

Juristische Zeitgeschichte
Hrsg. von Prof. Dr. Dr. Thomas Vormbaum
(Institut für Juristische Zeitgeschichte der FernUniversität
in Hagen)

Jahrbuch 10 (2008/2009)

Redaktion: Anne Gipperich, Sandra Kralik,
Dr. Kathrin Rentrop



De Gruyter Recht · Berlin

Institut für Juristische Zeitgeschichte Hagen

Jahrbuch **der Juristischen Zeitgeschichte**

Band 10 (2008/2009)

Herausgegeben von
Thomas Vormbaum



De Gruyter Recht · Berlin

Inhaltsverzeichnis

THOMAS VORMBAUM, Hagen: Das zehnte Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte.....	IX
---	----

ALLGEMEINE BEITRÄGE

MASSIMO LA TORRE, Catanzaro / Hull: Recht und Gewalt	3
JOHANN BRAUN, Passau: Rechtsphilosophische Nadelstiche oder Siebenmal fünf Minuten Rechtsphilosophie	12
STEPHAN SCHUSTER, Passau: Le retour vers l'Europe: Von der „Nationalisierung“ des Rechts im 19. Jahrhundert zur (Re-)Europäisierung des Rechts nach 1945	30
LOREDANA GARLATTI GIUGNI, Mailand-Biccocca: Das Strafsystem im Josephinischen Gesetzbuch	50
MARTIN POHLMANN, Leipzig: Das polnische Recht – ein westliches Modell? Rechtshistorische Betrachtung der polnischen Rechtswentwicklung	76
GERIT THULFAUT, Wuppertal: Das „Ermächtigungsgesetz“ – Symbol einer legalen Revolution? Zur Einordnung der historischen Reichstagsatzung vom 23. März 1933	90

FORUM JURISTISCHE ZEITGESCHICHTE

WOLFGANG GRAF VITZTHUM, Tübingen: Bürgerschaft für das geheime Deutschland Zu Widerstandstat und Staatsverständnis der Brüder Staufenberg	107
WOLFGANG GRAF VITZTHUM, Tübingen: Kein Staufenberg ohne Stefan George. Zu Widerstandswirkungen des Dichters	123
WOLFGANG GRAF VITZTHUM, Tübingen: Rechts- und Staatswissenschaften aus dem Geiste Stefan Georges? Über Johann Anton, Berthold Schenk Graf von Staufenberg und Karl Josef Partsch	142

☞ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt

ISBN 978-3-89949-790-8

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2009 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH,
D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwer-
tung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung
des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen,
Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elek-
tronischen Systemen.

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Printed in Germany

LEBEN UND WERK. BIOGRAPHIEN UND WERKANALYSEN

GIORGIO MARINUCCI, Mailand:	
Giuseppe Bettiol und die Krise des Strafrechts in den 30er Jahren	173
Luís GRECO, Rio de Janeiro:	
Recht und Vernunft. Zur Strafrechtstheorie Luigi Ferrajolis	192
OTMAR JUNG, Berlin:	
Arnold Freymuth – Eine Nachlese	209

JURISTISCHES ZEITGESCHEHEN. RECHTSPOLITIK UND JUSTIZ AUS ZEITGENÖSSISCHER PERSPEKTIVE

ROBERT CHR. VAN OOYEN, Lübeck:	
Machtpolitik, Persönlichkeit, Staatsverständnis und zeitgeschichtlicher Kontext: wenig beachtete Faktoren bei der Analyse des Bundesverfassungsgerichts	249
MASSIMO LA TORRE, Catanzaro / Hull:	
Ohne Erbarmen: Das Recht der Folter	266

Jahrestagung der „Associazione Franco Bricola“: Sicherheit und Strafrecht

MASSIMO DONINI, Modena:	
Sicherheit und Strafrecht	298
WOLFGANG NAUCKE, Frankfurt a.M.:	
Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts	317
CORNELIUS PRITTWITZ, Frankfurt a.M.:	
Der ungleiche Wettstreit zwischen Sicherheit und Freiheit	326
WINFRIED HASSEMER, Frankfurt a.M.:	
Freiheit und Sicherheit am Beispiel der Kriminalpolitik	345
KLAUS LÜDERSEN, Frankfurt a.M.:	
Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und Wirtschaftsstrafrecht – Eröffnet die „Finanzkrise“ neue, kriminalisierende Perspektiven?	360

JUDAICA: JÜDISCHES RECHT. JUDENRECHT. RECHT UND ANTISEMITISMUS

HANNES LUDYGA, München:	
/ur rechtsdogmatischen Einordnung der Gesetzgebung gegenüber Juden im Deutschland des 19. Jahrhunderts	371
DANIELA TAFANI, Bologna:	
Religion und Bürgerrechte. Kant und die Judenfrage	383

ANHANG

Autorenverzeichnis	417
--------------------------	-----

Loredana Carlati Giugni

Die „großartige Besessenheit“.

Das Strafrechtssystem im Josephinischen Gesetz von 1787:

Widersprüche eines „aufgeklärten Systems“

1. Die scheinbare Geschlossenheit

„Um [...] zwischen Verbrechen und Strafen das billige Ebenmaß zu treffen, und die letzteren nach einem Verhältnisse zu bestimmen, damit ihr Eindruck nicht bloß vorübergehend sein möge, wird das allgemeine Gesetz über Verbrechen und Strafen kundgemacht.“¹

Mit diesen Worten bezeichnete Joseph II. im Kundmachungspatent die Einordnung der Strafen in eine neue „architektonische Konstruktion“, deren Lösungsworte „Verhältnismäßigkeit“ und „exemplarischer Charakter“ waren, mit aller Deutlichkeit als einen der Gründe, die ihn veranlasst hatten, das Gesetz auszuarbeiten zu lassen und zugleich als eines seiner Hauptziele.

Das neue Sanktionensystem brachte das hauptsächliche Unterscheidungsmerkmal der allgemeinen Gliederung des Gesetzes zum Ausdruck, das bekanntlich in der Unterscheidung von Kriminalverbrechen und politischen Verbrechen bestand; jeder Klasse von Straftaten entsprachen eigene Strafen.

Diese Entscheidung rief Erstaunen und lebhaftige Proteste hervor. Wie die Geschichtsschreibung lehrt, war sie einer der Gründe, welche die Anwendung dieses Gesetzes in der Lombardei verhinderten und das – nach der bekannten Charakterisierung durch Tarello – „erste wirklich moderne Strafgesetzbuch“² zu einem normativen Gefüge machten, das zwar abstrakt vollkommen war, dessen praktische Erprobung man jedoch bei uns in der Lombardei, jedenfalls zunächst, halsstarrig verweigerte.

Ein nutzloses Juwel gesetzgeberischer „Ingenieurkunst“ also? Nein! Letztlich bildete es ein Modell, auf das Bezug genommen wurde und aus dem Anregungen geschöpft

1 In den Worten des Kundmachungspatents vernimmt man Klänge des Beccarianischen Denkens:

„Jene Strafen also und jenes Verfahren zu ihrer Verhängung verdienen den Vorzug, die, vorbehaltlich der Verhältnismäßigkeit, den wirksamsten und dauerhaftesten Eindruck auf die Gemüter der Menschen ausüben, und die den Körper des Schuldigen am wenigsten quälen“; *Cesare Beccaria*, Von den Verbrechen und von den Strafen (1764). Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum. Mit einer Einführung von Wolfgang Naucke. Berlin 2004, Kap. XV, S. 45. Wie wir aber sehen werden, hat Joseph II. letztlich zahlreiche der in diesem Buch vertretenen Ideen „verraten“.

2 G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna 1998, 515.

wurden. Jene streng durchgeführte Zweiteilung „nahm eine einheitliche Ausrichtung der europäischen Gesetzgebung vorweg. Gelangte man nicht weniger als 30 Jahre später zum dreiteiligen napoleonischen System? Und ist die Tradition der italienischen Gesetzbücher bis hin zum heute geltenden nicht schließlich jenen Weg gegangen, den das Strafgesetzbuch von 1787 eröffnet hat?“³ – indem es nämlich die (freilich perfektionierte) Unterscheidung zwischen Vergehen und Übertretungen trifft?⁴ Doch nicht nur dies: die Lombardei, welche sich entschieden und einhellig, wenn auch mit vielfachen und unterschiedlichen Begründungen ihrer gesellschaftlichen Stände, geweigert hatte, „dem herausragendsten Denkmal der strafrechtlichen Aufklärung seinen Lauf zu lassen“⁵, erfuhr dessen ganze gedankliche Kraft und inhaltliche Bedeutung fast dreißig Jahre später kurz vor dem Inkrafttreten des österreichischen StGB von 1803 im Königreich Lombardo-Venetien. Wenn es zutrifft, dass sich in diesem mehr als nur chromosomische Spuren der *Josephina* finden, so dass man sagen könnte, dass der österreichische Strafrechtstext von 1803 „in einer so engen Kontinuitätsbeziehung mit dem Strafgesetz stand, an dessen Stelle er trat, dass er geradezu nichts anderes war, als dessen Perfektionierung“⁶, so haben wir es mit einem Sieg *a posteriori* Josephs II. zu tun. Sein Gesetzbuch, verächtlich zurückgewiesen, erwies sich nunmehr unter anderem Namen auf der Höhe der lombardischen Geschichte, und von der Obstruktionshaltung einer früheren Zeit blieb nichts als eine ferne Erinnerung.

Die Gründe für die „große Verweigerung“ sind bekannt, und eine reichhaltige Literatur hat sie uns gelehrt. Man fürchtete ein ausuferndes und unpassendes Übergreifen der Exekutivgewalt in die richterlichen Tätigkeiten mit einer daraus folgenden Unterordnung der Richter unter die Regierungsbeamten; man kritisierte die extreme Unterschiedlichkeit der zu den politischen Delikten gezählten Straftaten, wo sich neben bloßen Polizeübertretungen fahrlässige Tötung und fahrlässige Brandstiftung, Gotteslä-

3 A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia*. Le origini lombarde. Mailand 1987, 121.

4 Cavanna hat in seinen Beiträgen überzeugend dargelegt, dass die im Josephinischen Gesetzbuch vorgenommene Zweiteilung positiv bewertet zu werden verdient als Versuch, „eine Art von Trennmauer innerhalb des Strafrechts zu errichten“. Die Demarkationslinie wurde jedoch nicht nach formalen Kriterien (d.h. nach der Art der Strafe) gezogen, sondern, im Gefolge von Christian Wolff, qualitativ, d.h. mit dem Ziel, Straftaten, die nach ihrer inneren Natur verbrechenstypisch sind (*mala in se*, d.h. rechtswidrige Verhaltensweisen, welche der Staat stets bekämpfen muss), von solchen, die es nur deshalb sind, weil der Staat aufgrund von kriminalpolitischen Entscheidungen beschlossen hat, sie zu bestrafen (*mala quia prohibita*). S. dazu zuletzt A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*. Le fonti e il pensiero giuridico. Band 2. Mailand 2005, 300–303. Das Zitat findet sich auf S. 301.

5 G. Tarello, *Storia della cultura giuridica*, a.a.O., 515.

6 A. Cavanna, *Ragioni del diritto e ragioni del potere nel Codice penale austriaco del 1803*, in: *Codice penale universale austriaco* (1803). Unveränderter Neudruck Padua 2001, S. CCXXX; s. aber jetzt auch *Ders.*, *Storia del diritto moderno*, a.a.O., 321. S. dazu auch A. Cadoppi, *Il „modello“ rivale del Code pénale*. Le „forme piuttosto didattiche“ del codice penale universale austriaco del 1803, in: *Codice penale universale austriaco*, a.a.O., S. XCIV–XCVIII, wo gesagt wird, dass das Gesetz von 1803 „in einem Verhältnis der Kontinuität zum Gesetz von 1787 steht“ und ihm gegenüber einen Fortschritt darstellt.

störung, Störung des Gottesdienstes, Ehebruch, Sodomie, Beleidigung, Verleumdung und kleine Diebstähle eingeordnet fanden.

Mehr als alles andere jedoch erschreckte die Strenge der Strafen. Eine merkwürdige Furcht, könnte man einwenden, für ein Land, das ein Gemälde wie jenes besaß, das vom Titel *De poenis* in den *Nuove Costituzioni*⁷ und von den *Registri dei giustiziat*⁸ gemalt wurde, in dem drei Jahrhunderte an Todesstrafen und in Mailand praktizierter grausamer Unmenschlichkeit versammelt sind. Seit unvordenklichen Zeiten nahm demnach das Volk von Mailand mit unbearbeitetem Vergnügen an Hinrichtungen teil, die von Zustimmung, Erdrosselung und Viertelung begleitet waren. Was also konnte das Josephinische Gesetzbuch demgegenüber Schlimmeres bereit halten?

Und doch war es gerade das Strafenystem, insbesondere dasjenige für politische Verbrechen, das allgemeine Ablehnung erfuhr. Und es genügt nicht festzustellen, dass mehr als die Härte die „Entfernung von den traditionellen Grundsätzen“ kritisiert wurde.⁹ Die heftige Kritik verbarge etwas anderes: man überdeckte damit politische Töne. Es vertichteten sich darin, nicht einmal allzu sehr maskiert, der Wille, eine kulturelle und rechtliche Autonomie zu betonen, und die Auflehnung gegen die wiederholte Auflegung eines von oben herabgestiegenen Rechts, das ohne Rücksicht auf örtliche Forderungen und Bedürfnisse, vielmehr vor allem wieder einmal ohne Beteiligung des „italienischen Strafrechtsgenies“ geschaffen worden war.

Das Thema der Strafen – es hilft nicht, es zu verbergen – erweist sich als ein teilweise abgewetztes und abgetragenes Gewand; viel ist darüber bereits geschrieben worden, und es erscheint nutzlos, auf Probleme zurückzukommen, die bereits übermäßig ausgeweitet sind. Was hier betrachtet werden soll, ist vielmehr ein spezieller Ausschnitt: die Regelung der Sanktionen im Strafgesetzbuch von 1787 weist kleine und große Widersprüche auf, die nichts und niemanden aussparen: weder die verschiedenen Protagonisten der Ereignisse, die zu seiner Ausarbeitung und zum Scheitern seiner Einführung in der Lombardei beitrugen, noch die Beachtung der Hauptprinzipien der Ideologie, die ihm zugrunde liegt.

Es hat nicht an Stimmen gefehlt, welche die Ambivalenz des *Allgemeinen Gesetzes über Verbrechen und derselben Bestrafung* herausgestellt haben, wobei es einmal als „selb-

ständiges gesetzgeberisches Meisterwerk“, einmal als „die unbeliebteste der josephinischen Reformen“ bezeichnet wurde, als Ausdruck einer „regulierten Rechtsrevolution“, die jedoch „das höchste Maß an Unpopularität“ erreichte.¹⁰

Welches die Fundamente waren, auf denen Joseph II. und für ihn der getreue Sonnenfels das Gebäude des Strafenystems errichten wollten, erscheint klar und scheinbar harmonisch kohärent bei Betrachtung der verunftrechtlichen (und absolutistischen) Postulate, deren strenger Interpret der hasburgische Herrscher war. Es ist eine Liste, die jenen Katalog aufklärerischer Werte reproduziert, aus dem wir ihn, in schematischer Annäherung und dem Wunsch nach Vereinfachung, gewöhnlich heraussschalen.¹¹

1.

Der Gesetzlichkeitsgrundsatz, der so wichtig ist, dass er – als eine Art Manifest der zugrundeliegenden Philosophie – den Inhalt der ersten Vorschrift des Gesetzbuchs bildet,¹² gilt nicht nur für die Verbrechen, sondern auch für die Strafen. § 19 des Ersten

10 A. Cavanna, *Storia del diritto moderno*, a.a.O., 295.

11 Das Programm der von Joseph II. verfolgten Kriminalpolitik wird mit klaren und knappen Worten bereits im Kundmachungspatent verkündet: Rechtsicherheit, Abschluss von Willkür, Vollständigkeit des Gesetzes, seine Berechenbarkeit, Legalität und sein abschließender Charakter („Dadurch werden also alle älteren Gesetze, welche zu Bestimmung der Verbrechen und Strafen ergangen sind, ausser Kraft gesetzt, und aufgehoben. Und soll auf dieselben nur bei denjenigen Strafurteilen Rücksicht genommen werden, welche bei jedem Kriminalgerichte über diejenigen Kriminalverbrechen ergangen, die zur Zeit des überkommenen Gesetzbuches bereits in Verhaft waren“) sowie das Analogieverbot. Die einzelnen Paragraphen bilden eine Form der Präzisierung und Umsetzung im Detail der im Kundmachungspatent vorweggenommenen Leitlinien.

12 Die Eingangsbestimmung, § 1, lautet nämlich: „Nicht jede Gesetzwidrige Handlung ist ein Kriminalverbrechen, oder sogenanntes Halsverbrechen: Und sind als Kriminalverbrechen nur diejenigen gesetzwidrigen Handlungen anzusehen, und zu behandeln, welche durch gegenwärtiges Strafgesetz als solche erklärt werden“. Eine ähnliche, jedoch weichere und verschwommene Formel findet sich in § 1 des Zweiten Teils, der die politischen Verbrechen und politischen Strafen behandelt. Dort lesen wir zwar: „Was als ein politisches Verbrechen zu behandeln sey, muß einzig durch gegenwärtiges Strafgesetz bestimmt werden. Die in diesem Gesetze nicht ausdrücklich genannten Handlungen gehören unter die politischen Verbrechen nicht“, es folgt jedoch ein Vorbehalt: „Dennoch werden auch die übrigen gesetzwidrigen Handlungen von der öffentlichen Aufsicht nicht un beobachtet, noch bey ihrer Entdeckung strafflos bleiben, sondern nach den hieher bestehenden besondern Verordnungen behandelt werden“, womit eine nicht kleine Bresche in den angeblich abschließenden Charakter des Textes geschlagen wurde (Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung. Wien [Johann Thomas Edler von Trattner] 1787; hinfort: Allgemeines Gesetz [1787]). Teilweise ähnliche Überlegungen stellte auch Beccaria an, der in seinen *Brevi riflessioni intorno al Codice generale sopra i delitti e le pene* im Hinblick auf politische Verbrechen anmerkte, dass die in § 1 erwähnten Verordnungen so „zahlreich, unterschiedlich und peinlich“ seien, dass sie den Zweck des Gesetzes selbst zerstören würden, der Straferechtigkeit eine klare Richtung zu geben, um aus der Justiz jede Willkür zu entfernen“. Die in diesen Verordnungen vorgesehenen Strafen seien fast allesamt Geldstrafen – ein Hinweis, der schwer zu vereinbaren ist mit der Bestimmung des § 10 des Zweiten Teils, wo Geldstrafen ausschließlich dem Gültigkeit vorbehalten blieben. (C. Beccaria, *Brevi riflessioni intorno al Codice generale sopra i delitti e le pene*, per ciò che riguarda i delitti politici; in: C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*. Florenz 1862, Anhang, 346. Zu diesem Dokument, das verwahrt ist in: A.S.M., fondo Giustizia punitiva, p.a., cart. 3, und dazu

7 Constitutiones mediolanensis domini jam primum illustratae decisionibus et annotationibus ab egregio J.C. et avvocato Pio Antonio Mogno Fossato, Mediolani 1764, I, IV, in: *De poenis*, 252–287.

8 *Registro de' giustiziat assistiti dalla veneranda e nobilissima scuola di S. Giovanni Decollato detto delle Caserotte che incomincia l'anno 1471 sino alla fine della soppressione della scuola; e annullazione del Senato eccellentissimo sotto il governo di questo stato Giuseppe secondo Imperatore e nostro duca 1786*, in: B.A., 111 ff.; *Catologo de' Giustizia nella Città e Stato di Milano, dall'anno 1471 inchiusivamente in avanti cioè fino al 1783*, in: B.A., ms. G 127 ff.; *Registro dei Giustiziat*, in: B.A., Becc. B. 228, S. auch G. P. *Massetto*, *Aspetti della prassi penalistica lombarda nell'età delle riforme: il ruolo del Senato milanese*, in: *Saggi di storia del diritto penale lombardo* (Sec. XVI–XVIII), Mailand 1994, 331–424, insb. 334–340.

9 A. Cavanna, *La codificazione penale*, a.a.O., 47.

Teils schließt nämlich kategorisch die Möglichkeit aus, „ausser den im gegenwärtigen Gesetze bestimmten Kriminalstrafen [...] in Zukunft bei Kriminalverbrechen [eine] andere Strafe statfinden“ zu lassen.

2.

Die demonstrative Vollständigkeit des Gesetzestextes mit seinem Ausschluss der Ergänzung durch andere Gesetze, die völlige Beseitigung und daraus folgende Ersetzung der vorher geltenden Gesetzgebung betrifft auch den Sanktionsapparat, wie sich aus § 12 ergibt, wonach „die Strafe [...] nach dem gegenwärtigen Gesetze auszumessen [ist], ohne auf diejenigen Gesetze zu sehen, die etwann in dem Orte, wo das Verbrechen begangen worden, bestehen mögen“.

3.

Die Gleichheit der Personen vor dem Gesetz verkündet das Ende des subektiven Partikularismus des Ancien Régime: Es gibt nur einen einheitlichen Adressaten des Gesetzes ohne weitere Unterscheidungen in den Strafen nach Stand, Rang und *status* des Täters.

4.

Der Richter ist nicht mehr der Handhaber und unbestrittene *dominus* des Rechts; er verliert die monopolistische Kontrolle über das Strafsystem, dessen Anwendung und Entwicklung nicht mehr durch seinen interpretatorischen Beitrag gewährleistet wird; er wird zum bloßen Ausführer des Gesetzes, dem er unter- und nicht mehr übergeordnet ist. Das Analogieverbot und die strenge Festlegung der Sanktionen, die in Art und Grad minutiös beschrieben sind, berauben den Richter der schrecklichen Waffe der Willkür. Dies beabsichtigt § 13, der den Kriminalrichter „an die buchstäbliche Beobachtung des Gesetzes [bindet], so weit in demselben auf die Missethat die Grösse und Gattung der Strafe genau, und ausdrücklich bestimmt ist; es ist ihm bei strenger Verantwortung die gesetzmässig vorgeschriebene Strafe weder zu lindern, noch zu verschärfen erlaubt“¹³.

5.

Wir haben es also mit der vollständigen Verstaatlichung des Strafrechts zu tun. Recht ist nur das, was im Gesetzbuch geregelt ist; und Gesetz ist nur das, was aus dem Willen des

bestimmt war, der italienischen Bearbeitung des Josephinischen Gesetzes, die einer zuständigen Kommission übertragen worden war, beigelegt zu werden, vgl. S. Cuccia, *La Lombardia alla fine dell'Ancien Régime*, Florenz 1971, 108–109; *A. Cavanna, La codificazione penale*, a.a.O., 52, Anm. 74).

13 Derselbe Grundsatz wird verkündet im „entsprechenden“ § 8 des Zweiten Teils, wo zu lesen ist, dass „die politische Obrigkeit [...] in Ausmessung der Strafe an gegenwärtiges Gesetz gebunden [ist]. Sie kann daher die in dem Gesetze bestimmte Strafart nicht abändern, den festgesetzten Grad weder verschärfen noch lindern“.

Souveräns hervorgeht, so dass man fast sagen kann, dass die Freiheit des Einzelnen mit dem Schweigen des Gesetzes zusammenfällt. Dem Staat, und ihm allein, kommt es zu, die Strafen festzusetzen, um, mehr noch als die Rechte des Einzelnen, die gesellschaftliche Ruhe und Sicherheit zu gewährleisten. Dies bedeutet, dass nicht nur das Ende der richterlichen Willkür besiegelt ist, sondern auch das Ende des Eingreifens Privater in die Justiz. Derselbe § 13 bestimmt, dass es nicht erlaubt sei, „die Bestrafung gegen eine Ausgleichung zwischen dem Verbrecher und dem Beschädigten ganz aufzuheben“, nachdem § 10 klargestellt hat, dass die Kriminalstrafe nur von dem Richter verhängt werden kann, „dem die Kriminalgerichtsbarkeit eingeräumt ist“¹⁴.

6.

Die Lehren der *mairies à penser* des fortschrittlichen 18. Jahrhunderts scheinen auf den ersten Blick von Joseph II. zur Norm erhoben worden zu sein: Laizität, Personalität und Proportionalität der Strafe, verstanden als Suche nach dem richtigen Gleichgewicht zwischen Straftat und Sanktion, zwischen abstrakt verstandener Straftat und im konkreten Fall speziell gegebenen Umständen, zwischen Kriminalverbrechen und politischen Verbrechen, die jede für sich mit einer eigenen Ausstattung an Strafen versehen sind.

Dennoch wird der Königsweg, der mit scheinbar klaren und präzisen Zügen entworfen ist, häufig verlassen. Eine tiefe Kluft trennt den Allgemeinen und den Besonderen Teil des Gesetzbuches, so als ob dessen Verfasser, losgelöst von der Verpflichtung der „großen Verkündungen“, nicht mehr den Mut gefunden hätten, ihnen bis auf den Grund nachzugehen, als ob sie deren Inhalte aus den Augen verloren hätten und schliesslich zu bedeutsamen „Abstrichen“ von ihnen gelangt seien.

II. „Die beträchtlichen Ausnahmen, welche die allgemeinen Prinzipien abtöten“: Personalität, Laizität, Straftilgung

Gehen wir von der allgemeinen Straftheorie aus: Niemand würde es wagen, den aufklärerischen Charakter zu leugnen, zumindest aufgrund der demonstrativen Verkündung der Persönlichkeit und Laizität der Strafe; und doch verbergen sich hier die „beträchtlichen Ausnahmen“, welche aus den josephinischen Sanktionsbestimmungen ein Nest von inneren Widersprüchen machen.

So kann beispielsweise nach § 16 des Ersten Teils die Strafe nur demjenigen treffen, der die Missethat selbst begangen hat, so dass „weder die Strafwürdigkeit noch die wirkli-

14 Es handelte sich um einen entscheidenden Schritt vorwärts gegenüber der Tradition des in der Lombardie geltenden gemeinen Rechts, wo die private Begnadigung dauerhaft akzeptiert und praktiziert wurde, nicht zuletzt kraft dessen, was im Titel *De accusatoribus et denuntiationibus* der Konstitutionen von 1541 bestimmt war (*Constitutiones mediolanensis*, a.a.O., I, IV, tit. *De accusatoribus et denuntiationibus*, § *In casibus*, 226 e 235).

