criminal-Ordnung auch beziehe, „auf einer bedenklich

[9]) Preussische Jahrbücher Bd. 45.

arglosen Vermischung von Strafen, durch welche Jemand zu einer positiven Leistung „„angehalten““ werden soll, mit den Strafen für begangene Handlungen beruht.“

Mit Rücksicht hierauf können wir voran nur bestätigen, dass, wenn die, von der National-Zeitung erwähnte Vermischung von Strafen und Zwangsmitteln wirklich vorhanden sein sollte, dieselbe in der That arglos von uns bewirkt worden ist. Die Vermischung selbst ist aber nicht vorhanden, wofern man richtiger Weise unter Vermischung das Vereinigen mehrerer an und für sich getrennter Dinge versteht und darunter nicht etwa irrigerweise das Nichtauseinanderreissen von an sich Zusammengehörigem begreift. Denn wenn auch bei denjenigen Strafen, durch welche Jemand zu einer positiven Leistung angehalten werden soll, hie und da ein anderer Grund oder ein anderer Zweck als bei denjenigen Strafen vorhanden ist, die für bereits begangene Handlungen verhängt werden: so sind es jedoch sowohl in den ersteren, wie in den anderen Fällen, selbst nach der eigenen Sprachweise der National-Zeitung, stets „Strafen“, die hier in Betracht kommen. Und wo bei diesen „Strafen“, je nach Massgabe der beiden Arten von Fällen, eine Verschiedenheit überhaupt obwaltet, so besteht dieselbe — abgesehen von etwaiger Verschiedenheit der Strafmittel — lediglich in Ansehung des Grundes oder in Ansehung des Zweckes der Strafe.

Es leuchtet aber wohl von selbst und ohne Weiteres ein, dass, wo auch immer Strafen verhängt werden, einer jeden derselben unwandelbar der Character als Strafe innehaftet, mögen auch die Gründe, warum gestraft wird, bei den einzelnen Strafen die verschiedenartigsten sein.

Ebenso ist eine Sonderung der Strafen, nach Mass-

gabe ihres Zweckes, für das Wesen der Strafe an und für sich unerheblich; und es mag daran erinnert werden, wie die Seitens Anselm von Feuerbach aufgestellte Theorie von der General-Prävention oder dem psychologischen Zwange die Strafe allgemein nur als Mittel dafür auffasste, dass der Einzelne im Staate zu einem, den Gesetzen entsprechenden Handeln „angehalten“ werde. Auch sprechen sich beispielsweise die Motive zu §. 362 des Deutschen Strafgesetzbuches also aus: „Wenn bei den wegen der hier genannten Uebertretungen verurtheilter Personen, abweichend von dem Grundsatze, dass mit der Strafe der „Haft“ keine Arbeit verbunden sein solle, bestimmt ist, dass solche Verurtheilte in- oder ausserhalb der Anstalt zu Arbeiten sollen angehalten werden dürfen, so ist diese Ausnahmebestimmung durch die Erwägung gerechtfertigt, dass die Strafe dazu beitragen soll, die Neigung zum Trunke, dem Spiele, dem Müssiggange und die damit verbundene Arbeitsscheu, welche die Quelle jener strafbaren Handlungen gewesen ist, zu **brechen** und damit, wenn möglich, den Rückfall in jene Laster zu verhüten.“

Absichtlich haben wir die Unterscheidung zwischen sog. Criminal- und sog. Executiv-Strafen in unserer früheren Abhandlung über den Zeugnisszwang nicht berücksichtigt, weil sie für den Begriff der Strafe einflusslos und lediglich der Begriff der Strafe es ist, der bei der vorliegenden Frage in Betracht kommt. Nunmehr aber, wo die Unterscheidung Seitens der „National-Zeitung“ angeregt worden, sprechen wir es offen aus, dass die, auf der Verschiedenheit des Zweckes der Strafe beruhende Unterscheidung zwischen Criminalstrafen und Exekutivstrafen im Deutschen Strafrechte nicht anerkannt,

dass in Verfolg des Deutschen Strafgesetzbuches die Unterscheidung bedeutungslos geworden und dass in neuerer Zeit dieselbe dennoch vom partikularistischen Rechtsstandpunkte aus wesentlich darum vertheidigt worden ist, weil sonst es nicht möglich wäre, bei einer, bereits durch das Deutsche Reichsstrafrecht mit Strafe bedrohten Handlung auch diejenigen Strafen in Anwendung zu bringen, welche behufs Erzwingung bestimmter Leistungen noch von der Landesgesetzgebung besonders angedroht sind! Ein solche Ergänzung des Deutschen Reichsstrafrechts durch das Landesstrafrecht ist aber unzulässig. Denn in Bezug auf sie findet die Vorschrift im §. 2 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Stratgesetzbuche vollste Anwendung, dass mit dem 1. Januar 1871/72 alles Landesstrafrecht aufgehoben ist, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Deutschen Strafgesetzbuchs sind. Wäre die Annahme zutreffend, dass der Landesgesetzgebung es gestattet sei, auch in Ansehung der, bereits durch das Deutsche Strafgesetzbuch bedrohten Handlungen sog. Exekutivstrafen anzudrohen, so wäre es beispielsweise auch zulässig: im Wege der Landesgesetzgebung zu bestimmen, dass gegen Denjenigen, der auf Grund von §. 242 des Deutschen Strafgesetzbuchs wegen Diebstahls mit Gefängniss bestraft ist, sich aber weigert, den Ort anzugeben, wo er das Gestohlene verborgen, nach Verbüssung jener Freiheitsstrafe, Geldstrafe oder weiteres Gefängniss als Exekutivstrafen zu dem Zwecke verhängt werden sollen, damit er die verweigerte Angabe mache! Solches für statthaft erklären, heisst aber der, durch die Reichsgesetzgebung auf dem Gebiete des Deutschen Strafgesetzbuchs geschaffenen Einheit geradezu Hohn sprechen!

Eine Unterscheidung zwischen Criminalstrafen und

sog. Executivstrafen in dem von der „National-Zeitung“ dahin angedeuteten Sinne, dass überhaupt nur die ersteren, nicht aber auch die letzteren dem Gebiete des Strafrechts angehören, führt zu dem weiteren Satze, dass die in den §§. 5 und 6 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Strafgesetzbuche gegebenen Vorschriften:

> (§. 5.) „In landesgesetzlichen Vorschriften über Materien, welche nicht Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund sind, darf nur auf Gefängniss bis zu zwei Jahren, Haft, Geldstrafe, Einziehung einzelner Gegenstände und die Entziehung öffentlicher Aemter angedroht werden.“
>
> (§. 6.) „Vom 1. Januar 1771/72 darf nur auf die im Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund enthaltenen Strafarten erkannt werden“,

rücksichtlich **landes**gesetzlich verordneter **Executivstrafen kraftlos** seien. Es wäre alsdann gestattet, dass durch Landesgesetzgebung, selbst Seitens des kleinsten Bundesstaates nicht blos Gefängniss über zwei Jahre oder Zuchthaus sogar von lebenslänglicher Dauer, sondern beispielsweise auch Prügelstrafe, Zangenreissen, Tortur, Fingerabhauen und andere Grausamkeiten als sog. Executivstrafen angedroht und zur Anwendung gebracht würden!! Ein solches Rüstzeug des Particularismus und eine solche Rückzugslinie in denselben hat aber das, die Rechtseinheit in Deutschland anstrebende Reichsstrafgesetzbuch nicht freigelassen: wie denn überhaupt das Bemühen, die sog. Executivstrafen dem Strafrechte zu entziehen, an und für sich ein unbegründetes und verfehltes ist.

Wenn übrigens in ihrem Leitartikel die „National-

Zeitung“, wie bereits erwähnt, unsere Ausführungen als „überschraubte Scholastik“ und „theoretische Begriffssplitterei“ bezeichnet hat, so glauben wir allerdings, dass diese Ausdrücke in dem, zumal ohne Nennung des Verfassers erschienenen Aufsatze um so mehr hätten fehlen dürfen, als eine Begründung ihnen nicht beigefügt ist.

Wir gedenken aber der Sprachweise des beregten Leitartikels vor Allem nur darum, weil dieselbe ein beredtes Zeugniss dafür bietet, wie selbst an einer, für die Belehrung hochwichtigen Stelle noch nicht genugsam erkannt ist, welche gewaltigen, ja vernichtenden Eingriffe das Deutsche Reichsstrafgesetzbuch in das Landesstrafrecht gemacht hat.

Wohl keinem stehen wir nach in der Erkenntniss dessen, dass Beizubehaltendes mannigfach dabei beseitigt worden ist; ohne Unterschied jedoch, ob die dadurch hervorgerufenen Lücken beabsichtigt waren oder durch Fehler der Gesetzgeber veranlasst worden sind: die Ausfüllung derselben darf, wie bereits oben erörtert, nur durch die Reichsgesetzgebung erfolgen, da die Reichsgesetzgebung es war, welche die Lücken verursacht hat.

Die Reichsgesetzgebung ist es so auch gewesen, welche durch das Deutsche Strafgesetzbuch eine jede Bestimmung aufhob, die in irgend einem Theile Deutschlands die Anwendung von (Criminal- oder Executiv-) Strafen zur Erzwingung eines Zeugnisses vorschrieb; und wenn nunmehr die National-Zeitung, besorgnissvoll für den Fall, dass unsere Annahme zur allgemeinen Anerkennung gelangte „und die Zahl der Zeugnissweigernden aus Trotz auf ein vermeintliches Recht sich mehre“, die Frage aufwirft: „wohin könnte es in den zwei Jahren bis zur Gesetzeskraft der Deutschen Strafprozess-

Ordnung kommen?“, so bietet sich unseres Ermessens gerade auf dem Wege der Reichsgesetzgebung die Abhülfe leicht dar. Denn wenn auch ein gleichlautender Beschluss des Reichstages unberücksichtigt geblieben: einem Vorschlage des Bundesraths, die den Zeugnisszwang betreffenden Vorschriften der Deutschen Strafprozess-Ordnung sofort in Kraft treten zu lassen, würde die Mehrheit des Reichstages voraussichtlich wohl beitreten.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin.

Č. 8.

ZEUGNISSPFLICHT

und

ZEUGNISSZWANG

nach den

deutschen Reichs-Prozess-Ordnungen

von

Dr. FRIEDRICH ABEGG.

ODKAZ
PROF. DRA FRANTIŠKA STORCHA,
UNIVERSITĚ MASARYKOVĚ.

STRASSBURG,
J. H. Ed. Heitz (Heitz & Mündel)
1885.

I. Geschichtliche Einleitung.

§ 1. Die Volks-Rechte.

Das älteste deutsche Recht, welches den Prozess als den Kampf zweier Familien betrachtete — kannte noch keinen Unterschied zwischen Kriminal- und Civil-Prozess im heutigen Sinne. — War auch das Verfahren ein öffentliches vor der Volksversammlung als einzigem souveränen Organ sich abspielendes, so übte doch die Volksgemeinde als solche keinen aktiven und spontanen Einfluss auf die Realisirung des Rechtes. «Prozess-Recht, wie Straf-Recht diente zunächst nicht der öffentlichen Gewalt, sondern den Persönlichkeits-Rechten des freien selbmündigen Mannes zur Realisirung, und zum Ausdruck[1].»

Das Beweis- (End-) Urtheil stellte nicht ein Beweis-Thema, sondern eine bestimmte Beweis-Handlung fest, und auch diese wurde nicht dem Gericht erbracht, und nicht mit Rücksicht auf die Ueberzeugung des Gerichtes, sondern dem Gegner mit Rücksicht auf die Ueberzeugung der Gesammtheit geliefert.[2]

Die Beweis-Mittel waren daher durchaus formaler Natur. An der Spitze derselben stand neben den Ordalien — der Eid; letzterer war entweder Partei-Eid, d. h. der Eid der Partei mit Helfern[3] — oder der Zeugen-Eid.

[1] Sohm, Gerichts-Verfass., Beilage 4, S. 576.

[2] Brunner, Entstehung der Schwur-Gerichte, S. 48; Sohm, Ger.-Verf., S. 128.

[3] „Der Eidhelfereid enthält das Urtheil, welches der Eidhelfer über die Persön-„lichkeit des Schwörenden als sittliche Person sich gebildet hat. Es ist eine Aussage „nicht über Thatsachen, sondern über die Person, daher sind es in erster Linie die Verwandten, dann die Nachbarn, die das Recht zulässt." Sohm, Ger.-Verf., S. 581/82, 194; Brunner, Entsteh. d. Schw.-Ger., S. 49; Siegel, Ger.-Verf., S. 183.

«Der Beweis durch Zeugen hatte im ältesten deutschen Recht ein weitaus engeres Anwendungsgebiet, wie im heutigen Recht. Zufällige Wahrnehmungen genügten nicht, um die rechtliche Eigenschaft eines Zeugen zu begründen, und im Allgemeinen konnte nur der als Zeuge auftreten, welcher von einer der Parteien seiner Zeit zu der in Frage stehenden Handlung zugezogen worden war, um nöthigenfalls Zeugniss zu geben[4].»

Neben diesen sogenannten «Geschäftszeugen», kannte man nur noch die Gemeindezeugen, welche Orts- und Gemeindekundige Verhältnisse und Vorgänge in ihrer Eigenschaft als Nachbar- und Gemeindegenossen bezeugten. Gegenstand des Nachbar-Zeugnisses konnten daher nur Verhältnisse von einer gewissen Dauer[5] sein. — Im Gegensatz zu den Eidhelfern, welche beschwören was sie glauben, beschwören die testes was sie wissen[6].

Zum Schwur als Nachbar konnte jeder freie, angesessene Mann in der Gemeinde vom Beweisführer gewählt werden, nur durfte derselbe nicht schlecht beleumundet[7] sein, und musste, wegen der Ersatzverbindlichkeit einen Besitz von mindestens dem Werthe des Streitobjektes nachweisen können[8].

Dieselben Anforderungen hinsichtlich der Fähigkeit Zeugniss ablegen zu können, wurden an die Person der sogenannten Geschäftszeugen gestellt; hinsichtlich der Verpflichtung vor Gericht zu erscheinen, und auszusagen machte sich dagegen ein Unterschied in hervorragender Weise geltend. Zwar wurden sowohl Geschäfts-, wie Gemeinde-Zeugen von der Partei producirt, allein, während gegen die Geschäftszeugen dem Zeugenführer in der Mannitio ein rechtliches Mittel zu Gebote stand, sie zu zwingen vor Gericht als Zeuge zu erscheinen, da sie sich bei Abschluss des Rechtsgeschäftes als Zeugen hatten ziehen lassen — hing es bei den Gemeindezeugen, — da es hier an einem rechtlichen Grunde des Zeugenzwanges gebrach — lediglich von dem guten Willen des Einzelnen ab, sich als Zeuge verwenden zu lassen[9. 10].

[4] Brunner, Entsteh. d. Schw.-Ger., S. 50; Siegel, Ger.-Verf., S. 162, 199.

[5] Brunner, ibid.; Sohm, Ger.-Verf., S. 358 pp.

[6] Zwischen den „juratores" und „testes", zwischen dem „jurare" und „testimonium praebere" wird scharf unterschieden. Ebenso ist auch die Busse des falschen Hülfs- und Zeugen-Eides, ungleich; vergl. Lex Salica, 48. Siegel, Ger.-Verf., S. 267.

[7] Sohm, Ger.-Verf., S. 359.

[8] Siegel, Ger.-Verf., S. 195; Sohm, Ger.-Verf. S. 354/55.

[9] Brunner, Zeug.- und Inquis.-Bew., S. 132; Sohm, Ger.-Verf., S. 132; Brunner, Entsteh. der Schw.-Ger., S. 53/55 a. a. O. — A. A. Bethmann-Hollweg, Civ.-Pr., IV, S. 505.

[10] Eine juristisch erzwingbare Verpflichtung zur Eideshülfe, d. h. also ein Zwang, die Ehrenhaftigkeit der Partei eidlich zu bestätigen, ist vernünftiger Weise nicht denkbar, Schrutka, Zeugnisspflicht, S. 39; vergl. Siegel, Ger.-Verf., S. 183, Anm. 4.

Durch die Mannitio, obgleich sie von der Partei ausging[11], wurde der Geschäftszeuge unter Strafe zu erscheinen verpflichtet; blieb er aus, ohne durch «echte Noth»[12] gehindert zu sein, so verfiel er einer Strafe von 15 Solidi. Die gleiche Strafe traf den, welcher der Ladung zwar gefolgt, oder überhaupt nur anwesend war (die Ladung war nicht Voraussetzung)[13], aber auf das vom Beweisführer erhobene formelle Beweis-Begehren (tangano)[14] die eidliche Aussage verweigert hatte[15. 16].

Die Zeugnisspflicht war daher nicht eine Pflicht gegenüber dem Gericht, sondern eine Verpflichtung zu Gunsten einer Partei, und ist daher als eine privatrechtliche Obligation aufzufassen. «Der Ungehorsam des Zeugen galt lediglich als ein Rechtsbruch, der durch die Bezahlung der angedrohten Busse gesöhnt wurde. Mit dem Ausbleiben von dem unerstreckbaren Beweistermin war das Schicksal des Prozesses entschieden; für sein Zeugniss gab es nunmehr keinen Raum mehr in dem Rechtsstreite, und es entfiel damit jede Veranlassung, denselben nachträglich noch zur Zeugenschaft anzuhalten. Die Massregeln sind daher Strafe und Nichts, als das[17].»

§ 2. Die Zeit der Kapitularien.

Die Gründung des fränkischen Reiches, eine That des Königthums und nicht des Volksthums, führte zu ausserordentlichen Umgestaltungen der ganzen fränkischen Verfassung. — Der alte Staat hatte auf dem Volksthum beruht, auf der Genossenschaft der freien Bauern; im Reiche des Chlodwig standen sich zwei Völker verschieden nach Abstammung, Sitte und Recht gegenüber, deren Vereinigungspunkt nicht die Volks-

[11] Die Mannitio fand auf Betreiben der Parteien selbst, ohne Zuziehung des Richters statt, indem die Partei selbst mit einigen Zeugen in die Wohnung des Zeugen (Beklagten) geht, und ihn zum Erscheinen vor Gericht auffordert. Lex Salica, I, 3; Maurer, Ger.-Verf., § 45; Sohm, Prozess der Lex Salica, S. 126.

[12] Begründet wird „echte Noth" durch den Königsdienst, dominica ambascia, Krankheit, Tod eines nahen Verwandten, endlich durch Feuersbrunst, die ihn und seine Sachen obdachlos gemacht hat, „et res quas liberavit ubi reponat, non habeat". Sohm, Proz. der Lex Salica, S. 133; Maurer, Ger.-Verf., §§ 49. 79.

[13] Brunner, Zeugen- und Inquisit.-Bew., S. 473.

[14] Sohm, Prozess der Lex Salica, S. 144, 147 a. a. O.; Lex Ribuaria (Sohm), 58, 20; Sohm, Ger.-Verf., S. 126/127.

[15] Lex Salica, 49; Lex Ribuaria, 50.

[16] Ob der Beweisführer verpflichtet war, als Ersatz des Zwanges den Zeugen eine Entschädigung zu gewähren, wie Siegel (Ger.-Verf., S. 67, Anm. 3) annimmt, Brunner (Zeugen- und Inquisitions-Bew., S. 355, Anm. 6) — unter Hinweis auf die Lex Ribuaria, 50, wo der Ausdruck (satisfacere) fehlt — bekämpft — ist zweifelhaft; jedenfalls dürfte für die Siegel'sche Ansicht die spätere historische Entwickelung sprechen, wonach bei ähnlichen Instituten des Mittelalters bis zur neuesten Zeit eine Zahlung von „Wissenspfennigen" völlig anerkannt ist.

[17] Schrutka, Zeugnisspflicht, S. 40, 43.

genossenschaft, sondern die Unterthanenschaft unter demselben Herrscher war. Mit dem Wachsen der königlichen Macht, entwickelte sich daher neben dem Volks-Recht die Amts-Gewalt[18].

Die Aenderungen, welche die Karolingischen Kapitularien in Bezug auf das ordentliche Zeugen-Verfahren durchzuführen suchten, entsprangen dem durch vorwaltend christlich-religiöse Motive geleiteten Streben, dem Meineide vorzubeugen[19]. Hierher gehören vor Allem die Vorschriften über Missbrauch des Eidhelfereides, die Verschärfung der Meineidsstrafen, die Prüfung der Zeugenfähigkeit — discussio testium — und die Möglichkeit der Produktion von Gegenzeugen.

Während die Mannitio — welche noch immer durch die Partei geschieht und in ihren Folgen gegen den Ungehorsamen dieselbe bleibt — den Probanten im Stiche lässt, wo es sich darum handelt, die Geschlechtsgenossen zur Eideshülfe, die Gemeindegenossen zum Gemeinde-Zeugniss vor Gericht zu bringen, ladet der Richter jetzt durch seinen Befehl, wie den Geschäftszeugen, so den Eideshelfer und Gemeindegenossen[20]. Es tritt somit an die Seite der Mannitio die Vorladung durch richterliche Bannitio, d. i. die Ladung kraft der Strafgewalt der Beamten[21]. Ebenso wich das tangano dem richterlichen Befehl.

Neben diesen Neuerungen, die sich mehr oder weniger an die Institute des Volksrechtes anlehnen, entwickelte sich unter dem Einflusse des Amtsrechtes ein Verfahren, welches als privilegirte Ausnahme-Bestimmung sich in einen bewussten Gegensatz zu dem Wesen des altdeutschen Beweissystems setzt, und welches technisch «Inquisitio» genannt wurde.

Das Charakteristische desselben besteht darin, dass der Richter eine Anzahl von Gemeindegenossen, bei welchen er Kenntniss der fraglichen Thatsachen voraussetzen kann, auf Grund eigener Auswahl vorladet, und zur Aussage der Wahrheit verpflichtet, entweder durch Ablegung eines promissorischen Eides[22], oder unter Hinweis auf das juramentum fidelitatis, welches sie dem Könige im Unterthanen-Eide geleistet haben. In beiden Fällen erfolgt die Verpflichtung zur Aussage unter Königsbann[23].

18 Sohm, Ger.-Verf., S. 102 a. a. O.

19 Brunner, Zeugen- u. Inquis.-Bew., S. 366.

20 Sohm, Ger.-Verf., S. 131 pp., Anm. 90/91; Bethmann-Hollweg, Civ.-Pr., V, S. 143/144, Anm. 23. — A. A. Brunner, Zeugen- u. Inquis.-Bew., S. 474; derselbe, Entsteh. der Schwur-Gerichte, S. 62, Anm. 2.

21 Maurer, Ger.-Verf., § 73. — Ueber das Ineinanderfliessen der Mannitio und Bannitio vergl. Brunner, Entsteh. der Schwur-Gerichte, S. 62, Anm. 1.

22 Im Gegensatz zu den assertorisch schwörenden Zeugen.

23 Brunner, Entsteh. der Schw.-Ger., S. 98/99; derselbe, Zeugen- u. Inquis.-Bew., S. 449/50.

Das Gebiet der Inquisitio war jedoch ein beschränktes und erstreckte sich wohl kaum über Grundbesitzstreitigkeiten und Status-Prozesse hinaus. Zur Ueberführung von Verbrechern wurde der Inquisitions-Beweis nicht angewendet, soweit sich die Beweisfrage um die verbrecherische Handlung als solche drehte. — Die Inquisitio des Straf-Verfahrens bildete keinen Beweis, sie hatte nur den Zweck, die Anklage gegen eine bestimmte Person zu ermöglichen, und sie dadurch eventuell zum Beweise der Unschuld zu nöthigen[24].

Das Inquisitions-Recht hatte als Prozesspartei nur der König, oder Derjenige, dem er es als Privilegium verleiht[25].

Die Inquisitions-Gewalt hat nur der König, und der Richter, dem er sie kraft ausserordentlicher Vollmacht überträgt. Unabhängig von dem Inquisitions-Recht einer Partei konnte daher das Frage-Verfahren vom Richter auf Grund seines — entweder generellen oder speziellen — Inquisitions-Mandates angeordnet werden.

Die Verpflichtung des «Zeugen» ist somit auch hier eine Verpflichtung zu Gunsten des berechtigten Beweisführers, d. i. in erster Linie des Königs, und Desjenigen, dem er ein Inquisitions-Privilegium ertheilt hat[26].

Zur Inquisitio durften nur Nachbarn, Umsassen, homines infra patriam[27] habitantes, pagenses, circavicini, und unter diesen die Glaubwürdigsten und Angesehensten[28] ausgewählt werden, weil nur bei diesen die Kenntniss der fraglichen Verhältnisse und Ereignisse vorauszusetzen war. Die Aussagen der «Geschworenen» gehen vielfach über das Gebiet des Gemeindezeugnisses hinaus, indem auch zufällige Wahrnehmungen, ja sogar Beweis-Objekte des Geschäftszeugnisses hineingezogen wurden[29].

Die Mittel, welche sowohl im ordentlichen Zeugen-Verfahren, wie bei der Inquisitio gegen den ungehorsamen Zeugen zur Anwendung kamen, bestanden in der Auflegung einer Busse, hier des Königs-Bannes, dort des richterlichen Bannes, eventuell der in den Gesetzbüchern angedrohten Geldstrafen, und tragen durchaus den Charakter einer Strafe[30]. —

24 Brunner, Zeugen- u. Inq.-Bew., S. 479; derselbe, Entsteh. d. Schw.-Ger., S. 459/60.

25 Der Fiscus, die Kirche — wohl durch gewohnheitsrechtliche Entwickelung —; die Juden unter gewissen Modifikationen; ferner Wittwen, Waisen und homines minus potentes. Brunner, Zeugen- u. Inq.-Bew., S. 448/49 a. a. O.

26 Schrutka, Zeugnisspflicht, S. 49.

27 Sohm, Ger.-Verf., S. 299, 312, „die Eingesessenen in der Grafschaft".

28 Den Massstab bildete die Grösse des unbeweglichen Besitzes, Brunner, Zeugen- u. Inquis.-Bew., S. 478, Anm. 1 a. a. O.

29 Ibid., S. 479.

30 Maurer, Ger.-Verf., §§ 76, 148; Kayser, Der Zeugniss-Zwang, S. 8.

Wir sehen in dieser zweiten Periode eine Erweiterung der Zeugnisspflicht naeh zwei Seiten hin; einmal im ordentlichen Zeugen-Verfahren die Ausdehnung des richterlichen Zwanges auf alle [31] von den Parteien als Zeugen benannten Freien, sodann die Verpflichtung aller Freien sich vom Richter ex officio zur Inquisitio laden und einschwören zu lassen.

§ 3. Die Zeit der Rechtsbücher des Mittelalters.

Im Vordergrunde der Beweismittel stehen auch in dieser Periode der Eid als Partei-Eid mit Eidhelfern oder Zeugen [32].

Wenn auch das Beweis-Verfahren seinen formalen Charakter beibehielt, ja geradezu in Starrheit und Engherzigkeit ausartete, so beginnt doch in jener Zeit eine Erweiterung des Begriffes «Zeugen», — womit naturgemäss auch eine Erweiterung der Zeugenpflicht gegeben ist — sich allmälig anzubahnen [33]. — So wird der Inquisitionsbeweis in das Prozess-«Recht» aufgenommen, und die Befragung der Umsassen wird ein ordentliches Mittel des prozessualischen Verfahrens [34].

Zeuge konnte nur der an seinem Rechte vollkommene Mann sein. Ausgeschlossen sind daher Kinder, Weiber, Rechtlose und die dem betreffenden Rechtskreise — innerhalb dessen Gericht gehalten wurde — nicht Angehörigen. Das «Zeugeseinkönnen» ist ein Recht ähnlich dem Eides-Recht der Partei selbst, und ist nahe verwandt, ja fliesst theilweise zusammen mit dem Recht Urtheil zu finden [35]. — Von besonderer Wichtigkeit ist der Stand, nur der kann Zeuge sein, welcher der betreffenden Gerichtsversammlung als vollberechtigter Genosse angehört [36]. Alle auf der Standesverschiedenheit beruhenden Einschränkungen der Zeugenfähigkeit fallen jedoch weg im Falle sofortigen Richtens über einen in handhafter That gefangenen Verbrecher; hier genügt jeder an seinem Recht Vollkommene, der dem Gerücht gefolgt ist [37].

31 Vergl. Anm. 20, S. 6.

32 Ein scharfer Unterschied zwischen Glaubenden und Wissenden, Eidhelfern und Zeugen, wird nach dem Sachsen-Spiegel und dem Magdeburger Recht — nicht mehr gemacht. Erwartet wird, dass nur derjenige schwört, der es mit gutem Gewissen thun kann, und in diesem Sinne werden immer „Wissende" verlangt, Planck, Ger.-Verf., II, S. 73.

33 Schrutka, Zeugnisspflicht, S. 52.

34 Sohm, Ger.-Verf., S. 130; Laband, Vermögensrechtliche Klagen, S. 219 pp.; Homeyer, Sachsen-Spiegel, II, 2, S. 620 pp.

35 Planck, Ger.-Verf., II, S. 46/47; Eichhorn, St. und R.-Geschichte, II, S. 719, Anm. o.

36 Ueber die Verschiedenheiten im Land- und Lehenrecht und den Stadtrechten vergl. Planck, Ger.-Verf., II, S. 48 pp.

37 Derselbe, Ger.-Verf., S. 51/52.

Während das ältere Recht die Verwandten nicht nur zulässt [38], sondern unter Umständen an erster Stelle fordert, und auch der Sachsenspiegel nur spärliche Ausschliessungsgründe kennt, führen die Stadtrechte bereits mehrfache — wenn auch unter sich nicht übereinstimmende — Gründe an, welche eine Ausschliessung bedingen [39]. — Alle Personen, bei welchen im konkreten Fall die Erfordernisse, welche an den Zeugen von Rechtswegen gestellt wurden, zutrafen, waren zur Ablegung des Zeugnisses verpflichtet [40].

Nach Landrecht war es Sache des Beweisführers, die Zeugen zum freiwilligen Erscheinen zu bewegen durch Einwirkung auf ihren guten Willen; allein es steht dem Beweisführer weder ein Zwangsmittel, wie es die älteste Zeit in der Mannitio hatte, zu Gebote, noch ist es Aufgabe des Prozess-Rechtes, den Zeugen zum Erscheinen zu zwingen. Nur hinsichtlich des Erscheinens zum ungebotenen Ding, sowie zur Nachfolge bei erhobenem Gerücht tritt gesetzlicher Zwang ein.

Dagegen findet nach Landrecht ein Zwang gegen die im Ding Anwesenden statt zur eidlichen Erklärung ihres Wissens, resp. Nichtwissens, der sogar soweit geht, dass er sich gegen den Gegner selbst richtet, sobald der Beweisführer sich auf ihn zieht [41]. — Als Mittel des Zwangs dient die Verurtheiluug zum Gewedde, und Ersatz des dem Beweisführer verursachten Schadens [42].

Das Lehnrecht kennt dagegen nicht nur einen Zwang des Lehnsherrn gegen seine Mannen zum Erscheinen im Gericht, sondern fasst das Zeugensein, wie das Urtheilfinden und Vorsprechersein als einen Theil der dem Herrn schuldigen Dienstpflicht auf. Mittel zur Erzwingung ist Verurtheilung zum Gewedde, äussersten Falles die Vertheilung [43] des Lehngutes.

In den Stadtrechten finden sich verschiedenartige Bestimmungen.

Während nach Freyberger Recht der Richter auf Verlangen des Beweisführers den Zeugen zum Erscheinen vorgebietet, und in Hamburg und Lübeck wenigstens die sogenannten Geschäftszeugen vom Gericht zum Aussagen gezwungen werden, verwerfen die Magdeburger Schöffen jeden Zwang zum Zeugniss ablegen [44].

38 Vergl. oben Anm. 3; Endemann, Beweis-Lehre, S. 189.

39 Planck, Ger.-Verf., S. 61 pp.

40 Schrutka, Zeugnisspflicht, S. 52.

41 Planck, Ger.-Verf., II, S. 218. S. Land-R., II, 22, § 5.

42 Schrutka, Zeugnisspflicht, S. 59.

43 Planck, Ger.-Verf., II, S, 219; vergl. die dort angeführten Stellen.

44 Derselbe, Ger.-Verf., II, S. 219/20; vergl. hierüber Schrutka, Zeugnisspflicht, S. 53 pp. und die dort abgedruckten Stellen.

Die Zeugenschaftspflicht ist auch in dieser Periode nur eine privatrechtliche. Da eine Verpflichtung des Zeugen vor Gericht zu erscheinen nur demjenigen gegenüber besteht, zu dem er in einem Verhältniss der Treue, Verwandtschaft oder Vertrages steht, so verletzt der ungehorsame Zeuge auch nur private, nicht öffentliche Interessen. Die Folgen des Ungehorsams sind daher Geldbussen und Schadensersatz[45]. Einen direkten Zwang, eine auf Erfüllung der Pflicht gerichtete fortgesetzte executio ad faciendum kannte das Recht dieser Periode noch nicht[46].

§ 4. Kanonisches und späteres deutsches Recht.

Erst mit der Reception des römisch-kanonischen Rechtes fand auch die kanonische Theorie über die Zeugnisspflicht — als einer erzwingbaren Gehorsamspflicht gegen den Richter im öffentlichen Interesse — Eingang in Deutschland, und zwar ebensowohl für Civil- wie für Kriminal-Sachen[47].

Die Auffassung der Zeugnisspflicht als eines munus publicum, und des Zeugnisszwanges als einer executio ad faciendum wurde sowohl in der Praxis der Reichs- als auch der Territorial-Gerichte die herrschende.

Die Beweismittel blieben zwar die längst gewöhnlichen, aber ihr Gebrauch und ihre Instruktion wurde wesentlich geändert nach den Grundsätzen des fremden Rechts.

Die Zulässigkeit der Zeugen und ihre Glaubwürdigkeit wurde jetzt nicht mehr aus der Beschaffenheit des Rechtsstreites, in welchem der Beweis zu führen war, und aus dem bürgerlichen Verhältniss der Zeugen selbst, sondern aus ihrer moralischen Glaubwürdigkeit beurtheilt[48].

Der Zeugnisspflicht ist zwar in der Karolina nicht einmal Erwähnung gethan, dass sie aber als selbstverständlich vorausgesetzt wurde, ergibt sich aus der Bestimmung[49] über Verhör auswärtiger Zeugen, deren Aussagen durch Vermittelung der auswärtigen Obrigkeit herbeigeführt werden soll. Die Mittel, durch welche die Zeugen-Aussagen zu erzwingen waren, werden in der Karolina nicht angegeben, sondern, wie viele andere Dinge der Gerichtsübung überlassen.

45 „Echte Noth" entschuldigte, siehe Planck, Ger.-Verf., II, S. 326.

46 Schrutka, Zeugnisspflicht, S. 59. — Ueber die amtliche Verpflichtung von Richter und Schöffen zum Gerichtszeugniss siehe Planck, Ger.-Verf., II. S. 220.

47 Schrutka, Zeugnisspflicht, S. 59; Endemann, Beweis-Lehre, S. 194/195; München, Das kanonische Ger.-Verf., S. 143.

48 Eichhorn, St.- u. R.-Geschichte, III, S. 455/56.

49 Art. 72, vergl. auch Bamberger, Hals-Ger.-Ord. v. 1507, Art. 82, und Brandenburg. Hals-Ger.-Ord. v. 1516, Art. 82 (ed. Zöpfel); Kayser, Zeugniss-Zwang, S. 10.

«Durch Umwandlung des Strafprozesses aus einem Anklageprozess in eine Verfolgung und Untersuchung von Amtswegen (Inquisitionsprozess) steht der Beschuldigte nicht mehr einem Privatankläger, sondern der verfolgenden Obrigkeit gegenüber; und man wird nicht fehl gehen, wenn man aus dieser veränderten Stellung des Angeklagten im Inquisitionsprozess auch einen Schluss auf die Stellung der Zeugen macht. Die Verweigerung ihrer Aussage schädigt nicht mehr die Partei, sondern greift die Existenz des Staates an. Wie dieser von dem Beschuldigten das Geständniss, so erzwingt er auch von dem Zeugen sein Erscheinen und seine Aussage. Die Sühne, welche in der Bestrafung für die Verweigerung gefunden werden könnte, ist nicht mehr ausreichend; der omnipotente Staat verlangt die Ablegung des Zeugnisses. Desshalb werden in dem auf die Gerichts-Ordnung Karl V folgenden sogenannten gemeinen Kriminalprozess gegen den ungehorsamen Zeugen überhaupt nur Zwangsmittel angewandt, und die Bestrafung derselben fallen gelassen. Als Mittel die Zeugen zu zwingen, werden Geldbussen, Freiheitsentziehung, endlich die Tortur bezeichnet[50].»

Hinsichtlich des Civilprozesses geben die Partikular-Gesetzgebungen ein beredtes Zeugniss, dass gegen den ungehorsamen Zeugen mit den gesetzlich zulässigen Zwangsmassregeln so lange eingewirkt werden könne, bis er sich zur Leistung der Zeugenschaft verstehe. — Neben der regelmässig eintretenden Geld- und Haftstrafe erkennen die Prozessgesetzgebungen jener Zeit die verschiedenartigsten Massregeln für zulässig an[51]. Auch der sogenannte Ungehorsamsbann, «die Poen der Acht», gehört hierher; allerdings war auf diese Massregel nur von denjenigen Gerichten zu erkennen, an deren Spitze der Kaiser selbst stand.

Die Entwickelung der späteren Zeit vollzog sich nach der Richtung, dass der Staat das Recht und die Pflicht habe von Jedermann die volle Erfüllung der Zeugnisspflicht zu verlangen und zu erzwingen.

Die Gesetzgebungen von Ausgang des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts stellen die Zeugnisspflicht als eine allgemeine Schuldigkeit hin, wonach Jedermann im Staate, ohne Unterschied des Standes verpflichtet ist, dem Richter auf Erfordern Auskunft zu geben[52].

Die Mittel gegen den Ungehorsamen bestehen theils in Vorführungszwang gegen den nicht Erscheinenden, theils in

50 Kayser, Zeugniss-Zwang, S. 11 pp.

51 Schrutka, Zeugnisspflicht, S. 61-62, siehe auch die dort abgedruckten Stellen, Anm. 1.

52 Corpus juris Fried. v. 1780, I, Tit. 10, §§ 83, 85/86, 103; preuss. Kriminal-Ord. v. 11. Dez. 1805, §§ 7, 312, 357; Kayser, Zeugeniss-Zwang, S. 13.

Geld- und Freiheits-Strafen[53], wobei sich die Massregeln bald als Strafe, bald als Zwang charakterisiren — sowie im Tragen des durch den Ungehorsam verursachten Vermögensnachtheils.

Die Ausnahmen von der Zeugnisspflicht werden auf einen immer kleineren Kreis privilegirter Personen beschränkt, und ebenso wird die Ablehnungsberechtigung[54] nur da anerkannt, wo durch den Widerstreit mit anderen Pflichten nicht sowohl eine Härte für die Betroffenen, sondern ebensowohl die Gefahr des Meineides allzu nahe gerückt würde.

II. Heutiges Recht.

A. Die Zeugnisspflicht.

§ 5. Im Allgemeinen.

Die Zeugnisspflicht, welche aus einer freiwillig übernommenen vertragsmässigen Pflicht gegen die Partei, sich allmälig zu einer gesetzlichen Pflicht gegen den Staat umwandelte, ist ihrer ganzen historischen Entwickelung nach eine Gerichtspflicht. Von diesem Gesichtspunkte aus ist im Grossen und Ganzen die Normirung derselben durch die Reichsgesetzgebung erfolgt, indem die Zeugnisspflicht nur für die zur ordentlichen streitbaren Gerichtsbarkeit[55] gehörenden Angelegenheiten in den drei Reichsprozessordnungen, und ausserdem für einzelne spezielle Fälle in besonderen Reichsgesetzen reichsrechtlich anerkannt und geregelt ist[56].

Die Zeugnisspflicht — als Pflicht vor Gericht[57] auf Erfordern über eine der Vergangenheit angehörige Thatsache aus eigener Wahrnehmung wahrheitsgemässe, resp. eidliche Auskunft zu geben — ist zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung eine so unentbehrliche, und allgemein anerkannte, dass sie im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen ist[58]; «sie

53 Oesterr. Civil-Ger.-Instruktion vom 3. Mai 1853, § 185; desgl. Allgem. Ger.-O., § 160; Oesterr. Str.-Pr.-O. vom 29. Juli 1853, §§ 112 pp.; — Hannover. revid. Str.-Pr.-O. vom 5. April 1859, § 95 pp.; Königreich Sachsen, Str.-Pr.-O. vom 13. Aug. 1855, Art. 211 pp., welche die Verpflichtung nicht allein dem Gericht, sondern auch der Staatsanwaltschaft und der Polizei gegenüber begründet; Oldenburg, Str.-Pr.-O. vom 2, Nov. 1857, Art. 106 pp.

54 Ueber das in den österreichischen Gerichts-Ordnungen vollständig beseitigte Ablehnungsrecht der Zeugen, siehe Schrutka, Zeugnisspflicht, S. 87/88.

55 G.-V.-G., § 13; E Str.-Pr.-O., § 3; E Civ.-P.-O., § 3.

56 Es sind: 1) die Konsular-Gerichte, 2) die durch § 26 des Gesetzes gegen die Sozial-Demokratie vom 21. Okt. 1878 eingesetzte Kommission zur Entscheidung über Beschwerden; 3) die fol. 15 aufgeführten.

57 Ueber die Verpflichtung auch anderen Behörden gegenüber siehe Laband, Staats-R., III², S. 159 pp.

58 Gaupp, Kommentar z. C.-P.-O., II, S. 267. Zachariae, Handbuch des dtsch. Str.-Pr., II, S. 181/82; Löwe, Str.-Pr.-O. (3. Auflage), S. 248, Anm. 1.

ist jedoch keine Unterthanenpflicht, wie die Wehrpflicht, oder wie die Gerichtspflicht der Schöffen und Geschworenen, sondern sie ist lediglich der Reflex eines Zwanges, den die Staatsgewalt zur Handhabung des Rechtsschutzes ausübt, sie ist ein Anwendungsfall des Gehorsams gegen die Gerichtsgewalt[59].» — Hieraus ergibt sich, dass sich die Zeugnisspflicht nicht auf Personen erstrecken kann, welche im Auslande wohnen, und zwar ohne Unterschied ob sie reichsangehörig sind, oder einem fremden Staate angehören. Ausgenommen sind die Fälle, die vor die Konsular-Gerichtsbarkeit und die im Auslande ausgeübte Gerichtsbarkeit der Marine- und Militair-Gerichte gehören. Zwar können auch Personen, welche im Auslande wohnen, vor das inländische Gericht geladen werden, allein in diesem Falle ist es in das Belieben der Zeugen gestellt, ob er der Ladung Folge leisten will, oder nicht, auch wenn die Behörden seines Aufenthalts- oder Heimaths-Ortes die Ladung vermitteln[59a].

Anders liegt die Sache, wenn die betreffende Person auf Ersuchen durch das zuständige ausländische Gericht vernommen wird, sei es nun, dass dieses von selbst der Requisition des inländischen Gerichtes Folge leistet, oder, dass es auf Grund von Staatsverträgen geschieht. In diesem Falle macht das requirirte Gericht die eigene Gerichtsgewalt, nicht die des fremden Staates geltend. Die Erfüllung der Zeugnisspflicht von Seiten des Zeugen ist hier Gehorsam gegen die Staatsgewalt des Staates, in dessen Gebiet er sich aufhält, und sein Ungehorsam verstösst gegen die Gebote dieses Staates, und ist daher lediglich nach dem Rechte dieses Staates zu beurtheilen[60].

Alle Personen, welche sich im Inlande aufhalten, sind dagegen zeugnisspflichtig, gleichviel ob sie reichsangehörig oder fremd sind. Hiervon sind nur diejenigen ausgenommen, welche von der Gerichtsgewalt eximirt sind; es sind dies die Chefs und Mitglieder der beim deutschen Reich beglaubigten Missionen nach den näheren Anordnungen der §§ 18—21 G.-V.-G.[61, 62]; ferner — nach der herrschenden Ansicht jedoch

59 Laband, Staats-R., III², S. 159.

59a Glaser, Handbuch des Str.-Pr., S. 490.

60 Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 254; Laband, Staats-R., III², S. 168/169. — Die Frage nach der persönlichen Beweisfähigkeit u. s. w. der Zeugen richtet sich nach dem Rechte des Prozess-Gerichtes, die anzuwendenden Formen dagegen nach dem Rechte des requirirten Gerichtes; doch soll nach § 334 C.-P.-O. daraus, dass eine im Auslande vorgenommene Beweisaufnahme nach ausländischem Rechte mangelhaft ist, ein Einwand nicht entnommen werden können, sofern dieselbe nur den für das Prozessgericht geltenden Gesetzen entspricht. Vergl. auch Wechs.-O., Art. 85.

61 Laband, Staats-R., III², S. 166.

62 Ueber Vernehmung der Exterritorialen ist Nichts bestimmt. Hinsichtlich der Deutschen wird nach § 183 C.-P.-O. zu verfahren — aber auch hinsichtlich nichtdeutscher

nur nach Massgabe des am Vernehmungsorte geltenden Landesrechts[63] — die Landesherren, und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, welchen die fürstliche Familie Hohenzollern gleichgestellt ist. — Auch diejenigen Personen, welchen unter besonderen Umständen das Recht zur Zeugnissverweigerung eingeräumt ist, haben dieses Recht, jedoch nur für den konkreten Fall, und unterliegen bei veränderten Verhältnissen der allgemeinen Pflicht; eine rechtliche Unfähigkeit gibt es ebensowenig, und auch die Frage, ob die zu vernehmende Person befähigt sei resp. gewesen sei, richtige Wahrnehmungen zu machen, ist der freien Entscheidung des Richters überlassen. Der Meineidige und der Verstandesunreife muss aussagen, er darf nur nicht beeidigt werden[64].

Nach § 40 des Rechtshülfe-Gesetzes vom 21. 6. 69, welcher lautet: «Jeder (Nord) Deutsche ist verpflichtet, auf Anordnung des Civil- oder Strafgerichts vor demselben zum Zwecke seiner Vernehmung als Zeuge zu erscheinen, auch wenn er einem anderen Bundesstaate angehört» — könnte es auf den ersten Blick den Anschein haben, als ob die Zeugnisspflicht auch in sachlicher Beziehung eine allgemeine unbeschränkte Pflicht, und nur von der rein formellen Voraussetzung abhängig gemacht wäre, dass das Verlangen zur Ablegung des Zeugnisses von einem Gericht geltend gemacht würde. Allein obige Bestimmung bezieht sich lediglich auf den subjektiven Umfang der Zeugnisspflicht, und schliesst in ihrer Allgemeinheit nur die Pfiicht in sich, der Ladung jedes Gerichts als Zeuge Folge zu leisten. Dies erhellt schon daraus, dass das Recht die Ablegung des Zeugnisses auf indirektem Wege

Exterritorialer wird die Vermittelung des Reichskanzlers, resp. des betreffenden Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten zu erbitten sein, falls der Exterritoriale nicht im Voraus erklärt erscheinen zu wollen. Struckmann u. Koch, C.-P.-O., S. 378; Wilmowsky u. Levy, C.-Pr., § 342, Anm. 5.

[63] E G.-V.-G., § 5; E C.-P.-O., § 5; E St.-P.-O., § 4; Löwe, Str.-Pr., S. 282 a. a. O.; Glaser in v. Holtzendorffs R.-Lexikon, S. 1405; Gaupp, C.-P., II, S. 251/52; Struckmann u. Koch, C.-P., S. 374; A. A. Laband, Staats-R., III², S. 166. — Es muss — unseres Erachtens — hier unterschieden werden zwischen dem Landesherrn selbst und den Mitgliedern der landesherrlichen Familien. Gegen das Staatsoberhaupt als solches kann als Träger der Staatsgewalt im eigenen Lande keinerlei Gerichtszwang ausgeübt werden; — nach völkerrechtlichem Gebrauch steht ihm dasselbe Recht auch ausserhalb des eigenen Bundesstaates zu. Vergl. Dochow, Zeug.-Zwang, S. 33/34; Glaser, Str.-Pr., S. 497/98. — Für die Mitglieder der landesherrlichen Familie gilt daher in erster Linie das betreffende Landesrecht, und nur da, wo spezielle Satzungen fehlen, treten die Vorschriften der Reichsprozessordnungen in Kraft. — § 340 C.-P.-O. und § 71 St.-P.-O. enthalten nur die Bestimmungen darüber, in welcher Weise die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien im Falle ihrer Zustimmung — letztere auch im Falle mangelnder landesrechtlicher Bestimmungen — als Zeugen zu vernehmen sind.

[64] Gaupp, C.-Pr., II, S. 267. Hannov. Entwurf, § 328; Nordd. Entwurf, 498.

durch Vermittelung der Gerichte zu erzwingen nur einzelnen bestimmten Behörden, und zwar nur für spezielle Fälle eingeräumt ist. Es sind

1) die Postbehörden im Strafverfahren bei Post- und Portodefraudationen.

2) das Patentamt im Verfahren wegen Erklärung der Nichtigkeit, oder wegen Zurücknahme eines Patentes.

3) Die Seeämter und das Ober-Seeamt bei der Untersuchung von Seeunfällen.

4) die Ehrengerichte der Rechtsanwalts-Kammern.

Allen anderen Behörden gegenüber haben die Gerichte auf Grund des Rechtshülfegesetzes nur die Verpflichtung, den Zeugen vorzuladen, und falls er zur Aussage bereit ist, dieselbe in eine beweisfähige Form zu bringen. Ob daher in einem Verwaltungs- oder Disciplinar-Verfahren eine Zeugnisspflicht Platz greifen, oder, ob und in welcher Weise die Erfüllung derselben erzwungen werden könne, richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen des betreffenden Bundesstaates.[65]. —

Die Zeugnisspflicht hat einen dreifachen Inhalt:
die Gestellungspflicht,
die Aussagepflicht,
die Pflicht zur Eidesleistung.

§ 6. Die Gestellungspflicht.

Die Pflicht des Zeugen geht dahin, sich an dem in der Ladung bestimmten Orte einzufinden, sei es nun vor dem Prozessgericht selbst, oder vor dem ersuchten oder beauftragten Richter.

Ausgenommen von dieser Pflicht sind:

1) Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern, welche gemäss Str.-Pr.-O. § 71 Abs. 1 und Civ.-Pr.-O. § 340 Abs. 2 das Vorrecht haben, in ihrer Wohnung vernommen zu werden.

Hieran schliesst sich:

2) das in Str.-Pr.-O. § 49 und Civ.-Pr.-O § 349 begründete Vorrecht des Reichskanzlers und einer Anzahl höchster Reichs- und Landes-Beamteter, an ihrem Amtssitz oder Aufenthaltsort, und

3) ein ähnliches Vorrecht der Mitglieder des Bundesrathes und der deutschen gesetzgebenden Versammlungen während der Sitzungsperiode an ihrem hierdureh bestimmten Aufenthaltsort —

[65] Laband, Staats-R., III², S. 159/164; Dochow, Zeug.-Zwang, S. 41.

vernommen zu werden. Eine Abweichung von dieser (2 und 3) im öffentlichen Interesse aufgestellten Regel, hängt nicht von dem Privilegirten selbst, sondern von höherer Genehmigung ab.

Die Gestellungspflicht ist derjenige Theil der Zeugnisspflicht, welcher den weitesten Umfang und unbedingte Erzwingbarkeit hat; sie erstreckt sich — den einen Fall der Civ.-Pr.-O. § 351 Abs. 3 (siehe Seite 26) ausgenommen — auf alle der Gerichtsgewalt unterworfenen Personen, denn auch das Vorrecht der sub 1—3 aufgeführten Privilegirten[66] bezieht sich nur darauf, dass sie nicht an der Gerichtsstelle, sondern lediglich an dem durch das Privileg bestimmten Ort (Wohnung, Amtssitz u. s. w.) zur Vernehmung zu erscheinen haben.

Die Pflicht zum Erscheinen schliesst die weitere Pflicht in sich so lange von dem in der Ladung bestimmten Zeitpunkt ab am Orte der Vernehmung zu verbleiben, bis der Richter ausdrücklich oder stillschweigend die Entlassung ausgesprochen hat.

Abhängig gemacht ist die Gestellungspflicht im konkreten Fall von einer ordnungsmässigen Ladung.

Während das Gericht allein befugt ist, die Erfüllung der Zeugnisspflicht in ihrer Totalität zu gebieten, und der Staatsanwaltschaft in Strafsachen die Befugniss nicht zusteht, die Ablegung eines Zeugnisses zu verlangen — werden nicht nur im Strafprozess die zur Hauptverhandlung erforderlichen Ladungen von der Staatsanwaltschaft bewirkt — Str.-Pr.-O. §§ 213, 220, 221 Abs. 2 — und zwar entweder auf Anordnung des Vorsitzenden des Gerichts, oder kraft eigener Entschliessung, sondern es ist auch dem Angeklagten das Recht eingeräumt, den Zeugen unter gewissen Voraussetzungen (Entschädigung für Reisekosten und Versäumniss) Str.-Pr.-O. §§ 38, 219 durch Vermittelung des Gerichtsvollziehers unmittelbar mit verbindlicher Kraft zu laden.

Im Civil-Prozess wird die Ladung der Zeugen von dem Gerichtsschreiber unter Bezugnahme auf den Beweisbeschluss ausgefertigt (Civ.-Pr.-O. § 342).

Die Ladung einer dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörenden Person des Soldatenstandes[67] erfolgt durch Ersuchen der Militair-Behörde[68] (Str.-Pr.-O. § 48 Abs. 2 Civ.-Pr.-O. § 343). Es ist dies lediglich Formvorschrift, um die Erfüllung der Zeugnisspflicht mit den Anforderungen

66 Vergl. Anm. 63.

67 Findet auf Militär-Beamte somit keine Anwendung. Löwe, Str-Pr., S. 243, Anm. 8.

68 Ueber Begriff „Militär-Behörde“ siehe Struckmann u. Koch, Civ.-Pr.-O., S .383, Nr. 5.

des Dienstes in Einklang zu bringen, da in allen vor die ordentlichen Gerichte gehörenden Sachen auch solche Zeugen, welche dem Soldatenstande angehören, von dem Prozessgericht und nicht von dem Militairgericht vernommen werden[69].

Hinsichtlich der Form der Ladung weichen die beiden Prozessordnungen wesentlich von einander ab.

Während im Strafprozess der Form aus innneren Gründen eine entscheidende Bedeutung nicht zukommt, da sich die Angabe der Thatsachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll, bei Strafsachen regelmässig nicht empfehlen dürfte, und die Anwendung des § 50 Str.-Pr.-O. begründet ist, sobald nur feststeht, dass der Zeuge durch Zustellung des Gerichtsvollziehers erfahren habe[70], dass von einem hierzu Berechtigten sein Erscheinen vor Gericht unter entsprechender Angabe von Zeit und Ort, und unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens (Str.-Pr.-O. § 48) gefordert wird[71]; muss im Civil-Prozess die Aufforderung sich vor Gericht, als Zeuge zu gestellen, genau den Erfordernissen der Civ.-Pr.-O. § 342 (347) entsprechen, soll anders die Anwendung des § 345 Civ.-Pr.-O. gegen den Ungehorsamen ermöglicht werden.

Die Ladung muss daher hier enthalten:

1) Die Bezeichnung der Parteien,

2) Die Thatsachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll,

3) Die Anweisung zur Ablegung des Zeugnisses bei Vermeidung der durch das Gesetz angedrohten Strafen, in dem nach Zeit und Ort bezeichneten Termin zu erscheinen (Civ.-Pr.-O. § 342).

Die Angabe der Thatsachen erscheint hier geboten, um dem Zeugen die Mittel zur Vorbereitung für das abzulegende Zeugniss durch Schärfen seiner Erinnerungen u. s. w. zu gewähren.

§ 7. Die Aussagepflicht.

Der Zeuge ist verpflichtet, über seine persönlichen Verhältnisse, Vor- und Zu-Namen, Religionsbekenntniss, Stand oder Gewerbe und Wohnort, und über diejenigen Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Frage betreffen, Auskunft zu ertheilen, und im Zusamenhange anzugeben, was ihm über den Gegenstand seiner Vernehmung bekannt

69 „Die besondere Gerichtsbarkeit über Militärpersonen beschränkt sich auf Strafsachen“ R.-Mil.-Ges. vom 2. Mai 1874, § 39 Abs. 1.

70 Vergl. S. 16.

71 Glaser, Str.-Pr., S. 538.

ist[72]. Diese Pflicht muss jedoch dort eine Grenze finden, wo für den Zeugen ein Konflikt zwischen der Zeugnisspflicht als Erscheinungsform des Gehorsams gegen das Gericht und anderen gesetzlichen und moralischen Pflichten desselben entsteht.

«Das Gesetz hat in Berücksichtigung dieser (möglichen) Collisionen Ausnahmen von der Zeugnisspflicht geschaffen, deren rechtliche Natur eine sehr verschiedene ist, da sich die letztere nicht nach dem Wesen der Zeugnisspflicht bestimmt, sondern nach dem Wesen derjenigen Interessen, auf deren Berücksichtigung die Ausnahmen beruhen[73].»

Zu unterscheiden sind hierbei zwei Kategorien, die entweder auf das eigene Interesse der Zeugen, oder das seiner Angehörigen, oder

auf fremdes Interesse zurückzuführen sind.

Das Ablehnungsrecht im ersteren Fall ist ein verzichtbares Recht, d. h. der aufgerufene Zeuge hat sich durch sein Gewissen allein bei Beantwortung der Frage leiten zu lassen, ob er aussagen soll oder nicht, während es im letzteren Falle von dem Willen eines Dritten abhängig gemacht ist[74].

a) Ausnahmen in eigenem Interesse.

Die Weigerungsgründe der Str.-Pr.-O. § 51 und Civ.-Pr.-O. § 348 Nr. 1—3 beruhen auf einem persönlichen Verhältnisse zwischen dem Zeugen und dem Beschuldigten, resp. einer Partei. Die Gesetzgebung hat die Angehörigen nicht vom Zeugniss ausgeschlossen, sondern nur von der Pflicht zur Aussage befreit, und es dem Ermessen des Richters überlassen, welchen Werth er den freiwillig gemachten Aussagen trotz des verwandtschaftlichen Verhältnisses beilegen will. Es drückt sich hierin einerseits das Misstrauen des Staates gegen die erzwungene Aussage naher Angehöriger, andererseits aber auch die Rücksichtnahme für Erhaltung des Familien-Friedens aus.

Berechtigt zur Verweigerung des Zeugnisses sind nach beiden Prozessordnungen übereinstimmend:

1) der Verlobte des Beschuldigten (einer Partei).

Hinsichtlich des Begriffes «Verlobte» genügt, «dass ein ernstlich gemeintes, und auf moralischer und gesetzlich-erlaubter

[72] Str.-Pr.-O., §§ 67/68; Civ.-Pr.-O., §§ 360/61. Damit der Zeuge über ein etwaiges Recht das Zeugniss zu verweigern nicht im Unklaren bleibt ist in Str.-Pr.-O., § 68 — als Correlat der formlosen Ladung — die Bestimmung eingefügt, dass dem Zeugen vor der Vernehmung der Gegenstand der Vernehmung und die Person des Beschuldigten, sofern ein solcher vorhanden ist, zu bezeichnen ist.

[73] Laband, Staats-R., III², S. 173.

[74] Glaser, Str.-Pr., S. 506/507.

Grundlage beruhendes, auf Verheirathung abzielendes Eheversprechen gegenseitig gegeben ist[75].»

2) Der Ehegatte des Beschuldigten (einer Partei) auch wenn die Ehe nicht mehr besteht.

Die Ehe muss bürgerlich gültig sein. Constatirung der Eheschliessung nach den Gesetzen des Ortes, wo diese stattgefunden hat[76].

3) Diejenigen, welche mit dem Beschuldigten (einer Partei) in gerader Linie verwandt, verschwägert, oder durch Adoption verbunden, oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt, oder bis zum zweiten Grade verschwägert sind, auch wenn die Ehe, durch welche die Sehwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht.

Die Nähe der Verwandtschaft und der Schwägerschaft bestimmt sich nach den Regeln des bürgerlichen Rechtes. «Bis zum dritten Grade» etc. heisst einschliesslich dieses Grades[77].

Das Ablehnungsrecht der nächsten Angehörigen ist nicht ein Prozess-Recht der Parteien, sondern eine eigene Befugniss des Zeugen; es steht daher im Belieben desselben, das Zeugniss zu verweigern; keine der Parteien, auch nicht der Beschuldigte hat das Recht, ihn an der Ablegung des Zeugnisses zu hindern, ebenso wie er zur Weigerung des Zeugnisses auch in dem Falle berechtigt ist, wenn seine Vernehmung gerade von dem Beschuldigten (Partei) — ausgenommen die Fälle der Civ.-Pr.-O. § 350 — beantragt wird, zu welchem er in einem Verhältniss der hier bezeichneten Art steht[78]. Damit aber nicht aus Rechtsunkenntniss unterlassen wird, von diesem Recht Gebrauch zu machen, ist Belehrung — im Straf-Prozess vor jeder Vernehmung — vorgeschrieben. Im letzteren Verfahren hat ausserdem der Privilegirte das Recht, den Verzicht auf das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses jeder Zeit — auch während der Vernehmung zu widerrufen[79]. Dieses Widerrufs-Recht geht nach Str.-Pr.-O. § 251 soweit, dass selbst die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, welcher erst in der Hauptverhandlung von seinem Rechte, das Zeugniss zu verweigern, Gebrauch macht, nicht verlesen

[75] Urtheil des Reichs-Gerichts III, Str.-Senat v. 28. Jan. 1884; Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 512; Löwe, Str.-Pr., S. 251, Nr. 6; Petersen, Civ.-Pr., II, S. 195; A. A. Struckmann und Koch, Civ.-Pr.-O., S. 387.

[76] Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 512.

[77] Löwe, Str.-Pr., S. 210, Nr. 9.

[78] Löwe, Str.-Pr., S. 251, Nr. 4. Ueber diese für den Beschuldigten (Partei) sehr bedenkliche Kehrseite des Privilegs vergl. Glaser, Handbuch des Str.-Pr., S. 504.

[79] Str.-Pr.-O., § 51, Abs. 2.

werden darf[79a]. — Zudem bestimmt das Gesetz, um die Versuchung und die Möglichkeit falscher Eide thunlichst zu beschränken, dass der Angehörige, welcher aussagt, seine Aussage nicht zu beeidigen braucht ohne unbedingt von der Beeidigung ausgeschlossen zu sein, über welche allerdings das Gericht in erster Linie entscheidet[80].

Im Civil-Prozess darf jedoch auch der Angehörige einer Partei das Zeugniss nicht verweigern

1) Ueber die Errichtung und den Inhalt eines Rechtsgeschäftes, bei dessen Errichtung er als Zeuge zugezogen war.

2) Ueber Geburten, Verheirathungen oder Sterbefälle von Familiengliedern.

3) Ueber Thatsachen, welche die durch das Familienverhältniss bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen;

4) Ueber diejenigen auf das streitige Rechtsverhältniss sich beziehenden Handlungen, welche von ihm selbst als Rechtsvorgänger oder Stellvertreter einer Partei vorgenommen sein sollen[81].

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kann — ausser den gedachten allgemeinen Befreiungsgründen — die Auskunft verweigert werden

1) auf Fragen, welche der Zeuge nicht beantworten könnte, ohne sich selbst, oder einer Person, zu welcher derselbe in einem der in § 348 Nr. 1—3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren[82] vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde;

2) über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem der in § 348 Nr. 1—3 bezeichneten Angehörigen desselben zur Unehre gereichen, oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde

3) über Fragen, welche der Zeuge nicht würde beantworten können ohne ein Kunst- oder Gewerbe-Geheimniss[83] zu offenbaren[84]. Handelt es sich jedoch lediglich um den Fall des § 349 Nr. 1 (unmittelbarer vermögensrechtlicher Schaden)

79a Wenn das Reichsgericht durch Urtheil vom 30. Juni 1881 (Rechtspr. III, S. 450) in einem solchen Falle die Vernehmung des Amtsrichters und des Gerichtsschreibers, welche an der Vorverhandlung betheiligt waren, für zulässig erklärt hat, so kann hierin mit Geyer (Zeitschrift f. d. Str-R.-Wissenschaft, II, S. 324/25) nur eine Umgehung der Vorschrift des § 251 Str.-Pr.-O. gesehen werden. Vergl. Löwe, Str.-Pr., S. 511, Nr. 3; Schwarze, Ger.-Saal, Bd. 33, S. 270 pp.

80 Str.-Pr.-O., § 57; Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 515. — In der Civ.-Pr.-O. findet sich eine Vorschrift, dass der Zeuge, der trotz seiner Weigerungsbefugniss ausgesagt hat, den Eid verweigern dürfte, nicht.

81 Civ.-Pr.-O., § 350.

82 Regress-Ansprüche mit inbegriffen, Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 270.

83 Nicht blos die eigenen, sondern auch die des Arbeitgebers, Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 270.

84 Civ.-Pr.-O., § 349.

so kann der Zeuge bei Vorhandensein der in Civ.-Pr.-O. § 350 Nr. 1—4 aufgeführten Fälle das Zeugniss nicht verweigern. Die Befreiungen des § 349 schützen die betreffenden Zeugen zugleich davor, dass etwa lediglich in der Absicht, eine ihnen nachtheilige Zeugenaussage zu erzwingen, ein Prozess angestrengt wird; «aber auch der Staat soll seinen Unterthanen und Schutzbefohlenen keine Pflichten auferlegen, welche dieselben nöthigen könnten, sich selbst oder ihre Angehörigen zu verrathen, zu beschädigen, oder zu entehren»[85]. Wenn dessen ungeachtet dieses Princip im Strafprozess nur in beschränkterem Masse, und als Weigerungsgrund nur die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung[86] anerkannt ist, so liegt auch hier der Grund in dem überwiegenden Interesse, welches der Staat an der Strafrechtspflege hat, und welchem die Privatinteressen nachstehen müssen[87], sowie in der geringeren Gefahr eines Missbrauches, da es zudem eine Pflicht des Richters ist, auf die der Ehre, oder dem Vermögen des Zeugen drohenden Nachtheile billige Rücksichten zu nehmen[88].

Unter strafgerichtlicher Verfolgung ist nur diejenige Verfolgung zu verstehen, welche zum Zwecke der Verhängung einer kriminellen Strafe — (einerlei ob es sich um ein Verbrechen, ein Vergehen, oder eine Uebertretung handelt Str.-G.-B. § 1) — stattfindet. Eine Disciplinar-Untersuchung ist keine strafgerichtliche Verfolgung[89]; eine Handlung, welche eine solche herbeiführen kann, wird aber in der Regel der betreffenden Person auch zur Unehre gereichen[90].

Ob ein Zeuge auf Grund der Str.-Pr.-O. § 54 und der Civ.-Pr.-O. § 349 die Beantwortung der Frage verweigern will, hängt ganz von seinem Belieben ab. Eine Belehrung des Zeugen über seine Berechtigung ist nicht vorgeschrieben, und somit auch nicht erforderlich, auch weil dieselbe einen bedenklich suggestiven Charakter annehmen könnte[91].

85 Laband, Staats-R., III², S. 174. — Diesen Grundsätzen entsprechen Str.-Pr.-O., § 67 und Civ.-Pr.-O., § 360, welche mit den Worten: „Erforderlichen Falls" hinlänglich andeuten, dass der Zeuge nach Möglichkeit geschont werden soll. Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 553; vergl. auch Abegg, Gerichts-Saal v. 1856, S. 62.

86 Str.-Pr.-O., § 54.

87 Laband, Staats-R., III², S. 174/75.

88 Löwe, Str.-Pr., S. 256.

89 Laband, Staats-R., III², S. 163.

90 Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 519; Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 388; Gaupp, Civ.-Pr.-O., II, S. 270.

91 Löwe, Str.-Pr., S. 256 Nr. 7; vergl. dort die Reichsgerichts-Entscheidungen, Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 539/40. — „Wie in diesen Fällen die Fragen gestellt werden ist gleichgültig. Der Zeuge hat das Recht, sich über Thatsachen, welche unter eine dieser Kategorieen fallen, gar nicht zu äussern; er kann also z. B. die Frage ablehnen, wenn auch nur die Bejahung derselben ihm zur Unehre gereichen würde, während er in der Lage ist, dieselbe zu verneinen" Hannov. Protok., S. 2189 pp.

b) Ausnahmen in fremdem Interesse.

Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt nach beiden Prozess-Ordnungen:

1) Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen bei Ausübung der Seelsorge anvertraut ist (Str.-Pr.-O. § 52 No 1; Civ.-Pr.-O. § 348 Nr. 4.

Geistliche im Sinne des Gesetzes sind alle Religionsdiener (ohne Unterschied des Bekenntnisses) aller staatlich anerkannten, oder zugelassenen religiösen Gemeinschaften, welche eine Seelsorge ausüben[92]. Gleichgültig ist, ob die Mittheilung unter dem Siegel des Beichtgeheimnisses erfolgt, und ob nach den Gesetzen der betreffenden kirchlichen Gemeinschaft eine Verpflichtung zur Geheimhaltung überhaupt besteht; «es genügt, dsss Jemand seinem Seelsorger bei einer unter den Gesichtspunkt der Seelsorge fallenden Unterredung, und lediglich des durch die Seelsorge gegebenen Zweckes halber eine Mittheilung macht, die er nicht gemacht haben würde, hätte er nicht auf die Verschwiegenheit des Seelsorgers rechnen können[93]».

Während nach der Civ.-Pr.-O. § 350 Abs. 2 Geistliche, und die § 348 sub Nr. 5 Aufgeführten, sowie nach der Str.-Pr.-O. § 52 Nr. 2 und 3 Vertheidiger, Rechtsanwälte und Aerzte, — das Zeugniss nicht verweigern dürfen, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind, hat die Str.-Pr.-O. § 52 Abs. 2 hinsichtlich der Geistlichen eine Ausnahme geschaffen, indem sie es vollständig dem Geistlichen überlassen hat, sich mit seinem Gewissen und den Regeln seiner Kirche abzufinden[94/95].

2) Oeffentliche Beamte, auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind, dürfen über Umstände, auf welche sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, nur vernommen werden, mit Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde. (Str.-Pr.-O. § 53; Civ.-Pr.-O. § 341.) — Der Begriff des öffentlichen Beamten richtet sich nach den Reichs- und Landesgesetzen[96].

Die Beamten sind mithin nicht blos zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt, sondern dienstlich dazu verpflichtet. Der Richter soll in den angegebenen Fällen die Verpflichtung zur Verschwiegenheit auch dann berücksichtigen, wenn das Zeugniss nicht verweigert wird (Civ.-Pr.-O. § 348 Abs. 3), um sich nicht zum Mitschuldigen an dem Bruch des Amtsgeheimnisses zu machen[97].

Die Prüfung der Frage, ob der Gegenstand der Vernehmung ein solcher sei, auf welchen die Pflicht zur Bewahrung des Amtsgeheimnisses sich bezieht, steht der Dienstbehörde, nicht dem Gerichte zu; desshalb braucht letzterem auch nicht mitgetheilt zu werden, worin der zu besorgende Nachtheil besteht[98], da gerade hierdurch der Zweck der Bestimmungen, — das öffentliche Interesse an der Wahrung des Amtsgeheimnisses besser zu schützen, als dies in der Civ.-Pr.-O. § 348[5], oder durch dienstpragmatische Bestimmungen geschehen kann — illusorisch gemacht werden könnte[99].

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist die Genehmigung durch das Prozess-Gericht einzuholen und dem Zeugen bekannt zu machen[100]; im Strafprozess fehlt diese Bestimmung, es genügt daher hier, wenn die Genehmigung von einem Prozess-Betheiligten beigebracht wird[101/102].

3) Nach der Civ.-Pr.-O. § 348 Nr. 5 Personen, welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Thatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben, oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Thatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht. Die hier allgemein bezeichneten Personen umfassen nicht nur die Reichsbeamten (Ges. v. 31. 3. 1873 § 1 R.-G.-Bl. S. 61), sondern auch die im Str.-G.-B. § 300[103];

92 Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 387; Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 526; Löwe, Str.-Pr., S. 252, Nr. 6; A. A. Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 268, welcher den Begriff „Geistlicher" auch auf Religionsdiener ohne Unterschied des Bekenntnisses, und gleichviel ob vom Staate anerkannt, oder nicht, sofern sie nur die Funktionen der Seelsorge in einer religiösen Genossenschaft als Amt ausüben, ausgedehnt wissen will.

93 Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 521.

94 Löwe, Str.-Pr., S. 252, Nr. 7 u. 8. Siehe Hahn, Motive, III, S. 106; Nissen, Bemerkungen zum Entwurf einer Str.-Pr.-O., S. 24/25.

95 Nach dem Kirchenrecht der katholischen Kirche ist eine Entbindung von der Verpflichtung zur Geheimhaltung des unter dem Beichtsiegel Anvertrauten gänzlich ausgeschlossen. Im evangelischen Kirchenrecht ist die Frage nach den partikulären Kirchen-Ordnungen zu entscheiden. Gaupp, Civ.-Pr, II, S. 272.

96 „Oeffentlicher Beamter" ist gleichbedeutend mit „Beamter" in Civ.-Pr.-O., §§ 715, Nr. 7, 749, Nr. 8, 791; im Uebrigen ist auch auf Str.-G.-B., § 359 Rücksicht zu nehmen, Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 376/77, Anm. 1.

97 Laband, Staats-R., III², S. 175; Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 387.

98 Die Schädigung eines fiskalischen Interesses ist als Nachtheil im Sinne des Gesetzes nicht anzusehen. Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 522, Anm. 11; Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 353 u. A. m.

99 Löwe, Str.-Pr., S. 254/55; Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 376.

100 Civ.-Pr.-O., § 341, Abs. 3.

101 Löwe, Str.-Pr., S. 255.

102 Einige Spezialfragen über den Begriff der vorgesetzten Dienstbehörde löst das Gesetz im zweiten Satz des Abs. 1 Str.-Pr.-O., § 53 und Civ.-Pr.-O., § 341.

103 Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Vertheidiger in Strafsachen, Aerzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehülfen dieser Personen. Gaupp, Civ.-Pr.-O., II, S. 268.

Ger.-V.-G. § 200 [104]; H.-G.-B. art. 69 Nr. 5 [105] Aufgeführten, sowie alle durch Reichs- oder Landes-Gesetze (vergl. E z. Civ.-Pr.-O. § 12 und E z. Str.-Pr.-O. § 7) zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen.

Das Privilegium derselben findet auch auf solche Thatsachen Anwendung, welche der Zeuge in Folge der ihm eingeräumten Vertrauensstellung ohne förmliche Mittheilung selbst wahrgenommen hat, und begreift nach der allgemeinen Fassung des Paragraphen auch die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses [106].

Diese Ausnahmen sind im Straf-Prozess erheblich beschränkt, indem nach § 52 Nr. 2 und 3 zur Verweigerung des Zeugnisses nur berechtigt sind:

4) Vertheidiger des Beschuldigten in Ansehung desjenigen, was ihnen in dieser ihrer Eigenschaft anvestraut ist, und zwar wird diese Befreiung auf alle Mittheilungen zu beziehen sein, welche einem Vertheidiger in dieser seiner Eigenschaft — gleichviel ob es sich um die Vertheidigung des heutigen Beschuldigten, oder eines anderen handelte — gemacht wurden [107].

Neben der Erwähnung der Rechtsanwälte § 52 Nr. 3 mussten die Vertheidiger besonders hervorgehoben werden, da diese nicht immer dem Kreise der ersteren angehören.

Eine Erstreckung der Befreiungen auch auf solche Mittheilungen, welche dem Vertheidiger schon vor der Wahl oder Bestellung gemacht worden sind, könnte zu den gröbsten Unzuträglichkeiten Veranlassung geben, indem der Beschuldigte einfach das in belastende Zeugniss einer ihm günstig gesinnten Person dadurch beseitigen könnte, dass er dieselbe zum Vertheidiger wählt [108].

5) Rechtsanwälte und Aerzte in Ansehung desjenigen, was ihnen bei Ausübung ihres Berufes anvertraut ist. (Str.-Pr.-O. 52 Nr. 3).

Im Sinne der Gewerbe-Ordnung vom 21. 6. 1869 § 29 umfasst der Begriff «Aerzte» auch die Wundärzte, Augenärzte, Geburtshelfer und Zahnärzte, sowie selbstverständlich auch andere Special-Aerzte mit [109]. Unter das Privilegium fällt nur das für den Zweck der Ausübung des Berufes Mitgetheilte, und der Zweck des Gesetzes ist nur der, zu erreichen, dass

104 Schöffen, Geschworene.

105 Handels-Mäkler.

106 Gaupp, Civ.-Pr.-O., II, S. 268; Struckmann und Koch, Civ.-Pr., S. 388, Anm. 2.

107 Löwe, Str.-Pr., S. 253, 254, Nr. 19; Glaser, Handbuch des Str.-Pr., S. 534, 521.

108 Ebendaselbst.

109 Löwe, Str.-Pr., S. 253, Nr. 15.

man sich mit Beruhigung den gedachten Personen anvertrauen kann. [110/111].

Ein gemäss § 25 der Rechts-Anwalt-Ordnung bestellter Stellvertreter eines Rechts-Anwalts ist zur gleichen Verweigerung berechtigt. Auf das Hülfs-Personal — Schreiber, Kanzlei-Beamte — der hier gedachten Zeugen erstreckt sich die Befreiung von der Zeugnisspflicht nicht, weil die Mittheilung an solche Personen vermuthen lässt, dass ein Bedürfniss zur Geheimhaltung nicht empfunden worden ist. Das Privilegium soll auf Personen einer höheren Lebensstellung, die einige Gewähr gegen Missbrauch bietet, eingeschränkt werden. Daraus erklärt sich auch die Nichterwähnung der Hebammen [112].

Nicht privilegirt sind Apotheker, ebenso Notare [113], da Letztere in ihrem amtlichen Berufe Vertreter des Staates, Vertreter der Oeffentlichkeit sind, und als solche Geheimnisse nicht entgegenzunehmen haben [113a].

Die betreffende Vertrauensperson hat in erster Linie darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen des Privilegiums vorhanden sind, worüber sie dem Gericht jede mögliche Auskunft zu geben hat; in zweiter Linie, ob sie von dem vorhandenen Privilegium Gebrauch machen will, worüber sie dem Gericht keine Rechenschaft schuldig ist. Die formelle Berechtigung desjenigen, welcher ihr sein Vertrauen schenkte, beschränkt sich auf die Entbindung von der Verschwiegenheit; derselbe hat jedoch kein Recht des Verbotes dem freiwillig Aussagenden gegenüber, ebensowenig, wie das Gericht die Pflicht hat, einer solchen Aussage aus dem Wege zu gehen, wie es Civ.-Pr.-O. § 348 i. fine vorschreibt. Noch weniger aber kann in der Ablegung eines von dem Richter geforderten Zeugnisses eine «unbefugte» Offenbarung im Sinne des Str.-G.-B. § 300 enthalten sein, da das Gesetz die gedachten Personen nur für berechtigt erklärt, das Zeugniss zu verweigern, und es ihrem pflichtmässigen Ermessen überlässt, ob sie das Zeugniss ablegen wollen, oder nicht [114].

Nach beiden Prozess-Ordnungen ist eine Belehrung über das Recht der Verweigerung nicht vorgeschrieben, und daher auch nicht nöthig. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gilt

110 Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 529.

111 Aus diesem Grunde dürften auch die von Löwe (S. 253, Nr. 15) mit aufgeführten „Thierärzte“ hier nicht mit in Betracht kommen.

112 Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 532.

113 Ueber die Ausschliessung derselben, sowie der Hebammen vergl. Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 532/33, Anm. 30.

113a Protokolle, S. 806/807.

114 Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 533; Löwe, Str.-Pr., S. 254, Nr. 18; siehe auch Oetcker in Goltdammers Archiv, Bd. 26, S. 114.

jedoch, dass auch in solchen Fällen, in welchen die oben sub 1—3 aufgeführten Personen sich zur Ablegung des Zeugnisses bereit erklärt haben, oder nach Civ.-Pr.-O. § 341 die Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde an sich ertheilt worden ist, — der Richter die Vernehmung nicht auf solche Thatsachen richten soll, in Beziehung auf welche klar vorliegt, dass ohne Verletzung jener Pflicht das Zeugniss nicht abgelegt werden kann.[115].

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten entbindet das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses auch von der Pflicht zum Erscheinen, wenn der Berechtigte vor dem Termine dem Gericht, welches die Ladung erlassen hat, seine Weigerung zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt. Die Thatsachen, auf welche er seine Weigerung gründet, sind glaubhaft zu machen; vorausgesetzt ist, dass sich die Weigerung auf die ganze Zeugenvernehmung bezieht, also, dass sie sich auf ein persönliches Verhältniss zu den Prozessparteien gründet (Civ.-Pr.-O. § 348[1-3]) oder sämmtliche Fragen resp. Thatsachen umfasst, die in der Ladung als Gegenstand der Vernehmung bezeichnet sind[116]. Dieses Recht ist dem nach der Str.-Pr.-O. (§§ 51-54) zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten nicht eingeräumt, da die Frage, ob ein gesetzlicher Verweigerungsgrund im einzelnen Falle wirklich bestehe — zumal bei der formlosen Ladung im Straf-Prozess — häufig der mündlichen Erörterung bedürfen wird[117]. Der Angehörige ist hier nur befreit von der Pflicht zur Sache auszusagen, nicht von der Zeugnisspflicht in ihrer Totalität; er ist vielmehr verpflichtet, der Vorladung Folge zu leisten und diejenige Auskunft zu ertheilen, die — ohne Verletzung des Zweckes der Befreiung — den Richter in den Stand setzt, das Vorhandensein des Befreiungsgrundes zu prüfen[118].

§ 8. Die Pflicht zur Eidesleistung.

Der Zeuge muss vor seiner Vernehmung den Eid leisten, «dass er nach bestem Wissen die reine Wahrheit sagen, nichts verschweigen und nichts hinzusetzen werde». Die Vereidigung kann jedoch aus besonderen Gründen bis nach Abschluss der Vernehmung ausgesetzt werden, — in diesem Falle lautet die Eidesformel assertorisch: «dass der Zeuge nach bestem Wissen

115 Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 269.

116 Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 273/74; Struckmann und Koch, Civ.-Pr., S. 391. — Civ.-Pr.-O., § 351; — Unwahre Behauptungen werden nach St.-G.-B., § 138 bestraft.

117 Löwe, Str.-Pr., S. 245, Nr. 4.

118 Glaser, Handb. des St.-Pr., S. 514.

die reine Wahrheit gesagt, nichts verschwiegen und nichts hinzu gesetzt habe»[119].

Der Schwur erfolgt unter Anrufung Gottes «des Allmächtigen und Allwissenden» und schliesst mit den Worten: «so wahr mir Gott helfe»[120]. Der Eidesleistung wird gleich geachtet, wenn ein Mitglied einer Religionsgesellschaft, welcher das Gesetz den Gebrauch gewisser Betheuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, eine Erklärung unter der Betheuerungsformel dieser Religionsgesellschaft abgibt[121].

«In den §§ 56/57 Str.-Pr.-O. und 358 Civ.-Pr.-O. stellt das Gesetz als angemessene Beschränkung des Prinzips der freien richterlichen Beweis-Würdigung den Grundsatz auf, dass jede Zeugen-Aussage zu beschwören ist, wenn nicht ein vom Gesetz vorgesehener Grund für die Nicht-Beeidigung vorliegt. Da aber die gesetzliche Anordnung des Eideszwanges auf der Annahme beruht, dass die Beeidigung den Zeugen zur Aussage der Wahrheit bewegen werde, so ist es nicht blos gerechtfertigt, sondern geboten die Beeidigung da zu unterlassen, wo jene Annahme erfahrungsmässig nicht zutrifft, die Glaubwürigkeit einer Aussage also durch die Beeidigung nicht erhöht werden kann[122].

Aus dem Inhalt des Eides folgt, dass alle Gründe, welche einen Zeugen zur Verweigerung der Aussage berechtigen, ihn auch von der Eidesleistung befreien[123]. Machen diese Personen — es sind nach beiden Prozess-Ordnungen die nächsten Angehörigen (Str.-Pr.-O. § 51 Nr. 1—3; Civ.-Pr.-O. § 348 Nr. 1—3), sowie die nach Civ.-Pr.-O. § 349 Nr. 1—2 [124/125] zur Verweigerung der Antwort auf bestimmte Fragen (bei unmittelbarem vermögensrechtlichem Nachtheil, Unehre, oder Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung für sich oder einen Angehörigen) Berechtigten, von diesem Rechte keinen Gebrauch, so hängt es

119 Str.-Pr.-O., §§ 60/61; Civ.-Pr.-O., §§ 356/57.

120 Str.-Pr.-O., § 62; Civ.-Pr.-O., § 443.

121 Str.-Pr.-O., § 64; Civ.-Pr.-O., § 446.

122 Hahn, I. Motive, S. 108. — „Indem die Person zum Schwur verstattet wird, bürgt viel mehr sie selbst für den Eid, als dieser für sie." Abegg, Gerichts-Saal 1867, S. 257/58, 263.

123 Dagegen kann der Zeuge zur eidlichen Versicherung der Thatsachen, auf welche er die Verweigerung des Zeugnisses stützt, angehalten werden, wenn er dieselben nicht in anderer Weise glaubhaft zu machen vermag. Laband, Staats-R., III[2], S. 177. — Str.-Pr.-O., § 55.

124 Dass Personen, welche von dem ihnen nach Civ.-Pr.-O., § 349, Nr. 3 (Offenbarung eines Kunst- oder Gewerbe-Geheimnisses) zustehenden Recht der Zeugnissverweigerung keinen Gebrauch gemacht haben, ihre Aussage ohne Weiteres beeidigen müssen, während die Beeidigung der nach Civ.-Pr.-O., § 340 Nr. 1-2 Privilegirten (aber Aussagenden!) nur auf besondere Anordnung — § 358, Abs. 2 — stattfindet, hat seinen Grund darin, dass es sich in erstgenanntem Falle nicht um Angehörige handelt, und dass, wenn der Zeuge aussagen will, ein Meineid nicht zu befürchten, und er hinsicht-

von dem richterlichen Ermessen — Str.-Pr.-O. § 57 — ab, ob sie unbeeidigt zu vernehmen oder — eventuell nachträglich Civ.-Pr.-O. § 358 Abs. 2 — zu beeidigen sind. — Dasselbe — hinsichtlich der Beeidigung — gilt von Personen, welche unmittelbar am Rechtsstreite betheiligt sind (Civ.-Pr.-O. § 358 Nr. 4) [126].

Handelt es sich um Thatsachen, welche unter die Vorschrift des § 350 Civ.-Pr.-O. fallen, so muss die Beeidigung bezüglich dieser Thatsachen erfolgen [126].

Die vorstehenden Bestimmungen sollen übrigens nicht dazu dienen, einen verdächtigen Zeugen nachträglich durch Auferlegung des Eides zur Angabe der Wahrheit zu bestimmen, vielmehr wird die nachträgliche Vereidigung nur dann anzuordnen sein, wenn das Gericht die Angabe des Zeugen für wahrheitsgemäss hält, und nach Umständen des Falles und der Persönlichkeit des Zeugen auf seine beeidigte Aussage besonderer Werth zu legen ist [127].

Im Straf-Prozess steht den Angehörigen das Recht, den Eid zu verweigern, selbst nach der Vernehmung zu, und sind sie ausdrücklich über dieses Recht zu belehren [128].

Ausser diesen Befreiungsgründen führt das Gesetz in Str.-Pr.-O. § 56 Nr. 1—3 und Civ.-Pr.-O. § 358 Nr. 1—2 Ausschliessungsgründe vom Eide an, welche einer Erweiterung durch richterliches Ermessen nicht fähig sind [129].

Nach beiden Prozess-Ordnungen sind es übereinstimmend

1) Personen, welche zur Zeit der Vernehmung das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, oder wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben. — Die Eidesmündigkeit beginnt demnach mit dem vollendeten sechzehnten Lebensjahre, obgleich die volle strafrechtliche Verantwortlichkeit erst mit dem vollendeten 18. Lebensjahre eintritt — R.-Str.-G.-B. §§ 56/57.

2) Personen, welche nach den Bestimmungen der Straf-

lich der Beeidigung den anderen Zeugen gleich zu stellen ist. Anders verhält es sich mit § 349, Nr. 1-2, wo Angehörige in Betracht kommen, von welchen oft gerade wegen der möglichen Belastung, die in dem Verweigern der Aussage an sich liegen kann, von dem Privileg kein Gebrauch gemacht wird, ohne dass dadurch die Gefahr eines Meineides aufgehoben wird. Siehe Hahn, Motive, S. 110.

125 Aus Str.-Pr.-O., § 54 kann eine Berechtigung, die Eidesleistungen zu verweigern nicht hergeleitet werden. Löwe, Str.-Pr., S. 257, Nr. 9.

126 Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 288; Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 398. Hannov. Prot., S. 2214.

127 Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 289. Im Civil-Prozess fällt die Beeidigung weg, wenn die Parteien darauf verzichten. Civ.-Pr.-O., § 356, Abs. 2.

128 Str.-Pr.-O., § 57, Abs. 2.

129 Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 565.

Gesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden [130].

Die rechtliche Unfähigkeit muss durch rechtskräftiges Urtheil des Strafrichters ausgesprochen sein. R.-Str.-G.-B. § 161 Abs. 1 [131]. Ein solches Urtheil begründet nicht Unfähigkeit zum Zeugniss überhaupt, sondern schliesst nur die «eidliche» Vernehmung als Zeuge aus.

3) Nach der Str.-Pr.-O. § 56 Nr. 3, Personen, welche hinsichtlich der den Gegenstand der Untersuchung bildenden That, als Theilnehmer, Begünstiger oder Hehler verdächtig, oder bereits verurtheilt sind.

«Der Grund, wesshalb hier gerade nur diese Klasse der verdächtigen Zeugen ausgeschlossen ist, liegt offenbar darin, dass einerseits der Zeuge sehr leicht ein materielles, oder doch ein psychisches Interesse haben kann, die Unwahrheit auszusagen, und dass andererseits die schroffe Unterscheidung zwischen ihm und dem Beschuldigten, die sich in der Zulassung zum Eide ausdrückt, hier um so mehr verletzen muss, als es oft nur von zufälligen, oder selbst der Willkür nicht entrückten Umständen abhängt, ob dieselbe Person als mitbeschuldigt der Zeugen-Eigenschaft unbedingt entkleidet, oder als Zeuge zuzulassen ist. Hier handelt es sich indess weder um die Ausschliessung vom Zeugniss, noch um die Wahrung der Interessen des Zeugen und seiner Angehörigen, sondern in erster Linie um das öffentliche Interesse, und um das des Angeklagten» [132].

Ausserdem kommen nur partielle Befreiungen von der Eidespflicht in Betracht, d. i. solche, welche nur den Nachlass sonst obligatorischer Formen der Beeidigung mit sich bringen. Hierher gehören die Vorschriften der Str.-Pr.-O. § 71 Abs. 2 und der Civ.-Pr.-O. § 444 Abs. 2, wonach die Landesherren [133], die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern den Eid mittels Unterschreibens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel leisten.

Ausserdem würde rücksichtlich der nicht vor die ordentlichen Gerichte gehörigen Strafsachen die Landesgesetzgebung

130 Str.-Pr.-O., § 56, Nr. 1-2; Civ.-Pr.-O., § 358, Nr. 1-2.

131 Inclusive der älteren inländischen Gesetze; dagegen erscheint die von Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 398 u. A. aufgestellte Behauptung, dass eine Verurtheilung nach ausländischem Recht ebenfalls die Unfähigkeit begründe, im Hinblick auf Str.-G.-B. § 37 nicht ohne Weiteres annehmbar. Löwe, Str.-Pr., S. 260, Nr. 10c; Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 565.

132 Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 565.

133 Vergl. oben Anm. 63.

auch für die Eidesleistung besondere Bestimmungen treffen können [133a].

Die Eidesformel [134] gilt für die Mitglieder aller Religionsparteien, auch wenn die Fassung derselben den religiösen Anschauungen des Schwörenden widerspricht, mit Ausnahme der in Str.-Pr.-O.- § 64 und Civ.-Pr.-O. § 446 aufgeführten Fälle [135].

Das Gesetz hat die religiöse Eidesformel als den Anschauungen der grossen Mehrheit der Bevölkerung entsprechend beibehalten, ohne jedoch einen Gewissenszwang ausüben zu wollen. — Der Eid hat nicht die Bedeutung eines Glaubensbekenntnisses, sondern ist lediglich formal Akt [136].

B. Der Zeugniss-Zwang.

§ 9. Die Zwangsmittel.

Erscheint ein ordnungsmässig [137] geladener Zeuge nicht, so hat das Gericht von Amtswegen [138] — ohne dass es eines Antrages bedarf — die Verurtheilung in die durch das Ausbleiben verursachten Kosten, sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark, und für den Fall, dass diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen auszusprechen.

Voraussetzung ist, dass der Zeuge nicht erscheint, d. h. bei Aufruf nicht da ist. Als nicht erschienen gilt auch der Zeuge, der sich vor der Vernehmung entfernt [139].

Die eventuelle Haftstrafe ist zugleich mit der Geldstrafe auszusprechen.

[133a] E. z. Str.-Pr.-O., § 3.

[134] Str.-Pr.-O., § 62; Civ.-Pr.-O., § 443.

[135] Die Frage, welchen Religionsgesellschaften dies gestattet ist, muss nach Landesrecht beantwortet werden. Dochow, Zeug.-Zwang, S. 60.

[136] Glaser, Handb. des Str.-Pr., S. 588; Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 436/37; Dochow, Zeug.-Zwang, S. 59 u. A. m.

[137] Str.-Pr.-O., § 48; Civ.-Pr.-O., § 342/43.

[138] Die Motive, S. 492, bemerken hierzu: „Der zwingende Grund zur Zeugniss-Pflicht ruht allein im öffentlichen Recht, und erfordert daher für den Fall der Verletzung ein absolutes Straf-Gesetz, dessen Durchführung dem Belieben der Prozess-Parteien um so weniger unterstellt sein darf, als es für diese nicht ohne Bedenken sein würde, durch Stellung des Strafantrages sich in eine Gegnerschaft zum Zeugen zu setzen."

[139] Dagegen sind die Strafbestimmungen auf solche Zeugen, welche sich erst nach stattgehabter Vernehmung entfernen, und deren wiederholte Befragung nöthig erscheint, oder welche wegen Ungebühr entfernt worden sind, nicht anzuwenden, da man derartige Personen wohl nicht als „nicht erschienen" bezeichnen kann. Siehe v. Schwarze in Voitus Kontroversen, I, S. 29/30, u. v. Lilienthal in v. Holtzendorffs Rechts-Lexikon, S. 1420/21. — A. A. Puchelt, Civ.-Pr.-O., II, S. 177. Gaupp, Civ.-Pr, II, S. 260.

Im Straf-Prozess kann jetzt sofort zur zwangsweisen Vorführung des Zeugen geschritten werden, während im Civil-Prozess dieses Verfahren erst bei wiederholtem Ausbleiben statt hat. Nach beiden Prozess-Ordnungen kann bei wiederholtem Ausbleiben die Strafe — unter gleichzeitiger Verurtheilung in die neu entstandenen Kosten — noch einmal erkannt werden [140]. Die Verurtheilung in Strafe und Kosten ist hier obligatorisch. Die Bestimmung der Civ.-Pr.-O. § 345 Abs. 2 und Str.-Pr.-O. § 50 Abs. 1 «im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe noch einmal erkannt werden» — enthält nur die Beschränkung, dass öfter nicht auf Strafe erkannt werden kann, sondern nur noch die zwangsweise Vorführung zu erfolgen hat [141].

Wiederholtes Ausbleiben liegt vor, wenn gegen den von Neuem geladenen Zeugen schon einmal eine Strafe wegen Ausbleibens verhängt worden ist. — Vollstreckung derselben wird nicht vorausgesetzt.

Bleibt der Zeuge nochmals aus, so kann die Strafe nicht zum dritten Male erkannt werden. Dies gilt für alle Stadien des Prozesses [142]. Auch erscheint eine immer wiederholte Bestrafung um so überflüssiger, als der Richter das Erscheinen des Zeugen direkt erzwingen kann.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere, oder der aktiven Marine angehörende Militairperson, erfolgt auf Ersuchen durch das Militair-Gericht, die Vorführung einer solchen Person durch Ersuchen der Militair-Behörde. Es ist dies die Consequenz der Str.-Pr.-O. § 48 und Civ.-Pr.-O. § 343, sowie des besonderen Militair-Gerichtsstandes in Strafsachen, und findet daher nicht blos auf Personen des Soldatenstandes, sondern auf alle Militairpersonen des aktiven Heeres und der aktiven Marine Anwendung. — Dadurch, dass nicht blos die Vollstreckung, sondern auch die Festsetzung der Strafe dem Militair-Gericht anheimfällt, soll eine doppelte Bestrafung

[140] Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 260; Petersen, Civ.-Pr., II, S. 186; Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 381.

[141] Lilienthal in Holzendorffs Rechts-Lexikon, S. 1423; Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 260; A. A. Löwe, Str.-Pr., S. 246, Nr. 7.

[142] Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 261; Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 381; Laband, Staats-R., III², S. 171, Anm. 1; Dochow, Reichs-Str.-Pr., S. 119; v. Lilienthal in v. Holtzendorffs Rechts-Lexikon, S. 1423 bemerkt hierzu: „Wenn Einige, wie Geyer (welcher früher anderer Ansicht war), annehmen, die Bestrafung könne sich in einem anderen Stadium desselben Verfahrens noch einmal wiederholen, so ist das wohl ein Irrthum, jedenfalls aber inkonsequent, und nicht damit zu rechtfertigen, dass ein neuer Ungehorsamsfall vorliege. Das ist nur in demselben Masse der Fall, als wenn der Zeuge einer zum dritten Male wiederholten Ladung nicht gehorchte. Ein Grund, diese beiden Fälle verschieden zu beurtheilen, liegt nicht vor." — A. A. Petersen, Civ.-Pr., II, S. 188; Löwe, Str.-Pr., S. 246, Nr. 7.

auf Grund Str.-Pr.-O. § 50 und Civ.-Pr.-O. § 345, und wegen Ungehorsams gegen einen militairischen Befehl M.-Str.-G.-B. § 92 vermieden werden.

Die Entscheidung über die Strafbarkeit des betreffenden Zeugen steht ausschliesslich dem Militair-Gericht zu[143]; wohl aber hat das Prozess-Gericht die Befugniss, die ausgebliebene Militair-Person zu den verursachten Kosten zu verurtheilen; jedoch ist auch hier die Entscheidung des Militair-Gerichtes als präjudicirlich anzusehen, so dass eine Verurtheilung in die Kosten nur eintreten kann, wenn das Militair-Gericht eine Strafe verhängt hat[144]. Das Militairgericht ist andererseits an die Anwendung der Str.-Pr. O. § 50 und Civ.-Pr.-O. § 345 auch dann gebunden, wenn es sich um einen Militair-Beamten handelt, welcher vom Prozess-Gericht direkt geladen wurde[145].

Die Verurtheilung in Strafe und Kosten unterbleibt, wenn das Ausbleiben des Zeugen genügend entschuldigt ist. Erfolgt nachträglich genügende Entschuldigung, so werden die gegen den Zeugen getroffenen Anordnungen wieder aufgehoben[146]. Unwahre Behauptungen werden nach Str.-G.-B. § 138 Abs. 1 bestraft. —

Wenden wir uns nun den Massregeln zu, mit welchen das Gesetz die Verweigerung des Zeugnisses, welche scharf von dem Nicht-Erscheinen unterschieden wird, bedroht, so sehen wir, dass die Zwangsmittel und Strafen der Str.-Pr.-O. § 69 resp. Civ.-Pr.-O § 355 gegen den das Zeugniss, oder den Eid ohne Grund verweigernden Zeugen völlig unabhängig davon eintreten, ob der Zeuge bereits wegen Nichterscheinens nach Str.-Pr.-O. § 50 resp. Civ.-Pr.-O. § 345 bestraft ist[147].

Bei Eintreffen der Voraussetzungen ist der Zeuge — ohne dass es eines Antrages bedarf — zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, dass diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen, sowie in die durch die Weigerung verursachten Kosten zu verurtheilen[148]. Die subsidiaire Haft ist wie beim Nichterscheinen des Zeugen sofort auszusprechen[149], jedoch kann die Strafe nur einmal verhängt werden. Eine Wiederaufhebung findet

143 Voitus, Kontroversen, I, S. 21 pp.; Löwe, Str.-Pr., S. 247, Nr. 22, der seine frühere — entgegengesetzte — Meinung geändert hat.

144 Löwe, ibid.

145 Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 261/62; v. Lilienthal in v. Holtzendorffs Rechts-Lexikon, S. 1428.

146 Str.-Pr.-O., § 50, Abs. 2; Civ.-Pr.-O., § 346.

147 Geyer in v. Holtzendorffs Handb. des Str.-Pr.-R., S. 273; v. Lilienthal in v. Holtzendorffs Rechts-Lexikon, S. 1426.

148 Str.-Pr.-O., § 69; Civ.-Pr.-O., § 355.

149 Löwe, Str.-Pr., S. 276, Anm. 5c.

niemals statt in der Weise, wie sie beim Nichterscheinen zulässig ist, da bei der Zeugniss- resp. Eides-Verweigerung eine nachträgliche Entschuldigung derselben nicht wohl möglich ist.

Voraussetzung zur Anwendung dieser Massregeln ist im Straf-Prozess: «dass kein gesetzlicher, von der Zeugnisspflicht befreiender (vergl. Str.-Pr.-O. §§ 51—54), oder die Beeidigung hindernder (Str.-Pr.-O. § 56) Grund vorliegt»; im Civil-Prozess: «dass ein Grund nicht angegeben (Civ.-Pr.-O. §§ 348/349, 358), oder der angegebene rechtskräftig für unerheblich erklärt wurde, und der Zeuge in dem neuen Termine gleichwohl bei seiner Weigerung verharrt. Das Zeugniss ist auch dann als verweigert anzusehen, wenn die geforderte Auskunft über einen bestimmten Punkt nicht ertheilt wurde; ebenso steht die Entfernung vor geleistetem Eide, sowie die Ablehnung der nach Str.-Pr.-O. § 66 an Stelle der nochmaligen Beeidigung zulässigen Berufung auf den früher geleisteten Eid der Eidesverweigerung gleich[150].

Ist im Civil-Prozess die Strafe nach Absatz 1 § 355 verhängt (dass sie bereits vollzogen, ist nicht erforderlich), und erscheint der abermals geladene Zeuge (ob vorgeführt oder freiwillig ist gleichgültig) und verweigert nochmals die Aussage resp. die Eidesleistung, so hat das Gericht abzuwarten, ob von dem Beweisführer, oder der Gegenpartei (Civ.-Pr.-O. § 364) ein Antrag auf Erzwingung des Zeugnisses gestellt wird[151]. Diese Abweichung von dem leitenden Grundsatz[152] (Civ.-Pr.-O. § 355 Abs. 1 und § 345 Abs. 1) beruht auf der Schwere der Zwangsmassregel, sowie auf dem im Civil-Prozess überwiegenden Privat-Interesse an der Zeugnissleistung; auch ist der Antrag der Partei wegen ihrer Verbindlichkeit zur Vorausbezahlung der Haftkosten erforderlich[153].

Im Straf-Prozess ist dagegen die Zwangshaft sogleich anzuwenden, wenn der Zeuge nach Verkündung des die Strafe verhängenden Beschlusses auf seinem Ungehorsam verharrt.

Der Unterschied zwischen den beiden Prozess-Ordnungen ist wohl daraus zu erklären, dass bei dem im Strafprozess obwaltenden öffentlichen Interesse sowohl an der Klarstellung der Wahrheit, als auch am ungehinderten Fortgang des Verfahrens namentlich im Hauptverfahren, dem Strafrichter ein

150 v. Lilienthal in v. Holtzendorffs Rechts-Lexikon, S. 1424.

151 Ausnahmen siehe: Civ.-Pr.-O., §§ 597, Abs. 4 u. 621, Abs. 3. — Vergl. Gaupp, Civ.-Pr.-O., II, S. 280; Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 394; v. Lilienthal, in v. Holtzendorffs Rechts-Lexikon, S. 1424.

152 Vergl. oben, S. 30, Anm. 138.

153 Civ.-Pr.-O., §§ 355, Abs. 2, 792; Struckmann u. Koch, Civ.-Pr. S. 394.

energisches Zwangsmittel zur Verfügung stehen muss [154]. Obgleich in dem Gesetz nicht ausdrücklich davon die Rede, ist der sich weigernde Zeuge auch in diesem Falle in die durch seine Weigerung verursachten Kosten zu verurtheilen [155].

Das zulässige Zwangsmittel ist nach beiden Prozess-Ordnungen die Haft, die jedoch nicht über die Beendigung des Prozesses in der Instanz [156], und jedenfalls nicht über die Zeit von sechs Monaten (vergl. Civ.-Pr.-O. § 794), bei Uebertretungen (im Strafprozess) nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus erstreckt werden darf. Bei Weigerung des Zeugnisses in der späteren Instanz wegen derselben Thatsachen [157], ist nochmalige Verhaftung — im Civil-Prozess auf Antrag — möglich, aber soweit es sich um dasselbe Zeugniss handelt, darf die Haft in allen Instanzen zusammengerechnet, nicht länger als sechs Monate, resp. sechs Wochen dauern [158]. Diese Haft, welche auf unbestimmte Zeit auszusprechen, endet:

a) Durch Ablegung des verweigerten Zeugnisses resp. Eides;

b) wenn die in Str.-Pr.-O. § 69 Abs. 2, resp. Civ.-Pr.-O. §§ 355 Abs. 2, 794 zugelassene höchste Dauer der Zwangshaft erschöpft ist;

c) wenn sich ergibt, dass das Zeugniss für die Entscheidung der Sache nicht weiter erforderlich ist [159];

d) durch die Beendigung des Verfahrens in der Instanz;

e) durch Verzicht (vergl. Str.-Pr.-O. § 244, Civ.-Pr.-O. § 364) womit im Straf-Prozess auch das Gericht, im Civil-Prozess lediglich die Gegenpartei einverstanden sein muss [160];

f) wenn der die Beeidigung verweigernde Zeuge die Eidesfähigkeit verliert;

154 Geyer in v. Holtzendorffs Handb. des Str.-Pr.-R., S. 273.

155 Petersen, Civ.-Pr., II, S. 202; Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 394.

156 Das Verfahren in einer Instanz ist beendigt, wenn das Verfahren überhaupt eingestellt, oder ein Urtheil gesprochen worden ist. Löwe, Str.-Pr., S. 278; v. Lilienthal in v. Holtzendorffs Rechts-Lexikon, S. 1426.

157 „Identität des Verfahrens" im Strafprozess ist auch dann vorhanden, wenn dasselbe sich auf mehrere selbstständige Delikte erstreckt, und der Zeuge bezüglich mehr, als eines derselben seine Aussage, resp. deren Beeidigung verweigert. — „Identität der That" liegt vor, solange es sich um denselben Straffall handelt. Der Ausdruck „dieselbe That" muss im weitesten Sinne des Wortes verstanden werden, derart, dass neu hinzutretende Umstände, auch wenn sie den strafrechtlichen Charakter des Delikts ändern, gleichwohl die Identität nicht aufheben. — Nur auf die objektive Seite kommt es an, sodass „dieselbe That" auch dann noch vorliegt, wenn die Person des Beschuldigten gewechselt haben sollte, sobald nur derselbe thatsächliche Vorgang noch in Frage steht." v. Lilienthal in v. Holzendorffs R.-Lex., S. 1426.

158 v. Lilienthal, ibid., S. 1425; Petersen, Civ.-Pr., II, S. 202; Gaupp, Civ.-Pr., II, S. 281; Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 394.

159 Löwe, Str.-Pr., S. 278.

160 v. Lilienthal in v. Holtzendorffs Rechts-Lexikon, S. 1425.

g) im Civilprozess, wenn die Haftkosten nicht pünktlich vorausbezahlt sind — eine Erneuerung der Haft findet in diesem Falle nicht statt (Civ.-Pr.-O. § 792). Im Civil-Prozess ist ausserdem gemäss §§ 785—87 unter gewissen Umständen eine Haft unstatthaft [161].

In der Straf-Prozess-Ordnung sind Vorschriften über den Vollzug der Zwangshaft nicht enthalten; der analogen Anwendung der im Civilprozess getroffenen Bestimmungen dürfte nichts im Wege stehen, und ausgeschlossen wäre nur die Anwendung der Bestimmung über die Kosten, welche im Strafprozess naturgemäss dem Staat zur Last fallen [162].

Die Festsetzung und die Vollstreckung der «Strafe» (Str.-Pr.-O. § 69 Abs. 1, Civ.-Pr.-O. § 355 Abs. 1) gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militairperson, findet in gleicher Weise, wie gegen den der Ladung nicht folgenden Zeugen auf Ersuchen durch das Militair-Gericht statt [163].

Die in Str.-Pr.-O. § 69 Abs. 2, Civ.-Pr.-O. § 355 Abs. 2 angeordnete «Zwangshaft» wird dagegen, wie auch durch sogenannte authentische Interpretation der Justiz-Kommission angenommen wurde, vom Prozessgericht festgesetzt, jedoch nach C.-Pr.-O. § 793 durch die Militair-Behörde vollstreckt [164].

161 Die Haft ist unstatthaft, § 785 Civ.-Pr.-O.:

1) Gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode, sofern nicht die Versammlung die Vollstreckung genehmigt;
2) gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheil oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
3) gegen den Schiffer, die Schiffsmannschaft und alle übrigen auf einem Seeschiff angestellten Personen, wenn das Schiff zum Abgehen fertig (segelfertig) ist.

Die Haft wird unterbrochen, § 786:

1) gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung für die Dauer der Sitzungsperiode, wenn die Versammlung die Freilassung verlangt;
2) gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheil, oder auf ein in Dienst gestelltes Kriegsfahrzeug einberufen werden, für die Dauer dieses Verhältnisses.

§ 787, ibid.:

Gegen einen Schuldner, dessen Gesundheit durch die Vollstreckung der Haft einer nahen und erheblichen Gefahr ausgesetzt wird, darf, so lange dieser Zustand dauert, die Haft nicht vollstreckt werden.

162 v. Lilienthal in v. Holtzendorffs Rechts-Lexikon, S. 1425.

163 Voitus, Kontroversen, I, S. 26/27. Vergl. oben, S. 32 und Anm. 143; Laband, Staats-R., III², S. 172, Anm. 3.

164 v. Lilienthal in v. Holtzendorffs Rechts-Lexikon, S. 1428; Laband, Staats-R., III², S. 177; Petersen, Civ.-Pr., II, S. 203; Löwe, Str.-Pr., S. 281, Nr. 11.

§ 10. Die juristische Natur des Zeugniss-Zwanges.

Die im Gesetz vorgeschriebenen Massregeln gegen den widerspänstigen Zeugen, sei es nun, dass er der Gestellungspflicht, oder der Pflicht zur Aussage resp. der Beeidigung widerstrebt — zerfallen nach dem Wortlaut des Gesetzes [165] in Strafe und Zwang.

Während der sogenannte physische [166] Erscheinungszwang — da er mit seiner Anwendung seinen Zweck sofort erfüllt — seiner Natur nach ein zeitlich beschränkter ist, ist der gegen den Ungehorsamen auszuübende psychologische Zwang durch Haft (Str.-Pr.-O § 69 Abs. 2; Civ.-Pr.-O. § 355 Abs. 2) an und für sich unbeschränkter Dauer bis zur Erreichung des Zieles [167] fähig. Die Begrenzung desselben auf höchstens sechs Monate (Str.-Pr.-O. § 69 Abs. 2, Civ.-Pr.-O. §§. 355 Abs. 2, 794), resp. sechs Wochen (Str.-Pr.-O. § 69 Abs. 2) hat Gründe humaner und politischer Art, um Mittel und Zweck nicht in ein zu schreiendes Missverhältniss gerathen zu lassen [168].

Je weniger über den Charakter dieser sogenannten reinen Zwangsmassregeln als einer executio ad faciendum ein Zweifel besteht, desto mehr gehen die Ansichten hinsichtlich der in Str.-Pr.-O. § 50 Abs. 1 § 69 Abs. 1, Civ.-Pr.-O. § 345 Abs 1 und 2, § 355 Abs. 1 vom Gesetz mit «Strafe» bezeichneten Massregeln auseinander. Von Einigen werden sie als Disciplinar-Strafe [169], von Anderen ganz allgemein als Ordnungsstrafe [170], von Anderen wieder als Kriminalstrafe [171] bezeichnet.

Ist nun auch die Charakterisirung als Disciplinarstrafe nach den Ausführungen Labands über die Natur [172] derselben fallen zu lassen, so bietet doch der Gegensatz zwischen Ordnungsstrafe und Kriminalstrafe des Interessanten genug, um hier näher darauf einzugehen.

165 Str.-Pr.-O., §§ 50, 69; Civ.-Pr.-O., §§ 345, 355. — Ueber den gleichen Charakter der entsprechenden Massregeln in den beiden Prozess-Ordnungen vergl. Laband, Staats-R., III², S. 176; v. Lilienthal in v. Holtzend. R.-Lex., S. 1421.

166 Ist nach beiden Prozess-Ordnungen nur als subsidiäres Mittel zulässig. Siehe oben, S. 31.

167 Ueber die Aufhebungsgründe siehe oben, S. 34/35.

168 Verhandlungen des 5. deutschen Juristen-Tages, S. 94/95.

169 Endemann, Beweis-Lehre, S. 214; Gaupp, Civ.-Pr, II, S. 260; Struckmann u. Koch, Civ.-Pr., S. 394.

170 Laband, Staats-R., III², S. 171/72, 176.

171 v. Lilienthal in v. Holtzendorffs Rechts-Lexikon, S. 1421. Vergl. über andere Bezeichnungen Dochow, Zeug.-Zwang, S. 44.

172 Laband, Staats-R., I, S. 447 pp. — „Von einem Disziplinar-Vergehen kann da nicht gesprochen werden, wo nicht die Uebertretung einer durch Amt, Dienst oder dergl. übernommenen Verbindlichkeit, sondern einer allgemeinen Pflicht zu ahnden ist." Kayser, Zeugniss-Zwang, S. 31.

Trotz des schwankenden und kontroversenreichen Begriffes der Ordnungsstrafen, lassen sich nach v. Liszt [173] immerhin zwei grössere Gruppen unterscheiden:

a) Die Ordnungsstrafe als Zwangsstrafe, welche sich begrifflich von der eigentlichen Strafe dadurch unterscheidet, dass sie eine executio ad faciendum bezüglich einer bestimmten Leistung bezweckt;

b) eine Reihe von Strafen, welchen dieser begriffliche Unterschied fehlt, und die nur desshalb nicht als kriminelle Strafen in formeller Beziehung behandelt werden, weil die Rechtsverletzungen, auf welche sie sich beziehen, nicht bedeutend genug erscheinen [174].

Während die eigentliche Strafe ein zur Ausgleichung des Rechtsbruches auferlegtes Uebel [175] ist, und somit in die Vergangenheit blickt, wendet sich die «Strafe» der Str.-Pr.-O. §§ 50 Abs. 1, 69 Abs. 1; Civ.-Pr.-O. §§ 345 Abs. 1 und 2, 355 Abs. 1, zwar auch gegen den in seinen einzelnen Aeusserungen bereits vorliegenden Ungehorsam, allein sie wendet sich gegen die Vergangenheit um die Zukunft zu sichern, da sie dazu bestimmt ist, den dem Recht widerstrebenden Willen zu brechen — und dokumentirt sich hierdurch sowohl als Straf- wie als Zwangs-Mittel.

Von der eigentlichen Strafe unterscheiden sich diese Massregeln in formeller Hinsicht ferner dadurch, dass die Grundsätze des Strafrechts nicht ohne Weiteres auf sie anzuwenden sind; insbesondere gilt dies von der Umwandlung der uneinbringlichen Geldstrafe (Inkongruenz mit Str.-G.-B §§ 1, 28, 29), welche unabhängig von dem Umwandlungsmasstab des Straf-Gesetz-Buches erfolgt, ferner

dass die Verurtheilung in Strafe und Kosten ohne Einleitung eines besonderen Strafverfahrens durch dasjenige Gericht ausgesprochen wird [176], vor welches der Zeuge geladen war — auch die Civilkammer, Untersuchungs-Richter, requirirter Richter sind dazu befugt, endlich [177]

173 v. Liszt in v. Holtzendorffs R.-Lexikon, S. 966/68; v. Lilienthal, ibid., S. 1420.

174 „Der gesetzlichen Behandlung dieser Fälle kann der Vorwurf der Inkonsequenz um so weniger erspart werden, als reichsrechtlich kein Unterschied zwischen Polizei-Delikt und Verbrechen besteht, und die mit „Ordnungsstrafe" belegten Handlungen vielfach an Strafwürdigkeit die Uebertretungen des Str.-G.-B. weit überragen; wie ja auch die Ordnungsstrafe in manchen Fällen die Schwere einer Vergehensstrafe im Sinne des Str.-G.-B. § 1 erreicht, z. B. Brausteuer-Gesetz v. 31. Mai 1872, § 35." v. Liszt in v. Holtzendorffs R.-Lexikon, S. 966.

175 Berner, Lehrb. des Str.-R., § 28 (6. Auflage); Hälschner, Das gem. St.-R., § 228.

176 Mit Ausnahme der Militair-Personen. Siehe oben, S. 31/32, 35.

177 Laband, Staats-R., III², S. 172.

durch die Möglichkeit einer Wiederaufhebung der «Strafe», wegen Nichterscheinens, durch denselben Richter bei nachfolgender Entschuldigung [178].

Von dem direkten Zwang, wie er uns in der Zwangshaft gegen den das Zeugniss verweigernden Zeugen — Str.-Pr.-O. § 69 Abs. 2, Civ.-Pr.-O. § 355 Abs. 2 — entgegentritt, unterscheidet sich die «Strafe» — durch ihre zeitliche Abgrenzung d. h., dass der Richter ein bestimmtes Strafmass aussprechen muss, und dass sie nicht mit Erreichen des Zieles — Brechen des Ungehorsams, resp. Eintritt der übrigen S. 34/35 aufgeführten Aufhebungsgründe — wegfällt, sondern — den einen Fall der nachträglich genügenden Entschuldigung ausgenommen — voll zu verbüssen ist.

Der Ausdruck «Ordnungsstrafe» ist andererseits vom Gesetz mit Absicht nicht gebraucht, da dasselbe das Nichterscheinen, resp. die Zeugniss-Eides-Verweigerung viel schwerer auffasst, als eine blosse Ordnungswidrigkeit, oder Ungebühr [179]. Zwar sprechen die Motive zur Civ.-Pr.-O. (Hahn II, 310) von einer «Ordnungsstrafe», und ebenso wird der Ausdruck in der Reichs-Justiz-Kommission gebraucht. Diese Thatsachen allein können jedoch für die Auslegung des Gesetzes nicht massgebend sein, denn «nur der solenn erklärte Wille des Gesetzgebers macht Recht» [180]; ebenso wenig aber kann man sich auf R.-Str.-G.-B. § 138 Abs. 3 berufen, da dieses offenbar von anderen Voraussetzungen ausgegangen ist, und zudem den Prozess-Ordnungen zeitlich vorangeht.

Aus den Bestimmungen des Gesetzes, dass die betreffende «Strafe» nur ein- resp. zweimal (bei Nichterscheinen) ausgesprochen werden darf [181], lässt sich ebenfalls noch kein Schluss auf ihre rechtliche Natur, sei es als Ordnungs- (Zwangs-) Strafe, sei es als Kriminal-Strafe ziehen, denn Exekutionsmittel sind an sich unbeschränkter Dauer, bis ihr Zweck entweder erreicht ist, oder wegfällt, fähig, sodass es positiv rechtlicher Anordnungen bedarf, um diese Dauer zu beschränken, wenn Mittel und Zweck nicht mehr im richtigen Verhältniss stehen würden [182/183]. Andererseits gestattet die Strafe als solche eine

178 Vergl. oben, S. 32.

179 Kayser, Zeugniss-Zwang, S. 33.

180 Schultze, Neben-Intervention, S. 44; v. Hahn, Hand.-Ges.-B. I, S. LXII.

181 Vergl. oben, S. 32, 31.

182 Verhandlungen des 5. deutschen Juristen-Tages, S. 93/94.

183 „Je mehr die Zulässigkeit gehäufter Zwangsstrafen gesetzlich beschränkt ist, desto mehr nähert sich die Zwangs- (Ordnungs-) Strafe der reinen Strafe, um endlich in ihr aufzugehen; ebenso häufig verschwindet aber auch die Grenzlinie zwischen direktem Zwang und der Zwangsstrafe; ‚so ist nach Civ.-Pr.-O. § 774 der Schuldner zur Vornahme der ihm obliegenden Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesammtbetrage von 1500 Mark, oder durch Haft anzuhalten. Die Geldstrafe ist hier sicher als

an sich unbeschränkte Häufung der Einzelstrafen für jeden neuen Fall des Ungehorsams. Aus der Natur des vorliegenden Delikts — Nichterscheinen, Verweigern der Aussage — als negatives Thun, welches sich jeden Moment erneuert, und dessen Bestrafung demnach logisch keine Grenze kennen würde, ergibt sich auch hier die Nothwendigkeit einer festen Grenzziehung für den Gesetzgeber. —

Wir sehen also, dass uns eine Massregel gegenüber steht, welche sowohl gewisse Merkmale der Strafe, wie des Zwanges in sich vereinigt, und doch sich mit keinem derselben völlig deckt, es ist daher eine Art Zwang und eine Art Strafe, für deren zwiespältige Natur die Bezeichnung Zwangsstrafe in dem von v. Liszt gebrauchten und näher ausgeführten [184] Sinne am Passendsten erscheinen dürfte [185].

Wirkliche öffentliche Strafe dagegen trifft nach Str.-G.-B. § 138 Abs. 1 den Zeugen, welcher eine unwahre Thatsache als Entschuldigung vorschützt.

Zwangsstrafe, die Haft wohl als direktes Zwangsmittel aufzufassen und nach § 785 pp. zu vollstrecken, während auf die Haft als Zwangsstrafe diese Paragraphen nie Anwendung finden können." v. Liszt in v. Holtzendorffs R.-Lexikon, S. 967.

184 v. Liszt in v. Holtzendorffs R.-Lexikon, S. 966/68.

185 Eine noch andere Bewandtniss hat es mit den nach C.-Pr.-O. § 775 behufs Erzwingung einer rein privatrechtlichen Handlung oder Unterlassung zulässigen sogenannten „Strafen". Der Charakter derselben als Zwangsmittel tritt hier noch schärfer hervor; innerlich in dem Fehlen eines öffentlichen Interesses an der Erfüllung des konkreten Privatrechts, äusserlich darin, dass der Festsetzung eine urtheilsmässige, nur auf Antrag ergehende Strafandrohung vorausgehen muss, welche durch Erfüllung unwirksam gemacht wird, und dass endlich auch die Festsetzung und Vollstreckung der angedrohten „Strafe" nur auf Antrag des Gläubigers erfolgen kann. — Ueber den subjektiv privatrechtlichen Charakter der Civilexekution vergl. Schultze, Privatrecht und Prozess, I, S. 57 pp.; über die „Strafen" des § 775 Civ.-Pr.-O., S. 81 daselbst.

DAR
PROF. DRA FRANTIŠKA STORCHA,
UNIVERSITĚ MASARYKOVĚ.