

AUSGABE 10/2018

S. 388 - 435

13. Jahrgang

Inhalt

SONDERAUSGABE FÜR THOMAS FISCHER

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

- Vorwort zur ZIS-Sonderausgabe für Thomas Fischer**
Von Prof. Dr. Stephan Barton, Bielefeld, Prof. Dr. Michael
Hettinger, Mainz 388

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Wann hat eine Tat ihren Täter?**
Ein Beitrag zur Rechtslehre als Wissenschaft vom Menschen
Von Prof. Dr. Klaus Günther, Frankfurt a.M. 389

- Die Funktion der objektiven Bedingung der Strafbarkeit**
Einschränkung auf strafbedürftige Fälle oder Verstoß gegen
das Schuldprinzip?
Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig 394

- Funktionen des obiter dictum**
Von Prof. Dr. Lorenz Schulz, München 403

- Historisches Folter(un)recht**
Die Kriminalgeschichte der Beatrice Cenci (1598/99)
Von Prof. em. Dr. Wolfgang Schild, Bielefeld 408

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

- Sammüller-Gradl, Die Zurechnungsproblematik als**
Effektivitätshindernis im Deutschen Umweltstrafrecht, 2015
(Dipl.-Jur. Martin Linke, Potsdam) 428

Strafverfahrensrecht

- Wang, Einsatz Verdeckter Ermittler zum Entlocken des**
Geständnisses eines Beschuldigten, 2015
(Polizeidirektor Christoph Keller, Münster) 432

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse
Prof. Dr. Janique Brüning
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Michael
Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Arndt Sinn
Prof. Dr. Hans Theile
Prof. Dr. Bettina Weißer
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos, Richter am
Kosovo Sondertribunal,
Den Haag
International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Kevin
Kloska

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez
Eneas Romero
Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Vorwort zur ZIS-Sonderausgabe für Thomas Fischer

Von Prof. Dr. **Stephan Barton**, Bielefeld, Prof. Dr. **Michael Hettinger**, Mainz

Wer kennt die folgende Situation nicht: eine ehrenvolle Anfrage, ob man sich an der Festschrift für einen Kollegen oder eine Kollegin beteiligen wolle. Die Frist zur Abgabe eines Beitrags liegt zudem noch weit in der Zukunft. Zwar hat man schon etliche Pflichten übernommen, neben den nicht immer ganz überschaubaren weiteren Aufgaben im Beruf, aber ist doch zuversichtlich, auch dieses Projekt noch stemmen zu können, zumal für einen so verdienten Jubilar wie *Thomas Fischer*, den früheren Vorsitzenden des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofes, Verfasser des wichtigsten Strafrechtskommentars, angesehenen Wissenschaftler und zugleich Kolumnisten mit öffentlichkeitswirksamer Ausstrahlung. Nun sind langfristige Planungen durchaus anfällig, für unvermeidbare Ereignisse wie für voraussehbare, aber nicht vorausgesehene. Wenn man nun den Termin oder den vom Verlag vorgegebenen strikten Seitenumfang nicht einhalten konnte, aber, wie die Autoren, mit den hier publizierten Abhandlungen, *Thomas Fischer* doch noch, wenn auch ex post, in der ZIS ehren will, kann uns das nur freuen! Insofern danken die Autoren und wir *Thomas Rotsch* für die Ermöglichung der ZIS-Sonderausgabe.

Auch wenn diese Beiträge nicht mehr in der *Thomas Fischer* am 5.10.2018 übergebenen Festschrift berücksichtigt werden konnten, ergänzen sie jene in bezeichnender Weise. Das im C.H. Beck Verlag erschienene Werk¹ mit einem Umfang von 1.281 Seiten enthält dabei 86 Beiträge von 15 Autorinnen und 73 Autoren, welche ein breit gefächertes Spektrum an Themen beleuchten. Insoweit fällt die Festschrift „etwas anders“ aus als die sonst üblichen Ehrungen in Form einer Festschrift. Der Leser stößt bei der Lektüre nicht nur auf juristische, sondern auch auf politische, journalistische, kriminologische, psychiatrische und künstlerische Texte sowie auf einen Audiobeitrag. Aufgrund der herausragenden Persönlichkeit *Fischers* und seiner vielfältigen und vielschichtigen Wirkungskreise verwundert es nicht, dass ein Teil der Beiträge sogar allein seiner Person gewidmet ist – dabei kommen sowohl Lob als auch Kritik in großer und erfrischender Klarheit zur Sprache. Das Werk umfasst nicht nur die für eine juristische Festschrift typischen Kategorien, die sich mit dem materiellen und prozessualen Strafrecht beschäftigen, sondern darüber hinaus auch eher ungewöhnliche Kategorien wie Recht und Strafrechtspersonal, Gesellschaft und Politik, Medien sowie Justiz- und Zeitgeschichte. Die Vielfalt der Festschrift gleicht somit einem bunten Blumenstrauß.

In den Beiträgen dieser ZIS-Sonderausgabe wird ähnlich wie in der Festschrift die Vielfältigkeit des Werkes und Wirkens *Fischers* gespiegelt. So geht es hier um historische (*Wolfgang Schild*²) und aktuelle Rechtsthemen (*Katharina*

*Beckemper*³) sowie juristische Grundlagenfragen (*Klaus Günther*⁴ und *Lorenz Schulz*⁵).

¹ Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018.

² *Schild*, ZIS 2018, 408.

³ *Beckemper*, ZIS 2018, 394.

⁴ *Günther*, ZIS 2018, 389.

⁵ *Schulz*, ZIS 2018, 403.

Wann hat eine Tat ihren Täter?

Ein Beitrag zur Rechtslehre als Wissenschaft vom Menschen

Von Prof. Dr. Klaus Günther, Frankfurt a.M.

I. Es trifft zu, wie *Thomas Fischer* nicht müde wird zu wiederholen, dass das Gejammer über die Lücke zwischen strafrechtswissenschaftlicher Theorie und juristischer Praxis unerträglich und langweilig sei.¹ Damit ist freilich das Problem ihrer gelingenden Integration noch nicht gelöst. Wie es gehen könnte, wurde vor allem in den siebziger und frühen achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts immer wieder ausprobiert, vornehmlich mit Hilfe der damals als Leitwissenschaft fungierenden Sozialwissenschaften.² Doch hatten auch diese Versuche wenig Erfolg. Ein Grund dürfte bis heute darin liegen, dass die mit großen Hoffnungen begonnene interdisziplinäre Erweiterung der Rechts- durch die Sozialwissenschaften bei diesen auf weniger Resonanz stieß oder einige Sozialwissenschaftler gar befürchteten, für eine Optimierung des Strafrechts als Repressionsinstrument kapitalistischer Gesellschaften vereinnahmt zu werden.³ Ironischerweise verhinderte diese Sorge es nicht, dass sie alsbald von der Ökonomie als neuer Leitwissenschaft zumindest im Privatrecht abgelöst wurden.

Ein möglicher Weg zur Überwindung der Lücke, so ließen sich einige der früheren Erfahrungen resümieren, führt weniger über die Anwendung von Theorien auf die juristische Praxis als vielmehr über die theoretische Erschließung von Kontexten und Hintergründen eines einzelnen Rechtsfalles.⁴ Es ist eher der mikrologische Blick, der scheinbar Alltägliches und Nebensächliches im grellen Licht der Theorie zur Hauptsache werden lässt und sich damit gegen die Versuchung sperrt, den Rechtsfall nur als Anwendungsfall der Theorie zu behandeln. Der Einzelfall geht in keiner Theorie auf, aber ohne Theorie bleibt der Einzelfall stumm. Der

frühere Jurist *Alexander Kluge* hat aus dieser Methode das ästhetische Prinzip seiner Filme und Bücher gemacht.⁵

Dieser Zugang zur Integration strafrechtswissenschaftlicher Theorie und juristischer Praxis in einer Rechtslehre als Wissenschaft vom Menschen würde es eigentlich nahelegen, noch auf ein anderes Feld zu schauen, das über die Rechtslehre im akademischen Kontext hinausreicht, aber für die öffentliche Kommunikation über das Recht und mit dem Recht nicht minder relevant ist. Dies betrifft die öffentliche Berichterstattung über Gerichtsverfahren, vor allem Strafprozesse. Der Zustand dieses Genres ist überwiegend dürftig. Er ist maßgeblich bestimmt durch die konfliktreiche Position der Medien zwischen medialer Eigenlogik, Informations- und Sensationsinteresse, Wahrheitsanspruch, Marktabhängigkeit und Wettbewerbsdruck, der zu einer gewissen Selektivität der Wahrnehmung führt und die Aufmerksamkeit vor allem auf skandalträchtige Verfahren lenkt. Immerhin lässt sich daran jedoch erkennen, warum gerade welches Rechtsproblem zum Thema der öffentlichen Meinungsbildung wird. Gegenwärtig reicht das Spektrum vom illegalen Autorennen mit tödlichen Folgen über sexuelle Belästigung und Nötigung bis zur Steuerverhinderung in großem Umfang.

In den öffentlichen Diskursen über solche Verfahren verhandelt eine Gesellschaft immer auch zugleich über ihr jeweiliges Selbstverständnis. Die Kernbedeutung einer solchen öffentlichen Aufmerksamkeit auf und einer derart indirekten Teilhabe an Gerichtsverfahren hat *Alexis de Tocqueville* zwar für das Jury-Verfahren in den USA expliziert, doch lässt sie sich leicht auch auf die nur mittelbare Mitwirkung durch öffentliche Aufmerksamkeit und Diskussion des einzelnen Strafrechtsfalles erweitern. Man müsse das Geschworenengericht: „[...] als eine unentgeltliche und immer offene Schule ansehen, wo jeder Geschworene sich über seine Rechte unterrichtet [...], wo er über Gesetze auf Grund ihrer unmittelbaren Anwendung unterrichtet wird und wo sie ihm durch die Bemühungen der Anwälte, die Ansichten der Richter und selbst die Leidenschaften der Streitparteien verständlich gemacht werden.“⁶ Auf diese Weise, so ließe sich *Tocqueville* weiterführen, kommt dem Recht eine kommunikative Botschaft zu, deren Performanz das Gerichtsverfahren ist.

Noch viel wichtiger aber ist ein weiterer Aspekt, den *Tocqueville* im Zusammenhang mit der kommunikativen Funktion des Geschworenengerichts hervorhebt: An einem solchen Verfahren teilzuhaben, „lehrt jeden, die Verantwortung für sein eigenes Tun nicht zu scheuen.“⁷ Damit erstreckt sich die implizite Kommunikation mit dem und über das Recht nicht nur auf den Anwendungsdiskurs des Rechts, sondern auch auf den Zurechnungsdiskurs. Es reproduziert sich die Verantwortung als Grundprinzip des Rechts, und

¹ Vgl. neben den zahlreichen Äußerungen *Fischers* vor allem auch: *Fischer*, in: Michalke/Köberer/Pauly/Kirsch (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, 2008, S. 63–81; *ders.*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 41–53.

² Exemplarisch mögen hier erwähnt werden: Hassemer (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Strafrecht – Fälle und Lösungen in Ausbildung und Prüfung, 1984; Walz (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Zivilrecht – Fälle und Lösungen in Ausbildung und Prüfung, 1983.

³ Vgl. das Resümee in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, 2 Bände, 1980.

⁴ Wer als Jurastudent das Glück hatte, Zivilrecht bei *Rudolf Wiethölter* in Frankfurt zu hören, konnte die Erfahrung machen, dass man von einem auf den ersten Blick trivialen und alltäglich erscheinenden Einzelfall zur theoretischen Aufklärung gesellschaftlicher Grundstrukturen vordringen konnte. Siehe zu *Wiethölter*: *Simon*, Kritische Justiz 1989, 131–137; *Habermas*, Kritische Justiz 1989, 138–146.

⁵ Beginnend mit *Kluge*, Lebensläufe, 1962.

⁶ *Tocqueville*, Über die Demokratie in Amerika, 1835, 1987, S. 412 f.

⁷ *Tocqueville* (Fn. 6), S. 412.

zwar in den Dissensen und Kontroversen über Zurechnungsfragen.

Wie der öffentliche Bericht über ein Strafverfahren aussehen könnte, der dieses fundamentale Selbstverständnis moderner Gesellschaften mit einem mikrologischen Blick offenlegen könnte, soll im Folgenden an einem Bericht versucht werden, den der junge *Siegfried Kracauer* im Jahre 1924 für die Frankfurter Zeitung über ein damals große öffentliche Aufmerksamkeit erregendes Strafverfahren veröffentlichte.⁸ Es handelt sich um den Fall Angerstein.⁹ Allerdings mit einem für das von *Tocqueville* beschworene, auf individuelle Verantwortlichkeit gründende Selbstverständnis moderner Gesellschaften überraschenden Ergebnis.

II. Der Fall: Fritz Angerstein, leitender Angestellter eines Kalkwerks in Haiger bei Limburg an der Lahn, tötet im Laufe einer Winternacht des Jahres 1924 und am darauffolgenden Morgen acht Menschen, zunächst seine Ehefrau, sodann ihre Mutter und deren Schwester, später dann eine Hausangestellte und zwei am Morgen zur Arbeit erscheinende Bürohilfen sowie zwei Gärtnergehilfen. Zuletzt tötet er den Schäferhund, setzt einen Büroraum seiner Villa in Brand, um schließlich erfolglos zu versuchen, sich selbst mit einem Hirschfänger das Leben zu nehmen. Die Tötungshandlungen führte er überwiegend mit einer Axt aus, indem er den Opfern den Schädel zertrümmerte.

Die in den ersten Vernehmungen geäußerte Behauptung des Angersteins, man sei Opfer eines Raubüberfalls geworden, stellt sich schnell als unwahr heraus, so dass nur er selbst als Beschuldigter in Betracht kommt. Dabei wird jedoch nach und nach deutlich, dass für diese grausame Tat jedes Motiv fehlt. Zwar ergeben die weiteren Ermittlungen, dass Angerstein Geld unterschlagen hatte und die Aufdeckung bevorstand, doch waren die Beträge so gering, dass sie die Tötung von acht Menschen kaum erklären können. Auch das Verhältnis des Täters zu seiner Frau, seinem ersten Opfer, war zwar nicht unbelastet, weil sie mit langwierigen, aber nicht gravierenden Krankheiten zu kämpfen hatte und zu einer ängstlichen Frömmigkeit neigte. Doch ließ die Vorgeschichte erkennen, dass Angerstein sich um die Gesundheit seiner Frau sorgte und sich immer wieder um ärztlichen Rat und Hilfe bemühte. Auch wäre damit nicht zu erklären, warum nach seiner Frau noch sieben weitere Menschen durch ihn den Tod finden mussten.

In dem anschließenden Strafverfahren steht „das Rätsel seiner Tat“ im Zentrum auch der breiten öffentlichen Auf-

merksamkeit.¹⁰ Das Vorleben des Beschuldigten ist ohne Verfehlungen und Auffälligkeiten, auch danach lässt er eine eigentümliche Distanz zur Tat erkennen, bleibt ihr gegenüber empfindungslos. Der Angeklagte weiß keine andere Auskunft zu geben als: „Die Menschen verstehen mich nicht, und ich kenne mich selbst nicht! Ich war es nicht selbst, der in jener Schreckensnacht handelte, es handelte in mir!“¹¹ Nicht zuletzt aus diesem Grund wird zum ersten (und vorläufig letzten) Mal neben einem psychiatrischen auch ein psychoanalytischer Sachverständiger im Verfahren zugelassen, was angesichts des damals gerade erst beginnenden wissenschaftlichen Aufstiegs der Psychoanalyse ungewöhnlich war.

Der psychiatrische Sachverständige kommt in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, Angerstein sei geistig gesund gewesen, da sich keine der fachlich anerkannten psychischen Erkrankungen bei ihm finden ließen. Anders dagegen der Psychoanalytiker, der Schweizer Kriminalpsychologe *Richard Herbertz*.¹² Dieser nutzt seinen Auftrag auch dazu, den wissenschaftlichen Gegensatz zwischen Psychiatrie und Psychoanalyse herauszustellen, indem er die psychiatrische Diagnose geistiger Gesundheit zum Tatzeitpunkt explizit angreift und rhetorisch fragt, wie man zu dem Schluss gelangen könne, es bestehe kein Unterschied zwischen „diesem menschenschlachtenden Kannibalen, der Schädel spaltet, als ob es Holzklötze wären, und dem ‚Normalen‘ [...], was die Art der Willensbestimmung anbetrifft [...]. Er ist für ihn [d.h. den psychiatrischen Sachverständigen] ein Mensch so wie du oder ich!“¹³ Psychoanalytisch betrachtet, handele es sich dagegen um den Fall einer Regression, um einen „Rückstoß in die Vergangenheit“.¹⁴ Die Tat sei zu verstehen als eine „explosive Impulshandlung“¹⁵ aus lange im Unbewussten aufgestauten Trieben – „im unbewußten Triebleben des Menschen ist eine gewaltige, nahezu allmächtige Naturkraft investiert und ‚furchtbar wird die Himmelskraft, wenn sie der Fesseln sich entrafft!“¹⁶ Auch wenn nicht herauszufinden gewesen sei, welche Art von Triebkräften sich in dieser Tat manifestiert habe, spreche doch einiges dafür, dass der Täter aus dem Zustand einer gestörten Objektbeziehung, einer im frühkindlichen Stadium entstandenen Unfähigkeit, seine psychische Energie in ungestörter Weise auf eine Bezugsperson zu richten, in den Zustand der Objektvermeidung regrediert sei. Die Regression erscheine so als „Rückschlag ins primäre Stadium“, in dem „das Individuum seelisch gleichsam wieder zum Embryo zu werden trachtet, die beglückende

⁸ Zu *Kracauer* siehe *Später*, Siegfried Kracauer, Eine Biographie, 2016, darin zum Fall Angerstein S. 162 ff.

⁹ *Kracauer*, Die Tat ohne Täter, Zum Fall Angerstein, in: Frankfurter Zeitung v. 13.7.1925. Wiederabgedruckt in: *Kracauer*, Gesammelte Schriften, Bd. 5.1, 1990; S. 318 ff.; siehe auch die vorzügliche Edition dieses Textes zusammen mit weiteren zeitgenössischen Dokumenten, Gutachten und Prozessdokumenten bei: Stiegler (Hrsg.), Tat ohne Täter, Der Mordfall Fritz Angerstein, 2013.

¹⁰ *Georg*, Das Rätsel von Haiger, Frankfurter General-Anzeiger 1925, zitiert nach dem Wiederabdruck in: Stiegler (Fn. 9), S. 175.

¹¹ Zitiert nach dem Gutachten von *Herbertz*, in: Stiegler (Fn. 9), S. 207. *Hervorhebung* im Original.

¹² Vgl. dazu und zur nachfolgenden Debatte um den psychoanalytischen Erklärungsversuch das Nachwort von *Stiegler* in: Stiegler (Fn. 9), S. 361 ff.

¹³ *Herbertz*, (Fn. 11), S. 206 ff. (209).

¹⁴ *Herbertz*, (Fn. 11), S. 210.

¹⁵ *Herbertz*, (Fn. 11), S. 211 ff. (214).

¹⁶ *Herbertz*, (Fn. 11), S. 216 (das nicht ganz textgetreue Zitat stammt aus *Schillers* Lied von der Glocke).

Situation völligen Objektmangels im Mutterleibe nun bewußt zurückersehnt.“¹⁷

Das Gericht folgt dem psychiatrischen und nicht dem psychoanalytischen Gutachten und verurteilt Angerstein wegen achtfachen Mordes zur Todesstrafe. Der Angeklagte nimmt das Urteil ausdrücklich an und legt infolgedessen auch keinerlei Rechtsmittel ein. Die Todesstrafe wird am 25.11.1925 vollstreckt.

III. Der Fall Angerstein löste eine breite öffentliche Diskussion aus, die von den Pressemedien bis in die Wissenschaft, vor allem auch in die Psychologie reichte. Die Berichterstattung und Kommentierung in den damals als Leitmedium fungierenden Zeitungen knüpft die kommunikative Botschaft dieses Rechtsfalles vor allem an das ungelöst bleibende Rätsel des fehlenden Motivs. Neben *Sigfried Kracauer* hatte der in der Weimarer Republik weithin unter dem Akronym *Sling* bekannte, 1928 verstorbene Berliner Gerichtsreporter *Paul F. Schlesinger*, den Prozess ebenfalls von Anfang begleitet und darüber für die *Vossische Zeitung* berichtet.¹⁸ *Sling* charakterisiert den Täter als unauffälligen Kleinbürger. Das Gutachten von *Herbertz* weist er nicht ab, bemängelt aber die hohen wissenschaftlichen Begriffshürden, die er vor einem möglichen Verständnis der Tat aufgebaut habe. In seiner Reportage über die Urteilsverkündung bezieht er sich allein auf die Ausführungen des psychiatrischen Sachverständigen, der dem Angeklagten geistige Gesundheit attestiert habe. Damit erscheine die Tat als „ein ungeheures, unzugängliches Gebirge“.¹⁹ Gleichwohl füge sie sich in „das allgemein Menschliche“ ein, als Fall eines plötzlichen Ausbruchs von Gewalt bei Menschen, die jahrelang geduldig sich unter belastenden Lebensumständen abmühen. Deshalb endet *Sling* mit der entsetzten Feststellung: „Angersteins Verbrechen ist das unsrige“.²⁰ Daran schließt er eine Warnung an seine Zeitgenossen an, „das Mißtrauen gegen sich selbst nie völlig einschlafen zu lassen – aber auch die: den gutmütigen, aber erregbaren Nebenmenschen keiner zu schweren Belastungsprobe auszusetzen“, das er nochmals mitfühlend rückbezieht auf Angerstein als einen Menschen, „der vom Schicksal getrieben wurde, uns allen innewohnende Kräfte zur furchtbaren Tat zu steigern.“²¹

Anders dagegen der für die Frankfurter Zeitung berichtende *Kracauer*: Der Kulturwissenschaftler *Helmut Lethen* charakterisiert *Kracauers* Bericht über den Fall Angerstein

als eine „Inszenierung“.²² Nach einer kurzen Einleitung kommt er sogleich zum zentralen Punkt: „Eine Tat ohne Täter – das ist das Aufreizende, nicht zu Fassende im Falle Angerstein.“²³ Er schildert ähnlich wie *Sling* das unauffällige, angepasste Verhalten des Täters vor der Tat und während des Prozesses: „Wäre man ihm früher auf der Straße begegnet, man hätte ihn um Feuer gebeten und die Züge schnell wieder vergessen.“²⁴ Als „ein Kleinbürger wie tausend andere“ sei er in das Ungeheuerliche hineingetaumelt.“ *Kracauer* geht auf das Gutachten von *Herbertz* ein und bekräftigt noch einmal dessen Diagnose, dass es nicht der Täter selbst, sondern „ein schreckhaftes ‚Es‘ da draußen“ gewesen sei, was diese Tat hervorgebracht habe. Auch die Gutachten hätten es letztlich nicht vermocht, eine „Brücke zwischen dem Täter und der ihm fremden Tat“ herzustellen, vielmehr erscheine sie als eine Art Überwältigung, als Impulsknall: „Die bestialischen Instinkte, finstere Wünsche, schon von Kindheit an genährt, nicht gewußter Haß: der ganze Sprengstoff in den Kellerverließen wird an die Oberfläche geschleudert und entlädt sich vulkanisch“. Seine Ausführungen münden in einen Vergleich mit den „großen Verbrechen [...] deren Urheber im Volkstum gewaltig fortbestehen.“ Diese Verbrechen, die gleichsam zur ungebändigten Natur selbst gehören, zur Leidenschaft und Triebhaftigkeit hätten „ihren Ort in dem Menschen“ und seien insofern noch nachvollziehbar. Anders dagegen die Taten eines Angerstein. „Daß sie keinen zureichenden Grund haben in dem Bewußtsein ihres Täters; dies eigentlich macht sie zum qualvollen Rätsel, verleiht ihnen die unheimliche Fremdheit bloßer Sachen.“

Nach diesem Bericht kulminiert der Text in einer aufschlussreichen Passage, die plötzlich den ganzen Fall als Chiffre der modernen Gesellschaft liest. Ähnlich wie bei *Sling* enthält sie eine Warnung an die Zeitgenossen, doch mit einem gänzlich anderen Sinn: Sie erscheine als Symptom „einer Welt, in der die Gegenstände und ihre Gesetze die Herrschaft sich anmaßen über die Seele. Denn je mehr die Menschen sich in ihren Beziehungen zueinander versachlichen, und den von ihnen abgesprengten Dingen Gewalt über sich einräumen, statt die Dinge an sich heranzupressen und menschlich sie zu durchdringen, desto leichter kann und wird es geschehen, dass das in die Abgründe des Unbewussten verdrängte Menschliche entstellt, koboldhaft und grausig in die verlassene Dingwelt sich stürzt.“

Diese Feststellung kulminiert in dem abschließenden Satz: „Nur in einer menschlichen Welt hat die Tat ihren Täter.“

IV. *Helmut Lethen* charakterisiert diesen letzten Satz als „rätselhaft unbegründet.“²⁵ Freilich trifft das schon mit Blick auf die zeitgenössische Theorielandschaft nicht zu. Unter dem Eindruck der massiven gesellschaftlichen Veränderungen infolge der Industrialisierung, technologischer Innovationen und eines sich beschleunigenden Kapitalismus bei gleichzeitiger Verschärfung der politischen Lage durch Nati-

¹⁷ *Herbertz*, (Fn. 11), S. 218. Zur Einordnung dieser Aussagen in den Kontext der Psychoanalyse *Freuds* siehe *Stiegler* (Fn. 12), S. 363; *Lethen*, *Verhaltenslehren der Kälte, Lebensversuche zwischen den Kriegen*, 1994, S. 261.

¹⁸ Siehe dazu die Reportagen *Schleingers* in: *Stiegler* (Fn. 9), S. 166 ff. *Slings* Bericht über die Urteilsverkündung (S. 171 ff.), findet sich auch in den Editionen von *Slings* Gerichtsreportagen: *Sling*, *Der Mensch der schießt, Berichte aus dem Gerichtssaal*, 2. Aufl. 2014. Im Folgenden wird nach der Edition *Stieglers* zitiert.

¹⁹ *Sling* (Fn. 18), S. 172.

²⁰ *Sling* (Fn. 18), S. 173.

²¹ *Sling* (Fn. 18), S. 173.

²² *Lethen* (Fn. 17), S. 262.

²³ *Kracauer* (Fn. 9 – *Gesammelte Schriften*), S. 318.

²⁴ *Kracauer* (Fn. 9 – *Gesammelte Schriften*), S. 318.

²⁵ *Lethen* (Fn. 17), S. 262.

onalismus und Imperialismus, die schließlich in die Katastrophe des Ersten Weltkriegs führt, gehen überkommene kulturelle Gewissheiten verloren. Dabei tritt ein Aspekt in den Vordergrund: Die Erfahrung, dass sich die von den Menschen selbst hervorgebrachten Dinge ihnen gegenüber bis zu einem Grade verselbständigt haben, an dem sie ihm fremd, undurchdringlich, unüberschaubar, ja, unheimlich werden und sich gegen ihre Erzeuger wenden, um sie zu beherrschen und zu unterjochen. Damit versagen nicht nur die herkömmlichen Kategorien der Aneignung des Anderen, sondern Entfremdung und Verdinglichung erfassen auch das Verhältnis des einzelnen zu sich selbst. Dies gilt nicht nur für die schon von *Marx* und *Engels* diagnostizierte Verwandlung aller Produkte in Tauschwerte und des Arbeiters in eine Ware, die je nach Marktlage im Preis steigt und fällt. Es gilt auch für alle anderen Objektivationen sinnhafter menschlicher Tätigkeit, schließlich für Kultur und Gesellschaft selbst. Die moderne Gesellschaft, das deutet sich schon bei *Hegel* an, folgt einer Logik des objektiven Geistes, die jenseits der Überzeugungen und Absichten ihrer Individuen operiert. Hatte *Hegel* immerhin noch die Möglichkeit einer differenzierten, in Gegensätzen und Kämpfen sich entfaltenden Einheit von subjektivem, objektivem und absolutem Geist behauptet, zerfallen diese internen Korrespondenzen nun vollends. *Durkheim* nimmt die gesellschaftliche Arbeitsteilung als Indiz dafür, dass die Gesellschaft ein von den Individuen unabhängiges Faktum ist, die spätere Soziologie wird dies als einen Prozess der funktionalen Differenzierung gesellschaftlicher Teilsysteme beschreiben, die jeweils ihren eigenen, füreinander und im Verhältnis zum psychischen System der in ihnen inkludierten Menschen inkommensurablen Logik folgen.

Am Beginn dieser Erfahrung steht aber vor allem das Bedrohliche, Gewalttätige dieses Prozesses, der dem einzelnen gegenüber als Zwang auftritt, auch und gerade als verinnerlichter Zwang gegen sich selbst. Vor allem *Sigmund Freud* beschreibt diesen Prozess der konflikthaften Verinnerlichung äußerer Zwänge, was vorher bereits von *Nietzsche* in seiner „Genealogie der Moral“ thematisiert worden war. Kultur ist ebenso notwendig zur Beherrschung der aggressiven, gegen andere gerichteten Triebe, wie sie sich gleichzeitig die Aggression dienstbar macht, indem sie in der Psyche des Menschen eine Autorität aufrichtet, die als schlechtes Gewissen und Schuldgefühl sich gegen seine eigenen Triebe richtet. Die Verdrängungsarbeit lässt ein Unbewusstes entstehen, das, wenn gestört, sich in Neurosen und anderen Pathologien äußert.

Georg Simmel hat bereits 1911 diesen Prozess als einen der Tragödie der Kultur beschrieben. Sein Text könnte eine Art Hintergrundlektüre *Kracauers* für seine zeitdiagnostisch begründete Warnung angesichts des Falls Angerstein gewesen sein:

„[D]er Mensch wird jetzt der bloße Träger des Zwanges, mit dem diese Logik die Entwicklungen beherrscht und sie wie in der Tangente der Bahn weiterführt, in der sie wieder in die Kulturentwicklung des lebendigen Menschen zurückkehren würden. Dies ist die eigentliche Tragödie der Kultur. Denn als ein tragisches Verhältnis – im Unterschied gegen ein trauriges oder von außen her zerstörendes – bezeichnen

wir doch wohl dies: dass die gegen ein Wesen gerichteten vernichtenden Kräfte aus den tiefsten Schichten eben dieses Wesens selbst entspringen; dass sich mit seiner Zerstörung ein Schicksal vollzieht, das in ihm selbst angelegt und sozusagen die logische Entwicklung eben der Struktur ist, mit der das Wesen seine eigene Positivität aufgebaut hat. Es ist der Begriff aller Kultur, dass der Geist ein selbstständig Objektives schaffe, durch das hin die Entwicklung des Subjektes von sich selbst zu sich selbst ihren Weg nehme; aber eben damit ist jenes integrierende kulturbedingende Element zu einer Eigenentwicklung prädestiniert, die noch immer Kräfte der Subjekte verbraucht, noch immer Subjekte in ihre Bahn reißt, ohne doch diese damit zu der Höhe ihrer selbst zu führen: die Entwicklung der Subjekte kann jetzt nicht mehr den Weg gehen, den die der Objekte nimmt; diesem letzteren dennoch folgend, verläuft sie sich in einer Sackgasse oder in einer Entleertheit von innerstem und eigenstem Leben.“²⁶

Als Ausweg aus dieser Tragödie, wenn ein solcher denn überhaupt möglich ist, erscheint eine allgemeine Kultur- und Zivilisationskritik. Der psychoanalytische Gutachter versucht den Fall Angerstein einzuordnen „in unseren schweren, zu Zersetzung der sittlichen und rechtlichen Norm vielfach in bedenklicher Weise hinneigenden Zeit.“²⁷ Trotz seiner Sensibilität für die psychischen Gefährdungen, denen die Menschen in dieser Zeit ausgesetzt sind, plädiert er letztlich für den Selbstschutz der Gesellschaft gegen die von ihr selbst verursachten Ausbrüche der gefährdeten Psyche. *Sling* beschwört dagegen das allgemein Menschliche, warnt vor zu großen Zumutungen an die Geduld und Leidensfähigkeit der Menschen.

Bei *Kracauers* Reaktion auf die Tragödie der Kultur kündigt sich dagegen bereits ein Motiv an, das später zentral wird und ebenso im Umkreis des Frankfurter Instituts für Sozialforschung immer mehr an Bedeutung gewinnt: Der Fall Angerstein erscheint als „ein Symptom der Dialektik des Zivilisationsprozesses“²⁸, die durch den modernen Kapitalismus hervorgebracht wird und dazu führt, dass der Mensch unter Entfremdung und Verdinglichung leidet, infolgedessen weder seine Umwelt noch sich selbst versteht, die Welt bleibt verschlossen und undurchdrungen. Die Abspaltung der Tat von ihrem Täter entspricht dieser Konstellation. Die Antwort darauf ist die Kritik des modernen Kapitalismus. Das Menschliche, das von *Sling* bloß leerformelhaft beschworen wird, wäre ein gesellschaftlicher Zustand, in dem die Menschen diese Beschwörungen nicht mehr brauchen, weil sie unter menschlichen Bedingungen leben würden.

V. Was aber könnte nun mit der Aussage gemeint sein, dass eine menschliche Welt die notwendige Bedingung für die Zurechnung einer Tat zu einem Täter sei? Wenn eine menschliche Gesellschaft eine notwendige Bedingung dafür sein soll, dass jemand als Täter seiner Tat gelten kann – dann scheint daraus zu folgen, dass in einer Gesellschaft, die das

²⁶ *Simmel*, in: *Simmel* (Hrsg.), *Philosophische Kultur*, 2. Aufl. 1919, S. 223–253 (249).

²⁷ *Herbertz*, (Fn. 11), S. 209, vgl. auch S. 217.

²⁸ *Später* (Fn. 8), S. 167.

Prädikat der Menschlichkeit nicht oder nur eingeschränkt verdient, eine Straftat keinen Täter habe.

Damit erscheint jedoch jede Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortung in einem konkreten Fall als illegitim: Sie bürdet einem Menschen eine Last auf, die er unter den herrschenden nicht-menschlichen Bedingungen nicht zu tragen vermag. *Helmut Lethen* parallelisiert *Kracauers* rätselhaften Satz daher mit *Bertold Brechts* Gedicht über die Kindesmörderin Marie Farrar, deren trauriges Schicksal in dem stets wiederkehrenden Refrain endet: „Und ihr, ich bitte euch, wollt nicht in Zorn verfallen, denn alle Kreatur braucht Hilf von allen.“²⁹ Für *Helmut Lethen* wirft *Brecht* damit ein grelles Licht „auf die Fiktion des selbstverantwortlichen Subjekts. Die bürgerliche Gesellschaft beraubt die Kreatur der Möglichkeit, Eigenschaften der Selbstbestimmung zu entwickeln, und setzt sie physischen Qualen aus, um ihr in dem Augenblick den Ehrentitel des Vollverantwortlichen zu geben, in dem sie formgerecht getötet werden soll.“³⁰

Insofern tritt das Sprachspiel der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit, obwohl von den Menschen selbst hervorgebracht, diesen als kafkaeske Maschine wie in der „Strafkolonie“ gegenüber, wird selbst zu einem Teil der verdinglichten Welt, von der die Menschen sich entfremdet haben. Ihnen wird damit eine Verantwortlichkeit aufgezwungen, die sie unter den gegebenen Verhältnissen nicht zu tragen vermögen. Der Fall Angerstein offenbart die ganze Absurdität dieser Operation, und stellt damit jene zentrale kommunikative Botschaft des Strafverfahrens in Frage, wie sie *Tocqueville* formuliert hatte: Es „lehrt jeden, die Verantwortung für sein eigenes Tun nicht zu scheuen“.³¹

VI. Eine Rechtslehre als Wissenschaft vom Menschen müsste diese Absurdität im Auge behalten. Radikal gewendet: Wir sind immer noch nicht über die Ödipus-Tragödie hinaus. Wir sind noch Kreatur. Als Kreatur haben wir noch nie gehandelt, noch gar nicht mit einem Tun angefangen, das sich uns als Tat zurechnen ließe. Unter gesellschaftlichen Bedingungen der Entfremdung und der Unmenschlichkeit handeln wir nicht, sondern verhalten uns kreatürlich.

Freilich wird nicht jede Tat einfachhin einem Täter zur individuellen Verantwortung zugerechnet. Die Differenz zwischen der menschlichen und der nicht-menschlichen Gesellschaft kommt unter anderem in der Vielzahl von Entschuldigungs- und Schuldausschlussgründen sowie den Strafzumessungsgründen zur Geltung. Deren Festlegung, Interpretation und Handhabung bleibt jedoch infiziert von den Bedingungen, unter denen wir leben, also von den Bedingungen einer nicht-menschlichen Gesellschaft. Darüber hinaus handelt es sich dabei nur um Einschränkungen des ansonsten intakt bleibenden und in jedem Strafverfahren sich reproduzierenden Sprachspiels der individuellen Verantwortlichkeit.

Für eine Rechtslehre als Wissenschaft vom Menschen müsste daher jeder Strafrechtsfall so expliziert werden, dass in der Explikation der Aufschrei über das, was fehlt, zu ver-

nehmen ist. Aber ohne menschentümelndes und auch ohne religiöses Pathos. Der Chronist des Einzelfalls im Recht, der der Gesellschaft Bericht erstattet, müsste eine Figur sein, wie sie *Walter Benjamin* fünf Jahre nach dem Fall Angerstein charakterisiert – am Beispiel *Siegfried Kracauers*, anlässlich einer Rezension seines Buches „Die Angestellten“: „Einen Lumpensammler frühe im Morgengrauen, der mit seinem Stock die Redelumpen und Sprachfetzen aufsticht, um sie murrend und störrisch, ein wenig versoffen, in seinen Karren zu werfen, nicht ohne ab und zu einen oder den anderen dieser ausgebliebenen Kattune ‚Menschentum‘, ‚Innerlichkeit‘, ‚Vertiefung‘ spöttisch im Morgenwinde flattern zu lassen. Ein Lumpensammler, frühe – im Morgengrauen des Revolutionstages.“³²

²⁹ *Lethen* (Fn. 17), S. 248 ff.

³⁰ *Lethen* (Fn. 17), S. 252.

³¹ *Tocqueville* (Fn. 6), S. 412.

³² *Benjamin*, Gesammelte Schriften, Bd. 3, 1991, Nr. 93.

Die Funktion der objektiven Bedingung der Strafbarkeit

Einschränkung auf strafbedürftige Fälle oder Verstoß gegen das Schuldprinzip?

Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

Der Jubilar schreibt in seinem Kommentar zu § 323a StGB: „Die Bedingung der Strafbarkeit soll den Bereich des Strafwürdigen einengen. Damit kann aber nicht erklärt werden, warum dieselbe Handlung ohne weitere Unrechtsfaktoren einmal Ordnungswidrigkeit (§ 122 OWiG), einmal kriminelles Unrecht sein soll.“¹ Es lässt sich dem einiges an Zweifel herauslesen: Zweifel, ob die objektive Bedingung der Strafbarkeit wirklich immer so objektiv ist, und denen hier zu Ehren des Jubilars weiter nachgegangen werden soll.

I. Problemaufriss

Die objektive Bedingung der Strafbarkeit zeichnet sich dadurch aus, dass sich Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht auf sie beziehen muss.² Das macht sie so beliebt.

Eine solche Bedingung findet sich bei einigen Straftatbeständen des Besonderen Teils – gemein ist ihnen aber immer, dass sie „unrechtsneutral“ sein soll.³ Das muss sie sein, um keinen Verstoß gegen das Schuldprinzip zu begründen. Objektiv verwirklichtes Unrecht muss einem Täter individuell zugerechnet werden können. Deshalb kann eine Bedingung der Strafbarkeit, die neben dem Unrechtstatbestand steht, nur zulässig sein und gerade keinen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz begründen, wenn sie kein Unrecht verkörpert. Ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz läge aber vor, wenn objektive Bedingungen der Strafbarkeit in Wahrheit denaturierte Schuldmerkmale⁴ sind, bei denen die Schuldbeziehung unzulässigerweise fehlt.⁵

II. Allgemeine Anerkennung der vierten Deliktsskategorie „objektive Bedingung der Strafbarkeit“?

Dies soll aber nicht so sein, weil das Unrecht im Tatbestand erfasst ist.⁶ Objektive Bedingungen der Strafbarkeit stellen

dagegen nach überwiegender Auffassung keine strafbestimmenden Merkmale dar, sondern lassen den für die Strafe maßgeblichen Unrechtsgehalt unberührt.⁷ Ob diese Ansicht tatsächlich die herrschende Meinung ist, kann aber bezweifelt werden. Es wird nämlich durchaus darauf hingewiesen, dass die dogmatische Legitimation der objektiven Bedingung der Strafbarkeit nicht grundsätzlich und vor allem nicht bei jedem Tatbestand des Besonderen Teils aus seiner Strafbarkeitseinschränkenden Funktion hergeleitet werden kann.⁸ So spricht etwa *Arthur Kaufmann* von einer „dogmatischen Verrenkung, die eine nicht bestehende Übereinstimmung mit dem Schuldprinzip vortäuscht“⁹ und *Sax* von einem „ärgerlichen Problem“¹⁰. Zum Teil wird sogar ausdrücklich zugegeben, dass ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz vorliege – den man aber hinnehmen müsse.¹¹ Viele haben sich wohl eher mit dem Rechtsinstitut der objektiven Bedingung der Strafbarkeit arrangiert.¹²

1. Abzugsthese

Doch sei mit der Ansicht – und sei sie auch nur aus Resignation geboren – begonnen, die einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz verneint und diese als Prüfungsmaßstab herangezogen, inwieweit objektive Bedingungen der Strafbarkeit tatsächlich unrechtsneutral sind.

minalpolitische Notwendigkeit miteinander zu vereinbaren, in den Griff zu bekommen.“ Siehe auch Seite 455: „Trotz aller Bemühungen, die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip in Einklang zu bringen, bleibt ein ungutes Gefühl. Auf der anderen Seite kann man sich den kriminalpolitischen Notwendigkeiten nicht verschließen, die zu ihrer Entwicklung geführt haben.“

⁷ *Fischer* (Fn. 1), § 16 Rn. 27; *Schmidhäuser*, ZStW 71 (1959), 545 (557); *Schwalm*, MDR 1959, 906.

⁸ *Bemmann*, Zur Frage der objektiven Bedingung der Strafbarkeit, 1957.

⁹ *Kaufmann*, JZ 1963, 435 (426); siehe auch *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 323a Rn. 9: „Zu vielen Bedenken aus dem Schuldprinzip immer noch unwiderlegt.“

¹⁰ *Sax*, JZ 1976, 9.

¹¹ *Krause*, Jura 1980, 449 (453); vgl. auch *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2018, § 323a Rn. 1: „Einzuräumen bleibt allerdings, dass sich keine der möglichen Deutungen widerspruchsfrei in den allgemeinen dogmatischen Systemzusammenhang einfügt.“ Zweifelnd auch *Schweikert*, ZStW 70 (1958), 697 (698).

¹² Siehe etwa *Geisler* (Fn. 2), S. 211 ff.; *Krause*, Jura 1980, 449 (451); *Rönnau/Bröckers*, GA 1995, 553.

¹ *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 65. Aufl. 2018, § 323a Rn. 17; Zweifel auch zu Einzelfallgestaltungen der objektiven Bedingung bei den Insolvenzdelikten bei *Fischer*, a.a.O., Vor § 283 Rn. 4, 5.

² *Geisler*, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen mit dem Schuldprinzip, 1998, S. 211 ff.; *Schwalm*, MDR 1959, 906; *Krause*, Jura 1980, 449; *Schweikert*, ZStW 70 (1958), 394 (402).

³ *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 47. Aufl. 2017, Rn. 208; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 565 (569).

⁴ *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 565 (566).

⁵ *Rönnau/Bröckers*, GA 1995, 549 (550).

⁶ *Krause*, Jura 1980, 449 (451); ausdrücklich auf Seite 453: „Aber selbst wenn man sich noch so sehr am Schuldprinzip orientiert, das keinen Raum für Zufallshaftung läßt, hat es wenig Sinn, die Existenz objektiver Strafbarkeitsbedingungen zu leugnen. Die Praxis arbeitet nach wie vor mit ihnen, und auch die Lehre verschließt sich ihnen nicht, ist jedoch bemüht, das schier unlösbare Problem, Schuldprinzip und kri-

Nach einer erst einmal plausiblen Abzugsthese¹³ umschreibt der Gesetzgeber das bereits per se strafwürdige Verhalten vollständig in dem jeweiligen Tatbestand.¹⁴ Das strafwürdige Verhalten sei jedoch als solches nicht als strafbedürftig zu werten.¹⁵ Deshalb verzichte der Gesetzgeber auf die Bestrafung des strafwürdigen Verhaltens und bestrafe nur im Falle des Eintritts einer Bedingung.¹⁶ Die objektive Bedingung der Strafbarkeit wirkt danach wie ein Filter und ist für den Betroffenen ausschließlich strafbarkeitseinschränkend.¹⁷ Damit scheidet aber auch ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz aus, weil das strafwürdige Unrecht alleine durch den Tatbestand beschrieben sei.

Wenn diese These zutrifft, ist gegen die objektive Bedingung der Strafbarkeit tatsächlich schwerlich etwas einzuwenden, weil ihre Existenz den Täter, der in jedem Fall strafwürdiges Unrecht begeht, aber nicht in jedem auch bestraft wird, besserstellt. Zuzugeben wäre dann allenfalls, dass Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit schillernde Begriffe sind, die nicht immer einheitlich verwendet werden.¹⁸ In diesem Zusammenhang wird unter einem strafwürdigen Verhalten ein solches verstanden, bei dem der Täter die Strafe verdient. Ein strafbedürftiges Verhalten setzt darüber hinaus voraus, dass die Strafe für die Erhaltung des Rechtsfriedens notwendig ist.

2. Überprüfung der These anhand der §§ 323a, 231 StGB; §§ 130 OWiG, 283 StGB; § 104a StGB

Doch lässt sich diese These auch aufrechterhalten, wenn sie konsequent auf einzelne Tatbestände angewendet wird? Das eingangs genannte Zitat des Jubilars lässt zumindest an der Allgemeingültigkeit zweifeln.

Die Bestätigung der Abzugshypothese – oder eben ihre Nichtgeltung – findet sich in manchen Tatbeständen leichter als in anderen. Deshalb können drei Gruppen gebildet werden. Die erste soll das Problem beschreiben mit Tatbeständen, bei denen der fehlende Unrechtsbezug auch in der Literatur oftmals beklagt wird (§§ 323a, 231 StGB). Bei der zweiten Gruppe ist die objektive Bedingung der Strafbarkeit in den Tatbeständen als solche zwar anerkannt, aber ob der zweifelhaften Ergebnisse finden sich zumindest Alternativvorschläge (§§ 130 OWiG, 283 StGB). Und dann gibt es die Tatbestände, bei denen die objektive Bedingung der Strafbarkeit wirklich keinen Unrechtsbezug hat, z.B. § 104a StGB.

¹³ Geisler, GA 2000, 166 (168); ders. (Fn. 2), S. 211; Gottwald, JA 1998, 343 (344); Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 565.

¹⁴ Schwalm, MDR 1959, 906; Rönnau, JuS 2011, 697 (698).

¹⁵ Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 565 (567).

¹⁶ Bosch, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2016, Vor §§ 283 ff. Rn. 15; Satzger, NSTZ 1998, 112 (116).

¹⁷ Schwalm, MDR 1959, 906; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 208.

¹⁸ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 23 Rn. 34.

a) §§ 323a/231 StGB

Das tatbestandsmäßige Verhalten des § 323a StGB ist das Sich-Versetzen in einen Rausch, bestraft wird aber nur, wenn die objektive Bedingung der Strafbarkeit – die Rauschtat – eingetreten ist. Trifft die Abzugshypothese zu, dann ist alleine das Sich-Versetzen in einen Rausch das strafwürdige Verhalten; die Begehung der Rauschtat dagegen vollkommen unrechtsneutral.¹⁹

Die Strafwürdigkeit kann nur aus einer angenommenen abstrakten Gefährlichkeit für die Allgemeinheit folgen, was aber nach Ansicht des Gesetzgebers offensichtlich für den Rauschtatbestand gilt. Das Herbeiführen eines Rausches ist danach stets als abstrakt gefährlich zu werten, so dass sich der soziale Unwert zu einem strafwürdigen Verhalten verdichtet.²⁰ Die Konzeption setzt damit nicht den Schuldgrundsatz außer Kraft, sondern schützt die Allgemeinheit vor der „unberechenbaren menschlichen Gefahrenquelle, die jeder vollständig Berauschte darstellt“.²¹ Auch der BGH²² betont bisweilen, der Rausch sei seit jeher als Quelle von Gewalttaten und anderen Rechtsbrüchen bekannt, weil er Eigenschaften wecke, die ansonsten beherrscht werden.²³ Auch der friedfertigste Mensch sei für die Dauer des Rausches für die Umwelt gefährlich.²⁴ Aus dieser Gefährlichkeit des Rausches folge das strafwürdige Unrecht.²⁵

Ganz unbestritten ist diese These aber nicht.²⁶ Jedenfalls aber lässt sich aus dem Umstand, dass es zu Straftaten im berauschten Zustand kommt, nicht folgern, dem Sich-Versetzen in diesen Zustand wohne grundsätzlich eine Erfolgsgefahr inne. Dem würde wohl auch die große Anzahl folgenloser Rausche widersprechen. Das folgenlose Sich-Versetzen in den Rausch als ein strafwürdiges Verhalten zu qualifizieren, könne jedenfalls schwerlich überzeugen.²⁷

¹⁹ Gottwald, JA 1998, 343 (344); Heger (Fn. 11), § 323a Rn. 1; auf das Risiko abstellend Schweikert, ZStW 70 (1958), 394 (403).

²⁰ Satzger, Jura 2006, 108 (111).

²¹ Kusch, NSTZ 1994, 131.

²² Siehe auch die Entscheidungen BGHSt 16, 124; 20, 294; 21, 334 (364). Insgesamt ist die Rechtsprechung aber nicht vollständig einheitlich, siehe dazu Fischer (Fn. 1), § 323a Rn. 18; Heger (Fn. 11), § 323a Rn. 14 und Dallmeyer, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2018, § 323a Rn. 1.1 ff.

²³ BGH NJW 1961, 1733.

²⁴ BGH NJW 1961, 1733.

²⁵ Siehe auch Satzger, Jura 2006, 108 (111), nach dem die weit verbreitete Toleranz gegenüber dem Rausch aus der Gefahrwertung des Gesetzgebers keine unvertretbare mache.

²⁶ Siehe z.B. Paeffgen (Fn. 9), § 323a Rn. 9, der vor allem Kritik am Strafraumen übt. Ähnlich macht schon Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 565 (566), den Verstoß gegen den Schuldgrundsatz vom Strafmaß abhängig.

²⁷ Geisler, GA 2000, 167 (174); Sick/Renzikowski, ZRP 1997, 484 (487) m.w.N.

Letztlich wird die Gefährlichkeit eines konkreten Rausches erst durch die Rauschtat – also dem eigentlich Unrechtsneutralen – gefolgert und der Nachweis einer abstrakten Gefahr gar nicht mehr versucht.²⁸ Es wird auch zutreffend bezweifelt, ob dies überhaupt gelingen könnte oder nicht gar aussichtslos wäre. Ein Rausch in einer Gesellschaft ohne Prohibition zu etwas abstrakt Gefährlichem zu erklären mit der Folge eines strafwürdigen Unrechts beruht jedenfalls auf einer nur behaupteten Gefährlichkeit für die Allgemeinheit. Wenn sie nur mit dem Hinweis auf die Rauschtat bewiesen wird, verliert diese ihren unrechtsneutralen Charakter.

Daneben lässt die Ansicht, das Sich-Versetzen in einen Rausch sei strafwürdiges Unrecht, die Existenz des § 122 OWiG unerklärt, der die gleiche tatbestandliche Handlung enthält – was auch der Jubilar im eingangs genannten Zitat verwundert feststellt.

Bei der Beteiligung an einer Schlägerei nach § 231 StGB stellt sich das Bild nicht ganz so deutlich dar. Nach ganz h.M. ist eine Schlägerei oder ein von mehreren verübter Angriff per se so gefährlich, dass eine Beteiligung daran das strafwürdige Unrecht ausreichend beschreibt.²⁹ Da es erfahrungsgemäß bei Schlägereien oder von mehreren verübten Angriffen zu den beschriebenen schweren Folgen komme, sei alleine die Beteiligung daran strafwürdiges Unrecht.³⁰ Ein Verstoß gegen das Schuldprinzip sei abzulehnen, weil mit dem Eintritt der schweren Folge die Gefährlichkeit der Handlung festgestellt worden sei und damit auch das Unrecht der Beteiligung.

Im gleichen Atemzug werden die Beweisschwierigkeiten betont, die sich aus einer unüberschaubaren Lage bei einer Schlägerei ergeben können.³¹ Der Tatbestand der Schlägerei sei notwendig, weil es den Beteiligten ansonsten möglich wäre, sich durch Schutzbehauptungen der Strafbarkeit zu entziehen.

Dieser Hinweis schwächt die h.M. aber eher als sie zu stützen, weil Schwierigkeiten beim Beweis das Unrecht schwerlich beschreiben können. Gerade die Beweisnot als Kriminalisierungsgrund offenbart Schwächen und führt letztlich zu einem fehlenden Schuldnachweis.³² So ist deshalb auch die h.M. nicht unangefochten, z.T. auch mit der Folge, dass § 231 StGB für verfassungswidrig gehalten wird.³³ Eine Beteiligung an einer Rauferei, die eine schwere Folge nicht befürchten lässt, verdiene keine Freiheitsstrafe bis zu drei

Jahren.³⁴ Es sei zumindest kein vollkommen unübliches Verhalten sich an „harmlosen Raufereien“ zu beteiligen.³⁵

Auch wenn es nicht ganz so eindeutig erscheint wie bei § 323a StGB, so lassen sich auch bei der Beteiligung an einer Schlägerei letzte Zweifel, dass das Unrecht vollumfänglich im Tatbestand umschrieben ist, nicht ausräumen.

Den Angriffspunkt liefert die h.M. mit ihrer Begründung – der Erfolg der schweren Folge indiziere die Gefährlichkeit der Tat³⁶ – selbst.³⁷ Wenn das Unrecht im Tatbestand und nur dort umschrieben ist, muss dem die Annahme zugrunde liegen, dass jegliche Rauferei typischerweise gefährlich und damit Unrecht ist.³⁸ Das ist Charakteristikum eines abstrakten Gefährdungsdelikts, bei dem die konkrete Gefahr gerade nicht gefordert wird.³⁹ Indem die h.M. den Eintritt der schweren Folge zum Indiz für die Gefährlichkeit macht, stellt sie das selbst in Frage und bricht damit mit der Dogmatik der abstrakten Gefährungsdelikte.⁴⁰ Dies wohl, weil es gar nicht so selbstverständlich ist, jegliche Schlägereien oder Angriffe mehrerer für gefährlich und damit ausreichendes Unrecht zu halten.

Man kommt bei diesen Tatbeständen nicht herum, die objektive Bedingung der Strafbarkeit bei der Feststellung des Unrechts zu berücksichtigen. Dieser Befund alleine – der im Übrigen nicht neu ist – lässt die Zulässigkeit objektiver Bedingungen noch nicht automatisch entfallen. Schließlich könnte es sich um ein Problem des Besonderen Teils handeln und nicht das Rechtsinstitut der objektiven Bedingung in Frage stellen. So werden in den neueren Publikationen zur objektiven Bedingung der Strafbarkeit auch gerade die beiden genannten Tatbestände genannt und kritisch hinterfragt; freilich nicht mit der Folge, dass das ganze Rechtsinstitut in Frage gestellt wird, sondern „nur“ die beiden Tatbestände.

b) § 104a StGB

Es lassen sich nämlich auch Delikte anführen, bei denen die objektive Bedingung der Strafbarkeit⁴¹ keinen Unrechtsbezug

²⁸ Niu, Die objektive Bedingung der Strafbarkeit der §§ 283 ff., 2013, S. 101, die wegen des Verstoßes gegen den Schuldgrundsatz eine Reform des Gesetzgebers fordert.

²⁹ Hohmann, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 231 Rn. 2; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 231 Rn. 1.

³⁰ BGHSt 15, 369 (370).

³¹ Hohmann (Fn. 29), § 231 Rn. 27; Kühl, in: Lackner/Kühl (Fn. 11), § 231 Rn. 1.

³² Günther, JZ 1985, 585.

³³ Rönnau/Bröckers, GA 1995, 549.

³⁴ Rönnau, JuS 2011, 697 (698).

³⁵ Roxin (Fn. 18), § 23 Rn. 12. Siehe aber auch Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 22), § 231 Rn. 2: „Bei Schlägereien oder Angriffen mehrerer auf ein Opfer ist die schwere Folge, die in diesem Zusammenhang tatsächlich eintritt, regelmäßig auch vorhersehbar. Harmlose Schlägereien gibt es nicht.“

³⁶ Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 29), § 231 Rn. 6.

³⁷ Rönnau/Bröckers, GA 1995, 549 (555).

³⁸ Sehr ausdrücklich Eschelbach (Fn. 35), § 231 Rn. 2.

³⁹ Arthur Kaufmann, JZ 1963, 425 (432).

⁴⁰ Rönnau/Bröckers, GA 1995, 549 (555).

⁴¹ Die Natur als objektive Bedingung der Strafbarkeit soll hier mit der h.M. (Fischer [Fn. 1], § 104a Rn. 1; Finger, GA 50 [1903], 32 [46]; Kühl [Fn. 31], § 104a Rn. 1) erst einmal zugrunde gelegt werden. Mit gewichtigen Argumenten für eine Prozessvoraussetzung aber Kreß, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 104a Rn. 7; Walter/Kargl, in: Kindhäu-

aufweist. Zu nennen ist hier z.B. die objektive Bedingung der Strafbarkeit nach § 104a StGB, nach der Angriffe gegen Organe oder Vertreter ausländischer Staaten, ihre Beleidigung oder die Verletzung von Flaggen und Hoheitszeichen ausländischer Staaten nur strafbar sind, wenn diplomatische Beziehungen unterhalten werden und die Gegenseitigkeit verbürgt wird.⁴² Die Taten nach §§ 102–104 StGB sind für sich – wenn man mit diesen Topoi argumentieren möchte – strafwürdiges Unrecht.⁴³ Die Unterhaltung von diplomatischen Beziehungen oder die Verbürgung der Gegenseitigkeit haben keinen Einfluss auf das Unrecht der Tat.⁴⁴ Ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz lässt sich also nicht ausmachen.

Allerdings eignet sich die Abzugsthese auch hier nicht, die objektive Bedingung der Strafbarkeit zu erklären. Diplomatische Beziehungen oder die Verbürgung der Gegenseitigkeit machen aus einer strafwürdigen Tat nämlich keine strafbedürftige Tat. Vielmehr ist die Tat als solche schon beides, strafwürdig und strafbedürftig. Der Gesetzgeber verzichtet aus ganz anderen – außerstrafrechtlichen – Gründen⁴⁵ auf die Bestrafung, wenn die Bedingung nicht eingetreten ist.⁴⁶ So soll den deutschen Vertretern im Ausland ebenfalls Schutz gewährt werden und die objektive Bedingung ist ein außenpolitisches Druckmittel.⁴⁷

c) §§ 283 StGB, 130 OWiG

Es seien aber auch zwei Tatbestände genannt, bei denen die Abzugshypothese vordergründig zutrifft: bei dem Straftatbestand des Bankrotts und der Ordnungswidrigkeit der Aufsichtspflichtverletzung.

Nach § 283 StGB macht sich strafbar, wer in der Krise eine Bankrotthandlung vornimmt, etwa das Beiseiteschaffen von Vermögenswerten oder das Unterlassen von Führen von Handelsbüchern. Demgegenüber lässt sich prima facie kaum etwas einwenden. Es ist eine plausible Annahme, dass die genannten Tathandlungen grundsätzlich gefährlich für das Gläubigervermögen und damit strafwürdige Handlungen sind, die Strafbedürftigkeit aber davon abhängt, dass das Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt worden ist oder die Zahlungen eingestellt worden sind.⁴⁸

Die Analyse der abstrakten Gefährlichkeit der unterschiedlichen Tathandlungen gestaltet sich aber sehr disparat. Während bei den Varianten Abs. 1 Nr. 1–4 (das Eingehen von Verlustgeschäften, unwirtschaftliche Ausgaben sowie das Eingehen von Spiel- und Wettgeschäften) die Gefährdung ohne größere Probleme behauptet werden kann, weil sich das

Vermögen mindert oder die Anzahl der Teiler erhöht wird,⁴⁹ ist dies für andere Tatvarianten etwa das Unterlassen der Führung von Handelsbüchern (Abs. 1 Nr. 5), die nicht ordnungsgemäße Aufbewahrung der Bücher (Abs. 1 Nr. 6) oder Verstöße gegen das Bilanzrecht (Abs. 1 Nr. 7) nicht ganz so selbstverständlich.

Die abstrakte Gefährlichkeit auch z.B. von der nicht ordnungsgemäßen Führung der Bücher oder Bilanzrechtsverstößen lässt sich nach dem Gesetzgeber aus den damit resultierenden Fehleinschätzungen der wirtschaftlichen Lage, die zu Geschäftsabschlüssen führt, die mit den vorhandenen Kapitalmitteln nicht tragbar sind, folgern.⁵⁰ Vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen diese Grundforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung seien deshalb sozial-ethisch zu missbilligen und damit strafwürdiges Unrecht.⁵¹

Auch dagegen lassen sich Bedenken vorbringen. Es müsste erklärt werden, aus welchem Grund es strafwürdiges Unrecht sein sollte, die Bücher nicht richtig oder nicht zu führen oder zu vernichten.⁵² Ein solches Verhalten – bliebe es folgenlos – wäre doch eher als Ordnungsverstoß zu werten, wie schon *Welzel* betonte.⁵³ Unrecht folge doch nur aus der damit einhergehenden Verletzung der Gläubigerinteressen.⁵⁴

Der Gesetzgeber hat die Bestrafung dennoch „nur“ von der objektiven Bedingung der Strafbarkeit abhängig gemacht. Grund für die Einschränkung war die Vermeidung von Denunziationen, die der Gesetzgeber befürchtete.⁵⁵ Es solle vermieden werden, dass in jedem Betrieb Ermittlungen darüber angestellt werden können, ob die Handelsbücher ordnungsgemäß geführt und aufbewahrt und die Bilanz rechtzeitig erstellt wird.⁵⁶

Damit ist das nicht ordnungsgemäße Führen und Aufbewahren der Bücher bzw. die unzureichende Bilanzierung für abstrakt gefährlich erklärt worden – es wird aber bis zum Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit geduldet.⁵⁷ Die Bedenken *Welzels* sind aber niemals widerlegt worden, vielmehr wird die Gefährlichkeit dieser Verstöße gegen das Handels- und Bilanzrecht behauptet. Überzeugen kann es aber nicht, aus welchem Grund der Inhaber eines Unterneh-

ser/Neumann/Paeffgen (Fn. 9), § 104a Rn. 4; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 565 (572).

⁴² Dazu grundlegend, *Finger*, GA 50 (1903), 32 (46).

⁴³ *Niu* (Fn. 28), S. 102.

⁴⁴ *Finger*, GA 50 (1903), 32 (46).

⁴⁵ *Finger*, GA 50 (1903), 32 (45); *Roxin* (Fn. 18), § 27 Rn. 22.

⁴⁶ Allgemein dazu *Roxin* (Fn. 18), § 23 Rn. 39.

⁴⁷ *Kreß* (Fn. 41), § 104a Rn. 3.

⁴⁸ *Bosch* (Fn. 16), Vor §§ 283 ff. Rn. 15; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 565 (566); *Satzger*, Jura 2006, 108 (111).

⁴⁹ *Reinhart*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 283 Rn. 2.

⁵⁰ BT-Drs. 7/3441, S. 38.

⁵¹ *Roxin* (Fn. 18), § 27 Rn. 23.

⁵² So schon *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 565 (566).

⁵³ *Welzel*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 8, 1959, Besonderer Teil, 78. Sitzung, S. 103.

⁵⁴ So auch *Krille*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 8, 1959, Besonderer Teil, 78. Sitzung, S. 105; anders ausdrücklich *Wilhelm*, NStZ 2003, 511 (513).

⁵⁵ BT-Drs. 7/3441, S. 38.

⁵⁶ *Lackner*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 8, 1959, Besonderer Teil, 78. Sitzung, S. 103; zu den Beweisschwierigkeiten *Roxin* (Fn. 18), § 27 Rn. 23.

⁵⁷ BGHSt 21, 231; *Wilhelm*, NStZ 2003, 511 (513).

mens, das seine Verträge ordnungsgemäß erfüllt, strafwürdiges Unrecht begeht, wenn er seine Bücher nicht ordnungsgemäß verwahrt.

Ein scheinbares Argument für die Gefährlichkeit dieser Handlungen ist das tatbestandsmäßige Merkmal „in der Krise“. Zuzugeben ist hier, dass der Verstoß gegen kaufmännische Buchhaltungspflichten in der Krise gefährlicher sein mag als ohne diese. Es soll aber bestritten werden, dass diese ausreicht, um strafwürdiges Unrecht zu beschreiben. Auch durch das Merkmal der Krise wird nur eine unerwünschte Handlung beschrieben, die aber ohne den Erfolgseintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit nicht überzeugend als strafwürdig erachtet werden kann.⁵⁸

Letztlich sieht auch die h.M. das Problem durchaus – verlagert es aber auf eine andere Ebene. So ist anerkannt, dass eine Bankrotthandlung – etwa durch eine fehlerhafte Buchführung – die Strafbarkeit nach § 283 StGB nicht entstehen lässt, wenn die spätere Insolvenz oder Zahlungseinstellung in keinerlei Zusammenhang mit der Tathandlung steht⁵⁹ (etwa, weil der einzige Großkunde abhandenkommt). Damit wird aber letztlich zugegeben, dass die tatbestandsmäßige Handlung als solche das Unrecht nicht beschreibt, sondern mit der objektiven Bedingung der Strafbarkeit zusammengelesen werden muss.⁶⁰

Ähnliches wird bei der Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG angenommen, der nach einem Teil der Literatur ein abstraktes Gefährungsdelikt ist.⁶¹ Geahndet wird das Unterlassen der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen im Unternehmen nur, wenn als objektive Bedingung der Ahndbarkeit tatsächlich eine Zuwiderhandlung eingetreten ist. Grundsätzlich sei schon das Unterlassen der Aufsichtsmaßnahmen als solches so gefährlich, dass es als der Ahndung würdiges Unrecht ausreicht. Das Merkmal der tatsächlichen Zuwiderhandlung wäre demnach eine reine Einschränkung der Ahndbarkeit.⁶² Gleichzeitig soll sie aber auch Indiz für den Organisationsmangel im Unternehmen sein.⁶³

Doch all dem Hype um Compliance ungeachtet: Wenn ein Unternehmen funktioniert, auf Vertrauen aufgebaut ist – etwa, weil es sich um einen Familienbetrieb handelt – und eben auch keine Straftaten passieren (!): warum sollte dann fehlende Aufsicht strafwürdig sein? Auf die Kritik und die gemachten Lösungsvorschläge soll unten kurz eingegangen

werden. Hinzuweisen ist an dieser Stelle lediglich darauf, dass eine fehlende Aufsicht und eine mangelnde Organisation alleine ohne jeden Zusammenhang mit der konkreten Zuwiderhandlung als Begründung für die Ahndbarkeit auch nach h.M. nicht ausreicht.

d) Zwischenergebnis

Die Einteilung in unrechtsrelevante und unrechtsneutrale Bedingungen der Strafbarkeit ist folglich schwierig und umstritten. Die Abzugshypothese – so sympathisch sie ist – kann jedenfalls zur Überzeugung aller und ohne Systembrüche nur in wenigen Tatbeständen verifiziert werden.⁶⁴

III. Abschaffung der objektiven Bedingung der Strafbarkeit?

Ergibt sich damit, dass das Regelungsinstrument der objektiven Bedingung der Strafbarkeit vollständig abzulehnen ist? Eine grundsätzliche Diskussion über die objektive Bedingung der Strafbarkeit fand in der Großen Strafrechtskommission⁶⁵ und auf der Strafrechtslehrertagung 1959⁶⁶ in Erlangen statt. Beide Diskussionen zeichnen sich dadurch aus, dieses Rechtsinstitut grundsätzlich in Frage gestellt zu haben.

Wenn man den Meinungsstand clustern möchte – und im Zuge dieses Beitrags mag dies der Verständlichkeit dienen –, so zeigen sich in den genannten Diskussionen und der Aufbereitung in der Literatur drei Grundströmungen: Auf der einen Seite die völlige Ablehnung der objektiven Bedingung der Strafbarkeit, auf der anderen Seite seine Akzeptanz und ein wenig vermittelnd, diejenigen, die wie oben bereits angedeutet, sich auf die Analyse einzelner Tatbestände beschränken und das Rechtsinstitut einzelfallgerecht gutheißen wollen.

Schwere Bedenken gegen die Rechtsfigur sind z.B. erhoben worden von *Bockelmann*. Er weist in der großen Strafrechtskommission darauf hin, es sei der Sinn der Tatbestandsmerkmale, dass in ihnen alle Voraussetzungen zusammengefasst sind, die gegeben sein müssen, damit ein staatlicher Strafanspruch entsteht.⁶⁷ Wörtlich betont er: „Nach meiner Meinung gibt es keine objektiven Bedingungen der Strafbarkeit. Dass es sie nicht gegen kann, folgt aus dem Grundsatz: Keine Strafe ohne Schuld.“⁶⁸ Auch *Armin Kaufmann*, *Bemmann* und *Hass* wenden sich gegen das Regelungsinstitut. Im Detail unterscheiden sich die Ansichten

⁵⁸ Siehe aber auch *Tiedemann*, NJW 1977, 777 (781), nach dem die Delikte durch die Einführung des Merkmals der Krise zu konkret-abstrakten Gefährungsdelikten werden.

⁵⁹ *Wilhelm*, NSZ 2003, 511 (513).

⁶⁰ Folgerichtig verneint *Geisler* (Rn. 2), S. 492, das Erfordernis des Zusammenhangs, weil dies dem Sinn und Zweck einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit entgegensteht.

⁶¹ *Engelhart*, in: *Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2017, § 130 OWiG Rn. 6.

⁶² Siehe dazu *Will*, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Verletzung von Aufsichtspflichten*, 1998, S. 89.

⁶³ *Beck*, in: *Graf* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Stand 15.6.2018, § 130 Rn. 79.

⁶⁴ Schon *Armin Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S. 215.

⁶⁵ Siehe dazu die Diskussionen in *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bd. 5, 1958, 53.–58. Sitzung, *Allgemeine Fragen zum Besonderen Teil* und *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bd. 8, 1959, 76.–90. Sitzung, *Besonderer Teil*.

⁶⁶ Siehe dazu *Schmidhäuser*, ZStW 71 (1959), 545; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 565.

⁶⁷ *Bockelmann*, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bd. 5, 1958, 55. Sitzung, S. 84 (85).

⁶⁸ *Bockelmann* (Fn. 67), S. 84 (85).

zwar, aber im Ergebnis wurde eine Gesetzgebungstechnik mit der objektiven Bedingung der Strafbarkeit abgelehnt. Während *Bemmann* das begründet mit einem geschlossenen System aus Tatbestand/Rechtswidrigkeit und Schuld,⁶⁹ stützt sich *Hass* auf die historische Auslegung und wehrt sich dagegen, Richterrecht in kodifiziertes Recht zu übertragen,⁷⁰ wenn es an einer dogmatischen Linie fehle.⁷¹ Und *Armin Kaufmann* äußert offen seine Verwunderung darüber, aus welchem Grunde ausgerechnet die objektive Bedingung der Strafbarkeit aus *Belings* Normentheorie sich allgemeiner Anerkennung erfreue.⁷²

Grundsätzlich anerkannt wird die Regelungsart dagegen von *Jakobs*⁷³ und *Baumann*. Für *Jakobs* ist die objektive Bedingung eine Erfolgsmaterialisierung, welche die Notwendigkeit des Verbots der abstrakten Gefährdung demonstriert. Seiner Ansicht nach hat die objektive Bedingung der Strafbarkeit eine rückwirkende und aufschiebende Funktion, ohne die das Unrecht gar nicht materialisiert worden wäre. Eine neue Kategorie führt *Baumann* ein, nach der es sich bei den Bedingungen der objektiven Bedingung der Strafbarkeit um „Risikomerkmale“ handelt.⁷⁴ Mit der tatbestandlichen Handlung schaffe der Täter ein Risiko, für das er bestraft werden könne, wenn sich der Erfolg realisiert. Er gesteht aber auch offen ein, dass objektive Bedingungen der Strafbarkeit Merkmale sind, die eigentlich der Umschreibung der strafbaren Handlung dienen, aber aus kriminalpolitischen Erwägungen nicht der günstigen Irrtumsregel unterliegen dürfen.

IV. Objektive Bedingung der Strafbarkeit als Beschreibung eines konkreten Gefährdungsdelikts?

Eine Abschaffung der objektiven Bedingung der Strafbarkeit oder das Verdikt der Verfassungswidrigkeit zumindest einzelner Tatbestände ist aber gar nicht nötig, wenn der Vorwurf, die Bedingung enthalte Unrechtsmerkmale, durch Auslegung entkräftet werden könnte.

Das Grundproblem bei den Tatbeständen, in denen ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz entweder allgemein oder zumindest an dieser Stelle beklagt wird, ist ihre Interpretation als abstraktes Gefährdungsdelikat, welches das Unrecht eines typischerweise gefährlichen Verhaltens umschreibt – gerade diese in allen Fällen aber bei den genannten Vorschriften mehr oder weniger deutlich nicht vorliegt.

Es gibt aber durchaus Bemühungen, aus den einzelnen Tatbeständen (zumindest beinahe) konkrete Gefährdungsdelikte zu machen.

⁶⁹ *Bemmann* (Fn. 8), S. 14.

⁷⁰ Zur Entwicklung des Richterrechts zur objektiven Strafbarkeitsbedingung, *Krause*, Jura 1980, 449 (450 f.); *Niu* (Fn. 28), S. 63 ff.

⁷¹ *Hass*, ZRP 1970, 196 (197).

⁷² *A. Kaufmann* (Fn. 64), S. 214.

⁷³ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 10/1 ff.

⁷⁴ *Baumann/Weber*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1985, § 31 S. 464.

1. Vorschläge zur verfassungskonformen Auslegung der §§ 231/323a StGB

Im Tatbestand der Schlägerei sieht z.B. *Bemmann* ein konkretes Gefährdungsdelikat mit der Konsequenz, dass die schwere Folge in den Tatbestand hineingelesen werden, der Täter mithin Vorsatz bezüglich dieser Folge gehabt haben muss.⁷⁵ Eine Einschränkung nimmt er aber insofern vor, als er kein voluntatives Element fordert, sondern nur Wissen.⁷⁶

Dem nicht unähnlich ist der Ansatz von *Hirsch*, nach dem die schwere Folge zwar zum Unrechtsgehalt gehört, aber kein Vorsatz erforderlich sei, sondern nur Fahrlässigkeit.⁷⁷ Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit sollen ausgeräumt werden, indem nur der Täter wegen der schweren Folge bestraft wird, für den diese zumindest vorhersehbar war.⁷⁸ Danach handelt es sich bei der Schlägerei nicht um ein abstraktes, sondern um ein „verobjektiviertes, konkretes Gefährdungsdelikat“. Die Strafandrohung des § 231 StGB könne aus den oben genannten Gründen – dass eine harmlose Rauferei keine Freiheitsstrafe über drei Jahre nach sich ziehen könne⁷⁹ – nur dahingehend eingeschränkt werden, dass der Normbefehl des § 231 StGB lautet: „Beteilige dich nicht an einer konkret gefährlichen Rauferei“. Damit wird zwar noch nicht der Weg gegangen, die Schlägerei allgemein zu einem konkreten Gefährdungsdelikat zu machen, weil vom Täter kein Vorsatz bezüglich der schweren Folge verlangt wird, sondern ein Sorgfaltpflichtverstoß ausreichen soll.

Durchsetzen konnte sich diese Lesart bei § 231 StGB nicht – in § 323a StGB sieht aber eine „starke Mindermeinung“⁸⁰, die „vermehrt Zuspruch gewinnt“⁸¹ ein konkretes Gefährdungsdelikat.⁸² Danach wird das Unrecht in § 323a beschrieben als Sich-Versetzen in den Rausch bei objektiver Gemeingefährlichkeit dieses Zustandes bzw. einer konkreten Gefährlichkeit des Rausches.⁸³ Auf diese Gefährlichkeit muss sich der Vorsatz des Täters bezogen haben – nicht dagegen auf die konkrete Rauschatat.

2. § 283 StGB als konkretes Gefährdungsdelikat

Während eine Interpretation als konkretes Gefährdungsdelikat bei § 323a StGB immerhin beachtlich viele Fürsprecher hat, wird dieser Lösungsweg beim Bankrottatbestand nur vereinzelt besprochen, insbesondere bei *Trüg/Habetha*⁸⁴.

⁷⁵ *Bemmann* (Fn. 8), S. 42 ff.

⁷⁶ *Bemmann* (Fn. 8), S. 42 ff.

⁷⁷ *Hirsch*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 11. Aufl. 2003, § 227 Rn. 1; zustimmend *Roxin* (Fn. 18), § 28 Rn. 12; *Rönnau*, JuS 2011, 698 (698); ablehnend *Niu* (Fn. 26), S. 98.

⁷⁸ So schon BGH JR 1958, 28.

⁷⁹ *Roxin* (Fn. 18), § 28 Rn. 12.

⁸⁰ *Paeffgen* (Fn. 8), § 323a Rn. 10 m.w.N.

⁸¹ *Geisler*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 323a Rn. 9.

⁸² *Geisler* (Fn. 81), § 323a Rn. 9 m.w.N.

⁸³ *Otto*, Jura 1986, 478.

⁸⁴ *Trüg/Habetha*, wistra 2007, 365.

Die Autoren nähern sich einer Einschränkung des Tatbestandes aber nicht, indem sie die objektive Bedingung der Strafbarkeit hinterfragen oder gar ihre Legitimität bezweifeln.⁸⁵ Diese lassen sie ausdrücklich offen. Es geht ihnen auch nicht darum, eine allgemeine Lösung für das umstrittene Konstrukt zu finden, sondern sie thematisieren in ihrer Untersuchung den Zusammenhang zwischen Tathandlung und § 283 Abs. 6 StGB.⁸⁶ Diesen wollen sie eingrenzen, indem sie aus § 283 StGB ein konkretes Gefährdungsdelikt machen. Ausgangspunkt ist die Feststellung, der Gesetzgeber habe die Strafbarkeit der Bankrothandlungen nicht jenseits des Erfolges normieren wollen, sondern nur beim Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit. Daraus müsse aber gefolgert werden, dass eine konkrete Gefahr vorgelegen haben muss, auch wenn diese nicht *expressis verbis* im Tatbestand genannt sei. Die abstrakte Gefahr könne nicht ausreichen und Abs. 6 käme die Bedeutung zu, die abstrakte Gefahr zu konkretisieren. Zum Beweis ziehen sie Literaturstimmen heran, die unausgesprochen auf die Natur als konkretes Gefährdungsdelikt hindeuten.⁸⁷

Leider bleiben auch sie hier auf halber Strecke stehen, weil sie 1. nicht genau darlegen, welche Konsequenzen es hat, wenn der Bankrott ein konkretes Gefährdungsdelikt ist und sie 2. sich nicht zum erforderlichen Vorsatz verhalten, bzw. ausdrücklich betonen, es bedürfe nicht des Vorsatzes bezüglich der Einleitung bzw. der Ablehnung des Insolvenzverfahrens bzw. der Zahlungseinstellung.

3. Die Zuwiderhandlungsgefahr im Tatbestand des § 130 OWiG

Die Bestimmung der Rechtsnatur des § 130 OWiG als konkretes oder abstraktes Gefährdungsdelikt ist seit jeher umstritten und dieser Streit soll hier als Anhaltspunkt für eine Lösung erhalten. Für die Ordnungswidrigkeit der Aufsichtspflichtverletzung vertritt sogar ein nicht unbeachtlicher Teil der Literatur, sie sei ein konkretes Gefährdungsdelikt,⁸⁸ was er aus der Existenz der objektiven Strafbarkeitsbedingung folgert.

§ 130 OWiG erfordert wie oben kurz dargestellt das Unterlassen der Aufsichtsmaßnahmen im Unternehmen, die erforderlich sind, eine Zuwiderhandlung eines Mitarbeiters zu erschweren oder zu verhindern. Für den Tatbestand ist es nicht erforderlich, dass es tatsächlich zu einer Zuwiderhandlung gekommen ist; diese ist als objektive Bedingung der

Ahndbarkeit ausgestaltet. Aus dieser Einordnung folgert ein Teil der Literatur, es handle sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.⁸⁹ Der Tatbestand erschöpfe sich in der Nichtvornahme der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen, ohne dass es auf einen konkreten Gefährdungserfolg ankomme. Der Eintritt einer Gefahr sei nur gesetzgeberischer Grund für die Bußgeldandrohung, der Unwert äußere sich aber schon in der Tathandlung.

Richtigerweise ist § 130 OWiG aber ein konkretes Gefährdungsdelikt, mit der Folge, dass die abzuwendende Zuwiderhandlungsgefahr in den Tatbestand hinein zu lesen ist. Das kann bei § 130 OWiG schon daraus gefolgert werden, dass sich der Sanktionsrahmen nach der Anknüpfungst richtet.⁹⁰ Die Zuwiderhandlung muss damit einen Anknüpfungspunkt im Unrecht haben, weil es schwerlich zu erklären ist, dass nicht nur die Frage der Ahndbarkeit, sondern auch ihre Höhe völlig vom Verhalten des Täters entkoppelt sein sollte.⁹¹

Nun ist dieses Argument nicht unmittelbar auf andere Tatbestände zu übertragen. Die Natur des § 130 OWiG als konkretes Gefährdungsdelikt folgt darüber hinaus aber auch aus der Erfolgsbezogenheit der Zuwiderhandlung. Ohne den Erfolg der objektiven Bedingung der Ahndbarkeit zu kennen, lässt sich nicht bestimmen, welche Aufsichtsmaßnahmen erforderlich sind und wie diese konkret vorzunehmen sind. Die Verhaltensbeschreibung hängt damit vom konkreten Erfolg, der konkreten Zuwiderhandlung, ab.

Das kann aber nicht dazu führen, dass die Zuwiderhandlung in den objektiven Tatbestand einzubeziehen ist. Das wäre gar nicht möglich, weil sich in diesem Fall der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit des Normadressaten auf die Zuwiderhandlung beziehen müsste. Das würde § 130 OWiG aber überflüssig machen, weil der Inhaber des Betriebs dann selbst Täter der Zuwiderhandlung (durch Unterlassen) wäre.⁹²

Deshalb muss man auf das Vorstadium, d.h. auf die *Gefahr* der Zuwiderhandlung abstellen. Diese kann im Wege einer teleologischen Reduktion des Tatbestandes in den objektiven Tatbestand hineingelesen werden. Damit ist die Tathandlung umschrieben als das Unterlassen der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen, die der Abwendung und Beseitigung von konkreten Zuwiderhandlungsgefahren dienen. Von dem Inhaber des Unternehmens wird also nicht erwartet, durch seine Aufsicht jegliche Zuwiderhandlungen zu erschweren oder zu verhindern, sondern nur solche bezüglich derer eine Gefahr besteht.⁹³ Das kann sich aus der Konkretisierung nach Gefahrenkreisen, wie z.B. bei Verstößen gegen Umweltvorschriften, Absprachen, Bestechungen oder ähnliches ergeben. Liegt eine solche Gefahr vor, ist sie Tatbestandsmerkmal und die gehörige Aufsicht verpflichtend.

Lediglich die Einordnung des § 130 OWiG als konkretes Gefährdungsdelikt kann der engen tatbestandlichen Verknüpfung

⁸⁵ *Trüg/Habetha*, wistra 2007, 365.

⁸⁶ Dazu schon *Tiedemann*, NJW 1977, 777 (782).

⁸⁷ *Trüg/Habetha*, wistra 2007, 365 (370), mit besonderer Betonung auf *Otto*, in: Baltzer (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns*, 1973, S. 282, der ausführt, dass sich im Eintritt der Strafbarkeitsbedingung jene Gefahr realisiert hat, die in der Krisensituation ihren Ausdruck fand bzw. Anfang nahm.

⁸⁸ *Rogall*, in: Mitsch (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5. Aufl. 2018, § 130 Rn. 1; *Wilhelm*, *Das Ausmaß der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen iSd. § 130 OWiG*, 2013, S. 48; *Bock*, ZIS 2009, 68 (72); *Theile/Petermann*, JuS 2011, 496 (497).

⁸⁹ *Beck* (Fn. 63), § 130 Rn. 17.

⁹⁰ *Rogall* (Fn. 88), § 130 Rn. 19.

⁹¹ *Rogall* (Fn. 88), § 130 Rn. 19.

⁹² *Wilhelm* (Fn. 88), S. 49.

⁹³ *Wilhelm* (Fn. 88), S. 49.

fung in Form eines Zurechnungszusammenhangs zwischen der erforderlichen Aufsichtsmaßnahme und der Zuwiderhandlung gerecht werden. In der Konsequenz bedeutet dies aber auch, dass sich Vorsatz und Fahrlässigkeit auf die betriebstypischen Gefahren beziehen müssen.⁹⁴

Diese Lösung ist nicht entwickelt worden ist, um einen Verstoß gegen das Schuldprinzip durch eine objektive Bedingung der Ahndbarkeit zu verhindern, sondern um die tatbestandliche Handlung des § 130 OWiG überhaupt beschreiben zu können. Sie ist aber auch geeignet, die Bedenken, die gegen objektive Bedingungen der Ahndbarkeit bzw. Strafbarkeit erhoben werden, zu beseitigen.

4. Herbeiführung einer konkreten Gefahr als Folge einer unrechtsbezogenen objektiven Bedingung der Strafbarkeit

Damit gibt es also unterschiedliche Vorschläge – jeweils deliktsbezogen – aus den angeblich abstrakten Gefährdungsdelikten konkrete zu machen. Es kann ihnen ein allgemeiner Grundsatz entnommen werden, nach dem abstrakte Gefährdungsdelikte, bei denen die Strafbarkeit von dem in einer objektiven Bedingung beschriebenen Erfolg abhängt, in konkrete Gefährdungsdelikte umzudeuten sind. Das hat dann aber mit aller Konsequenz zu erfolgen und das bedeutet vor allen Dingen, dass sich auch der Vorsatz – oder gegebenenfalls die Fahrlässigkeit – des Täters auf die konkrete Gefahr beziehen muss.

Diese Ansätze beruhen auf abweichenden Motivationen, insbesondere um bei den Bankrotthandlungen die Insolvenz und die Zahlungseinstellung nicht vollkommen ohne Zusammenhang stehen zu lassen oder bei der Aufsichtspflichtverletzung eine Beschreibung der geforderten Handlung überhaupt zu ermöglichen.

Der dabei gefundene Ansatz, die Gefahr des beschriebenen Erfolges in den Tatbestand hineinzulesen, lässt sich aber als ein genereller Lösungsweg auch beschreiten, um den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 323a StGB und § 231 StGB zu begegnen. Zum Teil ist die Literatur diesen Weg schon gegangen, indem auch diese Tatbestände als abstrakt-konkrete oder sogar konkrete Gefährdungsdelikte interpretiert werden.

Diese vereinzelt Ansätze lassen sich zu einer generellen Interpretationsmöglichkeit zusammenfassen. Damit lassen sich nicht nur die sich in den einzelnen Tatbeständen stellenden Probleme – insbesondere beim Zusammenhang zwischen der Tathandlung und dem in der objektiven Bedingung der Strafbarkeit niedergelegten Erfolg – lösen, sondern auch der Vorwurf, die Strafbarkeitsbedingung sei schuldbe gründend, entkräften.

Unrechtsbezogene objektive Bedingungen der Strafbarkeit – also solche, die zur Beschreibung des Unrechts notwendig sind, weil die Handlungsbeschreibung das Unrecht nicht vollständig abdeckt – sind nicht vollständig in den Tatbestand hineinzulesen, wohl aber die konkrete Gefahr des Erfolges.

Danach macht sich wegen Beteiligung an einer Schlägerei strafbar, wer sich an einer konkret gefährlichen Schlägerei oder an einem von mehreren verübten Angriff beteiligt. Der objektive Tatbestand des § 323a StGB ist nach hier vertretener Lesart folglich „das Sich-Versetzen in einen Rausch bei konkreter Rauschtatgefahr“, § 283 StGB verbietet „die Vornahme einer konkret gefährlichen Bankrotthandlung“ und § 130 OWiG ahndet das „Unterlassen der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen bei konkreter Zuwiderhandlungsgefahr“.

Das ruft Widerspruch hervor; wird das Verdienst einiger Tatbestände doch gerade darin gesehen, Beweisschwierigkeiten zu verhindern. Die Hochstufung zu einem konkreten Gefährdungsdelikte bringt es aber mit sich, nicht nur das Vorliegen einer konkreten Gefahr zu beweisen, sondern darüber hinaus auch den Vorsatz (bzw. gegebenenfalls die Fahrlässigkeit) bezüglich dieser Gefahr.

Die Auswirkungen dieser Lösung dürften aber im Einzelfall weniger drastisch sein als auf den ersten Blick zu vermuten steht. Ist der in der Strafbarkeitsbedingung beschriebene Erfolg eingetreten, wird die Annahme einer durch die tatbestandliche Handlung hervorgerufenen konkreten Gefahr nahe liegen. Ausgeschlossen wäre sie, wenn die Handlung mit dem Erfolg in keinem Zusammenhang steht, weil es keine konkrete Erfolgsgefahr gab. Die Diskussion, die dogmatisch wenig überzeugend verankert in unterschiedlichen Einzelaspekten geführt wird, verlagert sich mithin in den objektiven Tatbestand.

Wenn aber die konkrete Gefahr und der Zusammenhang zwischen Tathandlung und der konkreten Gefahr vorliegt, dürfte im Regelfall auch der Vorsatz (zumindest in der Form des *dolus eventualis*) vorliegen⁹⁵ und – mit den ganz normalen Schwierigkeiten des Nachweises des *dolus eventualis* – beweisbar sein.⁹⁶

IV. Fazit

Bisweilen verwendet der Gesetzgeber unrechtsrelevante objektive Bedingungen der Strafbarkeit, mithin solche, die nicht unrechtsneutral sind, sondern zur Beschreibung des Unrechts herangezogen werden müssen. Tatbestände mit einer solchen Strafbarkeitsbedingung haben zur Folge, dass die konkrete Gefahr des in der Bedingung beschriebenen Erfolges Teil des Tatbestands ist, dieser also ein konkretes Gefährdungsdelikte ist. Diese Lösung führt gleichzeitig zu der Verfassungskonformität der objektiven Bedingung der Strafbarkeit und den genannten Tatbeständen, verlagert aber auch

⁹⁴ Wilhelm (Fn.88), S. 50.

⁹⁵ Siehe aber auch Paeffgen (Fn. 9), § 323a Rn. 9, der darauf hinweist, dass die jeweils erste Rauschtat nach strenger Lesart straffrei bleiben müsste.

⁹⁶ Rönnau, JuS 2011, 697 (698), zu den Tatbeständen Schlägerei und Vollrausch: „Die wirklich gefährlichen Täter handeln regelmäßig fahrlässig bezüglich der konkreten Folge.“ Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen und lässt sich sogar erweitern, dass der Täter sogar bedingten Vorsatz haben wird.

dogmatisch stringent Diskussionen zur Einschränkung der Tatbestände in den objektiven Tatbestand.

Führt diese Interpretation zu Strafbarkeitslücken? Nein. Diese Lesart führt zu einer Bestrafung von Unrecht. Eine fehlende Bestrafungsmöglichkeit, der kein Unrecht zugrunde liegt, ist keine Strafbarkeitslücke.

Funktionen des obiter dictum

Von Prof. Dr. Lorenz Schulz, München

I. Gelegentlich der „Zeit“-Kolumne „Fischer im Recht“ erläutert der Jubilar am 12.4.2016, was ein obiter dictum ist.¹ Er illustriert es mit dem Beschluss des 1. Strafsenats vom 19.5.2015.² Ohne Not hätte der Senat den Beschluss zum Anlass genommen, sich zu Begriff und Rechtsfolgen der rechtswidrigen polizeilichen Tatprovokation zu äußern und sich dabei gegen den 2. Strafsenat gewendet. Dieser hatte unter dem Vorsitz des Jubilars, der zugleich Berichterstatter war, am 6. Mai in einer Hauptverhandlung bei Anwesenheit zahlreicher Journalisten unter Hinweis auf den EGMR in der Entscheidung *Furcht v. Germany*³ die Abkehr von der Strafzumessungslösung von BGH und BVerfG angekündigt. Da der Beschluss des 1. Senats wohlweislich kurz vor dem Ergehen der Entscheidung des 2. Senats am 10.6.2015 erging, konnte der 1. Senat diese Entscheidung formal ignorieren. Weil der Beschluss zusätzlich für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen wurde,⁴ hat ihn *Burhoff* als „Auffrüstung“ bezeichnet.⁵ Bei „Fischer im Recht“ werden die Details des damals offenen Streits zwischen beiden Senaten ausgebreitet. Dass es dabei wahrhaft menschelte, ist ohne Weiteres ersichtlich.

II. Der 1. Senat war im zu entscheidenden Fall der Ansicht, dass keine Tatprovokation gegeben war. Er benutzte den Beschluss mithin nur als Vehikel, um Grundsätzliches zur Tatprovokation zu verkünden. Um diese obiter dictum genannte Technik geht es im Folgenden. Während der Tenor des Beschlusses in der amtlichen Sammlung karg ist und die Wucht des obiter dictum nicht erkennen lässt,⁶ ist sie in den redaktionellen Leitsätzen der Zeitschriften unter dem Stichwort „Rechtliche Folgen einer Tatprovokation“ direkt ersichtlich.⁷

III. Dem Beispiel nachfolgend wird das obiter dictum wie folgt erläutert:

„Sein Rechtssatz, eine rechtsstaatswidrige Provokation führe trotz der Entscheidung des EGMR nicht zur Verfahrenseinstellung, war somit ein klassisches ‚obiter dictum‘ (ein bloßes ‚nebenbei gesagt‘). Solche Obiter dicta haben keine Bedeutung für die Entscheidung des konkreten Falles und

keine Bindungskraft für andere Senate oder Gerichte. Sie sagen, was sein soll, wenn es so wäre, wie es nicht ist. Das ist in der Regel überflüssig und manchmal gefährlich: Beim nächsten Mal, wenn es in einem Fall wirklich darauf ankommt, können ganz andere Richter beteiligt sein oder andere Meinungen vertreten werden. Obiter dicta haben daher keinen guten Ruf: Sie blasen die Backen auf, wo es nichts zu pfeifen gibt.

Obiter dicta sind übrigens die Kernkompetenz des sogenannten Stammtischs und auch sonst in den Lebenswelten unseres Alltagslebens tief verankert: ‚Wenn ich (X) wäre, würde ich (Y)!‘ ‚Wenn's nach mir ginge, [...]!‘ ‚Wenn zu mir einer käme und würde sagen [...]‘.

Trotzdem sind sie natürlich nicht verboten und können gelegentlich auch gewisse Hinweise auf Tendenzen geben. Ungewöhnlich aber ist es, obiter dicta in den Rang von ‚Grundsatzentscheidungen‘ zu heben, die in der sogenannten ‚amtlichen Sammlung‘ veröffentlicht werden. Dieses aber geschah hier.“

Es gibt nur wenige Juristen, die das obiter dictum schätzen. Schon aus stilistischen Gründen nicht, weil der juristische Stil dem Rasiermesser *Ockhams* genügen soll. Die Ablehnung ist zudem aus strategisch-funktionalen Gründen besonders verbreitet auf Seiten der Strafverteidigung und weniger verbreitet bei Gericht. Obiter dicta haben verfassungsrechtlich einen bitteren Beigeschmack. Gerichte hätten ausschließlich einen ihnen vorgelegten Fall zu entscheiden, wendet man mit Blick auf die Teilung der Gewalten ein.⁸ Man denke an *Montesquieu*s „bouche de la loi“ oder auch an Friedrich II., der seinen preußischen Richtern sogar das Interpretieren verboten hat. Dass dem manches zu entgegen ist, wird im Folgenden ausgeführt. Es ist hier nicht der Ort, in die monographische, sei es dogmatische oder rechtstheoretische, Tiefe des obiter dictum zu gehen.⁹ Die genannte Abneigung ist jedenfalls in den meisten Fällen berechtigt. Aber nicht in allen.

IV. Da ist der Fall des obiter dictum zur Beantwortung einer ungeklärten, regelmäßig neuen Rechtsfrage, die Ermittlung von „Tendenzen“, ohne deren Kenntnis der Rechtsanwalt Haftungsrisiken eingeht.¹⁰ Ein Beispiel: Selten hat eine Entscheidung des BGH in Praxis und Wissenschaft so viel Resonanz gefunden wie die Entscheidung des 5. Strafsenats vom 17.7.2009. Statt schier unendlich vieler sei hier nur einer der Herausgeber dieser Festgabe zitiert.¹¹ Anlässlich der behandelnden Entscheidung zu der Frage, ob den Leiter der

¹ Siehe

www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-04/buerokratie-bundesgerichtshof-strafrech-justiz-fischer-im-recht (25.9.2018).

² BGH, Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15 = NStZ 2015, 541. Zum Überblick über die Rechtsprechung des BGH siehe *Beukelmann*, NJW Spezial 2018, Heft 18, 568.

³ EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 (*Furcht v. Deutschland*) = NStZ 2015, 412.

⁴ BGHSt 60, 238.

⁵ <https://blog.burhoff.de/2015/08/aufreueung-beim-bgh-auf-einmal-bghst-oder-tatprovokation-beim-bgh/> (25.9.2018).

⁶ 1. Zu den Voraussetzungen einer konventionswidrigen polizeilichen Tatprovokation (Anschluss an BGHSt 47, 44 ff.); 2. Zu den Anforderungen an eine Verfahrensrüge, mit der eine (rechtsstaatswidrige) polizeiliche Tatprovokation gerügt werden soll.

⁷ Siehe nur BGH NStZ 2015, 541.

⁸ Zur Gewaltenteilung vgl. *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 205 ff.; zur Genese auch *Schulz*, in: Kühn/Gruber (Hrsg.), Dreiecksverhältnisse, 2016, S. 73; zum arbeitsteiligen Modell des BVerfG siehe sub V.

⁹ Siehe hierzu *Lilie*, Obiter dictum und Divergenzausgleich im Strafrecht, 1993.

¹⁰ Vgl. BGH NJW-RR 1993, 243 (245).

¹¹ *Rotsch*, in: Schulz/Reinhart/Sahan/Knauer (Hrsg.), Festschrift für Imme Roxin, 2012, S. 485.

Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts eine Garantenpflicht treffe, betrügerische Abrechnungen zu unterbinden, hat der *Senat* die vom zu entscheidenden Fall losgelöste Feststellung getroffen, auch den Compliance Officer habe „regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 StGB [...], im Zusammenhang mit der Tätigkeit [eines] Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern.“ Dem obiter dictum in BGHSt 54, 44 verdankt sich eine praktische und wissenschaftliche Diskussion von ungewöhnlichem Ausmaß, möglicherweise weil die Compliance als selbstreflexive Form der Normtreue bei institutioneller Gewährleistung von Selbstkontrolle wie kaum ein anderes Beispiel für die wachsende Bedeutung von Sekundärnormen steht. Das obiter dictum war jedenfalls eine Art wissenschaftliches Konjunkturprogramm, das zu einer weitgehenden Klärung der Frage geführt hat.

V. Die Entscheidung steht für eine weitere Funktion des obiter dictum, die aus der Leitentscheidung des 2. *Senats* des BVerfG zur Untreue vom 23.6.2010 hervorgeht. Hier nahm der *Senat* unter dem Berichterstatter *Landau* am Beispiel der Untreue Stellung zur wachsenden Unbestimmtheit der Tatbestandstechnik, die in der Rechtssoziologie früh als Abkehr von strengen Konditionalprogrammen wahrgenommen wurde. Die Primärnormen der Gesetzlichkeit träten zurück zugunsten von Sekundärnormen insbesondere verwaltungsrechtlicher Natur, flankiert von einer zunehmenden „kooperativen“ und „konsensualen“ Normsetzung, die der Jubilar anlässlich der Gesetzgebung zur „Verständigung“ angegriffen hat. Bei Strafrechtsnormen findet die Abkehr Ausdruck in nur noch schwer nachvollziehbaren Verweisungsketten, was bei offen akzessorischen Strafrechtsnormen leichter ersichtlich ist als bei verdeckt akzessorischen. Dem entsprechen auch latente oder offene Wertungskonflikte der Rechtsmaterien, auf die in einem strafrechtlichen Tatbestand verwiesen wird. Davon zeugt nicht nur der Tatbestand der Untreue, dessen Offenheit das BVerfG in der genannten Entscheidung mit einigem Erfolg einzuhegen versucht hat. Nicht weniger schwierig sind Tatbestände wie der § 266a StGB, der durch den Verweis auf arbeits-, sozial- und steuerrechtliche Vorschriften die Akzessorietät des Strafrechts besonders strapaziert und zu einem „Kreisverkehr im Recht“ führt, bei dem die klassische, hierarchische Auffassung der Rechtsquellen versagt und am Ende die Anstrengung der Normenkonsistenz und -kohärenz verbleibt.¹² Wo an der klassischen Konditionalgesetzgebung festgehalten wird, wird diese verfahrensrechtlich flexibilisiert. Dabei wird die Reichweite des Bestimmtheitsgrundsatzes im Verfahren im Zeichen der Opportunität ausgehandelt. Dem hat der Gesetzgeber mit der Normierung der „Verständigung“ (§ 257c StPO) Vorschub geleistet, was wiederum der 2. *Senat* des BVerfG neuerlich unter dem Berichterstatter *Landau* am 19.3.2013 im Ergebnis

hingenommen, in der Sache jedoch weitgehend abgelehnt und mit strengen Kautelen versehen hat.¹³

In der Untreue-Entscheidung geht es beim Bestimmtheitsgebot in ständiger Rechtsprechung des BVerfG um die Sicherstellung der grundgesetzlichen Gewaltenteilung und des Individualschutzes. Demzufolge hat der Gesetzgeber selbst die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen. Nach der freiheitsgewährleistenden Funktion des Gebots muss jedermann vorhersehen können, welches Verhalten mit Strafe bedroht ist. Unter dem Blickwinkel der Voraussehbarkeit war bereits in einem Sondervotum der Sitzblockaden-Entscheidung darauf hingewiesen worden, dass sie auch durch eine ständige Rechtsprechung gewahrt werden kann, woran die Begründung in der Untreue-Entscheidung anschließt:

„Verfassungsrechtliche Bedenken, die die Weite eines Tatbestands(-merkmals) bei isolierter Betrachtung auslösen müsste, können zudem durch weitgehende Einigkeit über einen engeren Bedeutungsinhalt, insbesondere durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, entkräftet werden (vgl. BVerfGE 26, 41 [43]; 87, 209 [226 f.]; 92, 1 [18]). Allein die Tatsache, dass ein Gesetz bei extensiver, den möglichen Wortlaut ausschöpfender Auslegung auch Fälle erfassen würde, die der parlamentarische Gesetzgeber nicht bestraft wissen wollte, macht das Gesetz nicht verfassungswidrig, wenn und soweit eine restriktive, präzisierende Auslegung möglich ist (vgl. BVerfGE 87, 399 [411]).“

Das Analogieverbot wird mit dem Präzisionsgebot gleichgesetzt, das auf die Vermeidung einer gesetzwidrigen Auslegung zielt. Aus dem Präzisionsgebot folgert der *Senat* das „Verschleifungsverbot“,¹⁴ das inzwischen zur gerade in der Strafverteidigung wertvollen praktischen Münze nicht nur bei der Untreue geworden ist:

„Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen also auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen; vgl. BVerfGE 87, 209 [229]; 92, 1 [16 f.]).“

Eine Auslegung habe „methodengerecht“ zu erfolgen. Auch wenn dies nicht erläutert wird, gilt das Gebot der Präzision. Danach haben Gerichte, um den gesetzgeberischen Willen sicherzustellen, zu vermeiden, „eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt“ zu verfolgen. Sie seien gehalten, „verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisionsgebot).“ In anderen Worten: Für den Gesetzgeber genügt es, einen Tatbestand bestimmbar zu formulieren, wenn die Bestimmtheit durch („restriktive“) Auslegung seitens der Gerichte soweit möglich sichergestellt werden kann. Die bestimmbare Norm soll so weit als möglich („nach Möglichkeit“) bestimmt („präzisiert“) werden. Damit wird das

¹² Schulz, in: Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 1215.

¹³ BVerfGE 133, 168.

¹⁴ Siehe *Kuhlen*, in: Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Fn. 12), S. 943.

Bestimmtheitsgebot mit einem Optimierungsgebot auf Seiten der Rechtsprechung verknüpft, wobei die Pflicht zur optimalen Präzisierung mit der Unbestimmtheit der Tatbestandsmerkmale korreliert.¹⁵

Das damit einhergehende Modell von Arbeitsteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung ist nur legitim, weil die Kontrolldichte erhöht wird und das Verfassungsgericht es sich vorbehält, Judikate der ordentlichen Gerichtsbarkeit – wie ein Revisionsgericht – auch in Hinblick auf die Obersätze zu überprüfen. Das Modell lautet wie folgt:

„Gerade in Fallkonstellationen, in denen der Normadressat nach dem gesetzlichen Tatbestand nur noch die Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und in denen sich erst aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt (vgl. BVerfGE 26, 41 [43]; 45, 363 [371 f.]), trifft die Rechtsprechung eine besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken. Sie kann sich auch in über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes (vgl. dazu BVerfGE 74, 129 [155 f.]; 122, 248 [277 f.]) hinausgehenden Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen niederschlagen.“

Dieses Verbot einer rückwirkenden (belastenden) Rechtsprechungsänderung¹⁶ ist in dieser Klarheit neu: Die Änderungen der präzisierenden Rechtsprechung haben voraussehbar zu sein, nicht nur wegen des Vertrauensschutzes, sondern auch objektiv wegen jener „hinausgehenden Anforderungen“.¹⁷ Diese sind ominös, sofern keine Maßgaben für die Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung entwickelt werden.

Für die möglichen Strategien gibt es Erfahrungswerte. So hat der Bundesgerichtshof für § 316 StGB bei der mit Entscheidung vom Juni 1990¹⁸ vorgenommenen Herabsetzung der Promillegrenze von 1,3 auf 1,1 Promille den Vertrauens-

schutz dadurch gewährleistet, dass der Vorsitzende des befassten *Senats* in angemessener Frist im Weg von Äußerungen in Fachzeitschriften die Rechtsprechungsänderung angekündigt hatte.¹⁹ Eine subkutane Variation dieses Mittels hat der Jubilar gewählt, als er im Weg eines Interviews für den „Spiegel“ ankündigte, dass er in der kommenden Auflage seines einflussreichen Kommentars bei der Bestechlichkeit im Geschäftsverkehr (§ 299 StGB) die Kassenärzte als Beauftragte der Kassen einstufen und damit dem Tatbestand unterwerfen werde.²⁰

In Anbetracht der Digitalisierung der rechtlichen Medien lässt sich nicht ausschließen, dass die Rechtsprechung neue, kreative Wege der Kommunikation nutzen wird. Bewährt und für die Justiz naheliegend ist das Mittel des obiter dictum. Es könnte weiteren Auftrieb erfahren. Das erwähnte obiter dictum des 5. *Strafsenats* zur Strafbarkeit des Compliance Officer ist ein Beispiel dafür.²¹

VI. Abschließend sei ein obiter dictum genannt, das die genannten Funktionen aufnimmt und eine weitere hinzufügt. Neben der Funktion, eine offene Rechtsfrage zu klären, und der Funktion, den Adressaten eines strafrechtlichen Tatbestands über Risiken der Strafbarkeit zu informieren, geht es hier auch um die Grundfunktion der Judikative, rechtsgebietsübergreifend eine kohärente Judikatur vorzustellen. Es geht um die Entscheidung des 1. *Strafsenats* vom 24.1.2018,²² deren Bedeutung kaum zu überschätzen ist.²³ In dem entschiedenen Fall war es zu einem Widerspruch im „Kreisverkehr des Rechts“ gekommen, nämlich zu einer Divergenz zwischen dem Vorsatzverständnis im Steuer- und Arbeitsstrafrecht (§ 41a EStG, an den der Tatbestand der Steuerhinterziehung anschließt, und § 266a StGB). Der *Senat* sieht sich gehalten, diese Divergenz auszuräumen, und wählt dazu ein obiter dictum:

„Da für die Differenzierung kein sachlicher Grund erkennbar ist und es sich jeweils um (normative) Tatbestandsmerkmale handelt, erwägt der Senat – insoweit entgegen den Überlegungen in dem Beschluss des *Senats* vom 8. Septem-

¹⁵ Ein Kurzschluss wäre es allerdings, aus der Präzisierung zu schließen, dass der gesetzgeberische Tatbestand anfänglich bestimmbar war. Der Umstand der Präzisierung ist nicht mehr als ein Indiz für eine von Anfang an bestehende Bestimmtheit. Wo der Tatbestand anfänglich unbestimmbar-unbestimmt ist, steht die „Präzisierung“ einer subkutanen Gesetzgebung gleich, wäre mithin eine Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung obiter dictu möglicherweise im strengen Sinn kein obiter dictum mehr; so *Cornelius*, GA 2015, 101 (120).

¹⁶ Vgl. *Hassemer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 51-59; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 37 m.w.N.

¹⁷ An diese Anforderungen können Versuche anknüpfen, den Irrtum bei unklarer Rechtslage objektivierend zu regeln, weil die Entlastung durch den Verbotsirrtum zu spät kommt und nur eine Auffangfunktion haben kann; vgl. *Cornelius*, GA 2015, 101 (117 ff.).

¹⁸ BGH, Beschl. v. 28.6.1990 – 4 StR 297/90 = BGHSt 37, 89 = NJW 1990, 2393.

¹⁹ *Salger*, DRiZ 1990, 19; *ders.*, NZV 1990, 5. Zwar dürften Veröffentlichungen in Fachzeitschriften bei Allgmeindelikten wie § 316 StGB nicht ohne Weiteres genügen, um den entsprechenden Vertrauenstatbestand zu erschüttern (so *Kuhlen*, HRRS 2012, 116), doch hatten in diesem Fall auch allgemein zugängliche Medien die Botschaft verbreitet.

²⁰ So dann auch die Kommentierung in einigen Auflagen unter § 299 Rn. 10b ff., weggefallen nach Einfügung der § 299a, 299b StGB (in Kraft getreten am 4.6.2016) in Reaktion auf BGH, Beschl. v. 29.3.2012 – GSSSt 2/11, welcher der Ansicht des Kommentators nicht folgte.

²¹ Weitere Nachweise bei *Kuhlen*, HRRS 2012, 114 (116).

²² BGH, Urt. v. 24.1.2018 – 1 StR 331/17 = NSTz-RR 2018, 180.

²³ Das spiegelt sich darin, dass sie nun vielfach rezensiert wird; siehe bisher *Rode/Hinderer*, wistra 2018, 341; *Habertha*, StV 2019, Heft 1 (im Erscheinen); *Beyer*, NZWiSt 2018, 341; *Schuster*, NZWiSt 2018, 346; *Theile*, ZJS 2018, 1250; *Reichling*, StraFo 2018, 357; siehe auch *Bosch*, Jura 2018, 843.

ber 2011 – 1 StR 38/11, NStZ 2012, 160, 161 Rn. 23 ff. –, zukünftig auch die Fehlvorstellung über die Arbeitgeberbereitschaft in § 266a StGB und die daraus folgende Abführungspflicht insgesamt als (vorsatzausschließenden) Tatbestandsirrtum zu behandeln.“

Erfreulicherweise folgt der *Senat* nun ausdrücklich der Steueranspruchstheorie, nach der die Kenntnis des Steueranspruchs zum Vorsatz gehört und der Irrtum nach § 16 StGB zu behandeln ist. Dies hatte derselbe *Senat* im obiter dictum der genannten Entscheidung vom 8.9.2011 in anfechtbarer Weise²⁴ gerade in Frage gestellt und damit weithin Verunsicherung ausgelöst, damals eine der nicht wenigen Stationen des *Senats* auf dem Weg in ein erheblich verschärftes Strafrecht – nachdem ihm 2008 aufgrund einer gewiss nicht zufälligen Änderung der Geschäftsverteilung die Zuständigkeit für Revisionen in Steuerstrafsachen übertragen worden war. Die erwogene Abkehr von der Steueranspruchstheorie hätte sich als weiterer Höhepunkt in die Reihe der Entscheidungen von 2.12.2008 zur Steuerverkürzung in großem Ausmaß (§ 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO)²⁵ und vom 20.5.2010 zur Einschränkung der strafbefreienden Selbstanzeige (§ 371 AO)²⁶ eingefügt. Diese Entscheidungen reihen sich in eine Gesamtlinie des *Senats* unter dem Vorsitz von *Armin Nack* ein, bei der von einer punitiven Sonderrolle unter den Strafsenaten gesprochen wurde.²⁷

Bei § 266a StGB war es *Nack* gelungen, was er im Strafrecht nicht erreicht hat: den Irrtum über ein normatives Tatbestandsmerkmal („Arbeitgeber“) entgegen herrschender Dogmatik als schlichten Subsumtionsirrtum zu behandeln.²⁸ Indem zusätzlich die Vermeidbarkeit dieses Irrtums schematisch mit der Einleitung eines sozial- oder steuerrechtlichen Statusfeststellungsverfahrens verknüpft wurde, flankierte der *1. Senat* das ungefähr zeitgleich verschärfte Vorgehen der Deutschen Rentenversicherung gegen die „Scheinselbständigkeit“. Die Vorsatzprüfung lief leer, da in den Fällen der ursprünglich nicht von § 266a StGB erfassten „Scheinselb-

ständigkeit“ kaum über tatsächliche Umstände getäuscht wird, sondern zumeist regelmäßig die rechtliche Bewertung in Frage steht. In Anknüpfung an die Untreueentscheidung des BVerfG wird damit ersichtlich gegen das Verschleifungsverbot verstoßen, das gleichermaßen für den subjektiven Tatbestand Geltung hat.²⁹

Dem Umstand einer fehlenden Statusfeststellung folgte in der Praxis direkt die Unterstellung des Vorsatzes. Sie hat im Sozialrecht drastische Folgen, weil die Annahme des Vorsatzes hier eine pauschalierende Bruttoberechnung mit erheblichen Säumniszuschlägen erlaubt und die Beitragspflicht einer Verjährung von 30 Jahren unterwirft. Diese Verjährung stellt bei einer Engführung von Straf- und Sozialrecht auch die Verjährung bei § 266a StGB ins Belieben der Staatsanwaltschaft, sofern der Tatbestand nach herrschender Auffassung erst nach ungefähr 35 Jahren verjährt.³⁰ In der Praxis kam es vor, dass juristisch nicht beschlagene Angestellte der Rentenversicherung in Besprechungen aus den genannten Entscheidungen wie aus einer Bibel wörtlich zitierten. Dem *Verfasser* ist der Vermerk eines Geschäftsführers eines mittelständischen Unternehmens bekannt, wonach eben ein solcher Angestellter ihn fragte, ob es bei ihm Statusfeststellungsverfahren gegeben hätte. Nach der verneinenden Antwort hieß es lapidar, dann hätte der Geschäftsführer „schlechte Karten“ und solle sich besser auf sein Begehren (die Umstellung des Werkvertragsmodells auf das Modell der Angestellten) einlassen.³¹ Geht man davon aus, dass der *1. Senat* zu seinem obiter dictum vom 24.1.2018 steht und ihm auch die anderen Senate folgen, dürfte diese Praxis obsolet sein, wobei die Folgen für die Praxis insgesamt abzuwarten bleiben.³²

Die zentrale Frage der Irrtumsdogmatik für die Verortung des Irrtums in den §§ 16, 17 StGB lautet: Wer trägt die normativen Risiken, die in einer beschleunigt zunehmend komplexen Gesellschaft systematisch expandieren?³³ Systemtheoretisch mag man zugunsten des Systems die Risiken in die Umwelt des Systems, mehr oder weniger: den Bürger in seiner empirischen Verfasstheit, verlagern. Das Strafrecht hat es schwer mit dieser Sichtweise. Noch ist es nicht die Auffassung der Rechtsprechung, den Vorsatz im Namen gesellschaftlicher Interessen von seinem empirischen Substrat loszulösen. Noch zählt die Errungenschaft des Finalismus, den Vorsatz aus der Schuld heraus in den Tatbestand zu integrieren. Dieser Vorsatz hat ein kognitiv-psychisches Element, das der Forderung einer unbeschränkten Normativierung entgegensteht. Das mag zu Strafbarkeitsdefiziten führen,

²⁴ Siehe *Kuhlen*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 297.

²⁵ BGH, Urt. v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08 = NStZ 2009, 271.

²⁶ BGH, Beschl. v. 20.5.2010 – 1 StR 577/09 = NStZ 2010, 642.

²⁷ Hierzu mit einer rechtssoziologischen, statistisch anspruchsvollen Analyse und weiteren instruktiven Hinweisen auf insbesondere den Fall „Lucas“ sowie einem Stück Polemik *Garcia*, *myops* 2012, 55, online abrufbar unter <http://blog.delegibus.com/1742> (25.9.2018); siehe auch v. *Heintschel-Heinegg* <https://community.beck.de/2010/06/20/steckt-die-revisionsrechtsprechung-des-bgh-in-strafsachen-in-einer-krise> (25.9.2018), mit Hinweis auf *Friederichsen* <http://www.lto.de/recht/feuilleton/f/zwischenruf-von-gisela-friederichsen-ou-offensichtlich-unbegrundet/> (25.9.2018), und ebenda *Kudlich*.

²⁸ BGH, Beschl. v. 7.10.2009 – 1 StR 478/09 = NStZ 2010, 337 und Beschl. v. 4.9.2013 – 1 StR 94/13 = *wistra* 2014, 23 (25 Rn. 16).

²⁹ Siehe BGH, Urt. v. 28.5.2013 – 5 StR 551/11 = NStZ 2013, 715.

³⁰ *Schulz* (Fn. 12), S. 1226 m.w.N.

³¹ Was der Geschäftsführer dann auch vorsorglich tat.

³² Die stattgebende Entscheidung des *1. Senats* (BGH, Urt. v. 21.2.2017 – 1 StR 296/16 = *wistra* 2018, 311 [315 f.]) statuiert Informationspflichten bei kommunalen Spekulationsgeschäften, wonach es indiziell wesentlich ist, ob bei einem bestehenden Zweifel die Ignoranz obwaltet.

³³ Siehe nur die Beiträge von *Naucke*, *Pawlik* und *Roxin* in: *Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng* (Fn. 12), S. 955, 985 und 1023.

wenn es den Tatgerichten vorwiegend darum geht, ihre Entscheidungen revisionssicher zu formulieren. Die Angst, dass die Unkenntnis ohne Sanktion bleibt, ist insgesamt unbegründet, sofern insbesondere die Fahrlässigkeits- und Unterlassensstrafbarkeit weiterhin zunimmt.

Noch auszuführen bleibt, wie voraussetzungsreich das obiter dictum vom 24.1.2018 vermutlich war. Zunächst bedurfte es der 2013 erfolgten Pensionierung des einstigen Vorsitzenden und einer neuen Zusammensetzung des *Senats*. Inzwischen ist der Spruchkörper überwiegend neu zusammengesetzt. Es mag sein, dass es auch eine gewisse Schonfrist braucht, um eine Rechtsprechungsänderung nicht offen als ad personam gerichtet erkennen zu lassen. Gewiss hilfreich war auch, dass der Vorsitz des *Senats* von einem Richter übernommen wurde, der mit sozialgerichtlichen Verfahren vertraut ist. Wichtig ist gleichfalls der für die Justiz erfreuliche, höchst seltene Umstand, dass ein Strafrechtslehrer 2012 seine akademische Karriere zugunsten der Richtertätigkeit am BGH aufgab und zum *I. Senat* kam, um von dort einige Monate nach der Entscheidung vom 24.1.2018 an den *I. Senat* des BVerfG zu wechseln.³⁴ Als einer der führenden Kommentatoren zu § 266a StGB, der gerade beim Vorsatz den Tatbestandsirrtum zum Ausgangspunkt nimmt,³⁵ dürfte sein Votum in der Beratung des *Senats* erhebliches Gewicht gehabt haben. Möglicherweise entscheidend war jedoch der Umstand, dass die Berichterstattung nach freundlicher Auskunft der Geschäftsstelle mit *Ute Hohoff* bei einer Richterin lag, die erst 2017 zum *Senat* gekommen war.

VII. Vielleicht gehört es nicht nur zu den Schattenseiten des obiter dictum, dass es offen ist für eine Verstrickung in institutionelle Routinen und persönliche Eigenheiten und damit auch Höchstpersönliches zur Geltung bringen kann. *Carl Friedrich von Weizsäcker* hatte seine Beiträge zur historischen Anthropologie mit dem Titel „Der Garten des Menschlichen“ überschrieben, zu einer Zeit, als der Jubilar an der Goethe-Universität Germanistik studierte und gewiss auch dieses Buch gelesen hat. Wer diesen Garten schätzt, wird dem gesamten Spektrum des Menschlichen etwas und vor allem sehr viel Erfreuliches abgewinnen. Der Jubilar gehört, wenn das Bild gestattet ist, zu den Pflanzen, die in diesem Garten auf unvergleichliche Weise blühen. Ad multos annos.

³⁴ Siehe

www.lto.de/recht/justiz/j/henning-radtke-neuer-richter-des-bverfg-portrait/ (25.9.2018).

³⁵ Und dann versucht, die vormalige Rechtsprechung des *I. Senats* umsichtig einzugrenzen; *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266a Rn. 89–91.

Historisches Folter(un)recht

Die Kriminalgeschichte der Beatrice Cenci (1598/99)

Von Prof. em. Dr. **Wolfgang Schild**, Bielefeld

Thomas Fischer stellte die Frage, auf die die folgenden Ausführungen eine Antwort zu skizzieren versuchen, am 26.4.2018 in der Diskussion des Vortrages, den ich bei den Baden-Badener Strafrechtsgesprächen über „Irrationale Beweismittel“ (nämlich Gottesurteil und Folter) hielt. Am Fall des Gattenmörders Hans Spieß hatte ich aufgezeigt, dass die Folterung des die Tat leugnenden Täters 1504 nicht dazu gedient hatte, die Wahrheit an den Tag zu bringen, sondern nur dazu, ein Geständnis als formale Voraussetzung der Verurteilung zu erhalten; die Wahrheit – dass Hans Spieß seine Frau in der Nacht ohne Zeugen erstickt hatte, nur er der Täter sein konnte – war den Betreffenden bereits bekannt. Von daher hatte die Verurteilung den richtigen (wirklichen) Täter getroffen; die Indizien sprachen eindeutig gegen ihn, so dass er auch in einem heutigen Verfahren schuldig gesprochen würde, wobei wir heute wegen der Zulässigkeit eines bloßen Indizienbeweises kein Geständnis (mehr) brauchen. Thomas Fischer fragte, ob trotzdem nicht die Tatsache, dass das Geständnis erfoltert worden war, die damalige Verurteilung als Unrecht charakterisieren müsste, obwohl die damaligen Rechtsvorschriften (und damit auch das „Folterrecht“) eingehalten worden waren. Diese Frage nach Folterrecht und Folterunrecht möchte ich etwas näher untersuchen und unter II. eine kurze Antwort anbieten. Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen (unter I.) steht die Darstellung des Kriminalfalles der Beatrice Cenci und ihrer Mordgesellen aus dem Ende des 16. Jahrhunderts, der vor allem wegen der häufigen Bearbeitung durch Künstler und Schriftsteller bis heute die Gemüter bewegt. Da Thomas Fischer einmal Germanistik studiert hat, stets an Literatur interessiert war und ist (wie auch seine Auseinandersetzung mit dem Theaterstück „Terror“ des Ferdinand von Schirach zeigt) und in dem Meedia-Interview vom 17.2.2017 die Absicht mitgeteilt hat, einmal etwas Belletristisches schreiben zu wollen, taugt vielleicht die Themenstellung für einen Beitrag in der ihm gewidmeten Festgabe der ZIS, verbunden mit den besten Wünschen und der Hoffnung, dass er diese Skizze einer Antwort auf seine Frage in gewohnter Weise kritisch würdigen wird.

I. Die Kriminalgeschichte der Familie Cenci

Die Geschichte, die unter II. einer rechtshistorischen Beurteilung unterzogen wird, ist nicht nur in Italien, wo sie sich 1598/99 ereignete, bis heute bekannt, sondern auch in anderen Ländern; weniger als historische Begebenheit, denn als Thema von Kunstwerken. Immerhin zählt Beatrice Cenci zu den „Gestalten der Weltgeschichte“, denen der Cigaretten-Bilderdienst Hamburg-Bahrenfeld 1933 das Sammelbild

Nr. 14 widmete, und zu den „illustrious women“¹ bzw. den „berühmten und berüchtigten Frauen“² der Weltgeschichte.

1. Künstlerische Aufarbeitungen des historischen Stoffes

In diesem Jahr (2018) war der Stoff an zwei deutschsprachigen Theatern zu bewundern.

So zeigte das saarländische Staatstheater das Ballett „Die Folterungen der Beatrice Cenci“, das am 16.4.1971 in Berlin in der Choreographie von *Gerhard Bohner* (1936–1992) zur Musik des seit 1961 in Berlin lebenden Amerikaners *Gerald Humel* (1931–2005) uraufgeführt und nun ab 2017 in Saarbrücken wieder aufgenommen worden war. Angekündigt wurde dieses Stück vom Theater wie folgt: „Gegenstand des Stücks ist der blutrünstige Stoff um die römische Patrizierin Beatrice Cenci (1577–1599), die ihren Vater, der sie schwer misshandelte, töten ließ und daraufhin zum Folteropfer wurde. – Die Choreografie steht mit ihrer realistischen Darstellung von Folter einerseits in der expressionistischen Tradition eines *Kurt Jooss* und setzt andererseits die durch *Tatjana Gsovsky* eingeführte Form eines ausdrucksvoll-narrativen Stils auf klassischer Basis fort. Zudem zeigt sie, wie das im Entstehen begriffene deutsche Tanztheater von *Antonin Artaud* ‚Theater der Grausamkeit‘ beeinflusst wurde ebenso wie von den Ideen *Jerzy Grotowskis* und der Arbeit des Living Theatre“. Neben „Beatrice, des Vaternordes angeklagt“, ihrem Vater Francesco, ihrer Stiefmutter Lukretia, „Olimpio, Hausverwalter, erpresst Beatrice“, „Guerra, wirbt um Beatrice“ tanzen fünf „Folterer“. Offensichtlich hatte Bohner die 1935 in Paris uraufgeführte Tragödie „Les Cenci“ von *Antonin Artaud* (1896–1948) und den 1969 gedrehten italienischen „Beatrice Cenci“-Film des für seine Gewaltszenen berühmten Regisseurs *Lucio Fulci* – der in Deutschland unter dem Titel „Die Nackte und der Kardinal“ und in England als „The Conspiracy of Torture“ gezeigt wurde – gekannt und sich von beiden Werken in seiner Darstellung von „Gewalt und Bösartigkeit“³ inspirieren lassen.

Die 73. Bregenzer Festspiele wurden am 18.7.2018 mit der Aufführung der Oper „Beatrice Cenci“ eröffnet, die *Berthold Goldschmidt* (1903–1996) – der den Stoff schon seit den 1920er Jahren von der Darstellung durch *Stendhal* (1839) her kannte⁴ – 1950 komponiert hatte (wobei er auf eine 1948 selbst geschriebene Hörspielmusik zu *Shelleys* Drama zurückgreifen konnte). *Goldschmidt*, ein Schüler *Franz Schrekers* und erfolgreicher Komponist der Oper „Der gewaltige

¹ So im Buch „Lives of Celebrated Female Sovereigns and Illustrious Women“ (1860, 1870) von *Hewitt* (1807–1894). Sie schrieb auch das Buch „Heroines of History“ (1852).

² So *Mühlberger*, *Berühmte und berüchtigte Frauen*, 1981, S. 111–136.

³ So *Kieser*, *Ein Tanztheater der Grausamkeit*, Programmheft 2017, S. 5–7.

⁴ So *Busch*, *Berthold Goldschmidts Opern im Kontext von Musik- und Zeitgeschichte*, 2000, S. 190.

Hahnrei“ (1932), hatte 1935 aufgrund rassistischer Verfolgung ins Exil nach London fliehen müssen, wo er nun nach Ende des 2. Weltkrieges mit dieser neuen Oper (nach einem angesehenen englischen Dichter, nämlich *Percy Bysshe Shelley* [1792–1822]) einen Kompositionswettbewerb zwar gewann, doch ohne Erfolg (da das Werk nicht zu einer [versprochenen] Aufführung geführt wurde). Erst 1988 wurde die Oper konzertant in London und dann 1992 in Berlin, 1994 erstmals vollständig in Magdeburg, 2012 u.a. in Dortmund aufgeführt.⁵ Vielleicht lag dem Komponisten die Parallele von der Machtlosigkeit der Opfer des Francesco Cenci zu seiner eigenen im NS-Staat am Herzen.⁶ *Werner M. Grimm* schrieb zu der Bregenzer Aufführung in der FAZ, dass dieser Dreiakter „einen historisch verbürgten Fall auf[greift], der sich vor mehr als vierhundert Jahren in Rom ereignet hat. Damals wurde die zweiundzwanzigjährige Patrizier-tochter Beatrice Cenci als Anstifterin zum Mord an ihrem gewalttätigen Vater Francesco vor der Engelsburg enthauptet. Ihre Stiefmutter Lucrezia traf dasselbe Los, ihr Bruder Giacomo wurde nach Folter grausam hingerichtet. Überliefert ist, dass trotz Sympathien der Bevölkerung für die Verurteilten zahlreiche Schaulustige das widerliche Spektakel verfolgten. Noch zweihundert Jahre später schändeten französische Besatzungssoldaten das namenlose Grab von Beatrice. Erst 1999 ließ die Stadt Rom eine Gedenktafel anbringen, auf der die Unglückliche als Opfer päpstlicher Unrechtsjustiz rehabilitiert wird. Die Kurie hat einst übrigens von den Summen, mit denen sich Francesco Cenci nach seinen Gewalttaten jeweils freikaufte, ebenso profitiert wie später vom Einzug des riesigen Familienvermögens, das Francescos Vater als Schatzmeister der apostolischen Kammer durch Unterschlagungen angehäuft hatte.“ *Elisabeth Richter* überschrieb ihre Kritik im Deutschlandfunk mit dem Hinweis auf „Brutalität und Kirchenmacht“. *Georg Rüdiger* sah in seiner Kritik im Tagesspiegel in dem Stück „die wahre Geschichte des brutalen, von der Kirche gedeckten Machthabers Francesco Cenci“.

Das Libretto dieser Oper, das von *Martin Esslin* in englischer Sprache verfasst wurde, in Bregenz aber in der vom Komponisten selbst 1951 bewerkstelligten deutschen Übersetzung⁷ gebracht wurde, basierte ausdrücklich auf dem Versdrama „Beatrice Cenci. A Tragedy in five Acts“, das der englische Romantiker *Percy Bysshe Shelley* (1792–1822) – der Ehemann der noch berühmteren Verfasserin des „Frankenstein“-Romans – 1819 geschrieben und veröffentlicht hatte,⁸ das aber erst 1922 in London uraufgeführt wurde.⁹

⁵ Vgl. die Zusammenstellung der Aufführungen bis 2000 in *Busch* (Fn. 4).

⁶ Vgl. *Busch* (Fn. 4), S. 198.

⁷ Dazu *Busch* (Fn. 4), S. 218.

⁸ Zu den Vertonungen von *Shelleys* Werken vgl. *Pollin*, Music for Shelley's Poetry, 1974; *ders.*, Keats-Shelley-Journal 1982, 31–36.

⁹ Dazu vgl. *Bates*, A Study of Shelley's Drama The Cenci, 1908; *Lockridge*, Wordsworth Circle, 19 (1988), 95–98; *Behrendt* (Hrsg.), History & Myth, Essays on English Romantic Literature, 1990, S. 214–234; *Busch* (Fn. 4), S. 194

Hier fand sich der Verweis auf die Geschichte noch deutlicher. Im Vorwort schrieb *Shelley*: „Während meiner Reisen in Italien wurde mir ein Manuskript mitgeteilt, das aus den Archiven des Palastes Cenci in Rom kopiert war, und eine ausführliche Erzählung der Greuelthaten enthält, die mit der Vernichtung einer der edelsten und reichsten Familien jener Stadt, unter dem Pontifikate Klemens' VIII., im Jahre 1599 endeten.“¹⁰ Dies ist historisch jedenfalls ungenau. Denn es handelte sich wahrscheinlich um ein 12-seitiges Manuskript mit der Überschrift „Relatione istorica del fine tragico della nobilissima Famiglia Cenci Romana“¹¹, die *Lodovico Antonio Muratori* (1672–1750) im 10. Band seiner „Annali d'Italia“ 1749 veröffentlicht hatte;¹² in der deutschen Übersetzung von *Adolf Strodtmann* wurde das Manuskript als „Geschichte des Todes der Familie Cenci“ abgedruckt.¹³ *Shelleys* Ehefrau Mary hatte bereits 1818 dieses Manuskript kopiert, das dann von ihm selbst ins Englische übersetzt wurde.¹⁴ *Shelley* kann-

ff.; *Curran*, Shelley's Cenci: Scorpions Ringed with Fire, 1970; *Davy*, Journal of Dramatic Theory and Criticism 5 (1990), 95–113; *Donohue*, Keats-Shelley-Journal 1968, 53–74; *Blood*, Studies in Romanticism 33 (1994), 355–389; *Evans*, Percy Shelley's The Cenci. From the Portrait comes a myth, 1999; *Finn*, Studies in Romanticism 35 (1996), 177–197; *Groseclose*, Comparative Drama 19 (1985), 222–239; *Jack*, Beatrice's Spell. The Enduring Legend of Beatrice Cenci, 2004, S. 39 ff.; *Smith*, Keats-Shelley-Journal 13 (1964), 77–85; *Swinburne*, Les Cenci. Studies in Prose and Poetry, 1894; *White*, Studies in English Literature 1500–1900, 1982, S. 613–631.

¹⁰ Zitiert ist die deutsche Übersetzung in: *Shelley*, Ausgewählte Dichtungen, Zweiter Theil, übersetzt von *Strodtmann*, 1866. Diese ist im Internet im Rahmen des Projekts Gutenberg einsehbar.

¹¹ So *Barnett*, The New England Quarterly 53 (1980), 168–183 (172).

¹² Vgl. die deutsche Übersetzung in: *Anonym*, Geschichte der Hinrichtung der Beatrice Cenci und ihrer Familie, unter Papst Klemens dem Achten in Rom den 11. September 1599, 1789, S. 124–130. Dazu vgl. *Groseclose*, Comparative Drama 19 (1985), 222 (englischer Titel: „The Relations of the Death of the Family of the Cenci“). Ebenso *Nicholl*, London Review of Books 20 (1998), 23–27. *Rosington*, in: *Everest/Matthews* (Hrsg.), The Poems of Shelley, Bd.2 (1817–1819), 1989/2000, S. 865–874, meint, dass die Quelle für *Shelley* erst um 1700 geschrieben wurde und daher nicht zuverlässig war.

¹³ Freilich ohne Quellenangabe. Zu der in der Romantik beliebten Praxis, sich auf geheimnisvolle Manuskripte zu berufen, vgl. *Leuenberger*, Bridgewater Review 36 (2017), 9–12. *Shelley* gab zusätzlich im Vorwort in einer Anmerkung auch ausdrücklich an, dass die päpstliche Regierung alles versucht habe, das Bekanntwerden ihrer eigenen Niederträchtigkeit und Schwäche durch dieses Manuskript mit allen Mitteln zu verhindern, weshalb das Manuskript schwer zu besorgen gewesen sei. Dazu vgl. *Turner*, American Book Collector 22 (1972), 5–9.

¹⁴ So *Busch* (Fn. 4), S. 194 ff.

te wahrscheinlich auch die dramatische Bearbeitung durch *Vincenzo Pieracci* (1768–1834) aus dem Jahre 1816.¹⁵ *Shelley* schrieb im Vorwort weiter, dass diese Geschichte der Cenci ein Thema sei, „das in einer italienischen Gesellschaft nicht erwähnt werden konnte, ohne ein tiefes und athemloses Interesse zu erwecken, und daß die Gefühle der Anwesenden stets zu einem romantischen Mitleid mit den Leiden der Unglücklichen und zu einer leidenschaftlichen Entschuldigung der schrecklichen That geneigt waren, zu welcher dieselben jenes arme Weib getrieben hatten“. Er habe beschlossen, diese Geschichte „für die Fassungskraft seiner Landsleute [der Engländer, Anm. d. Verf.] in solch eine Sprache und Handlung einzukleiden, welche sie ihnen zu Herzen zu führen vermöchte“. Eine „nackte Darstellung“ der entsetzlichen und grauenvollen Geschichte würde unerträglich sein; deshalb habe er „die idealen Schrecken der Begebenheiten erhöh[t] und die wirklichen [ge]milder[t], damit das Vergnügen, welches die Poesie dieser stürmischen Leiden und Verbrechen hervorbringt, den Schmerz lindere, den die Betrachtung der moralischen Verworfenheit, aus welcher sie entspringen, nothwendigerweise erzeugt“. Es wird unter I. 3. noch zu zeigen sein, in welchen entscheidenden Punkten *Shelley* von der historischen Quelle abwich. Hinzuweisen ist noch auf den Einfluss eines Bildes, das dem bekannten bolognesischen Barockmaler *Guido Reni* (1575–1642) zugeschrieben und – sicherlich zu Unrecht¹⁶ – als Porträt der Beatrice Cenci im Kerker vor der Hinrichtung interpretiert wurde. *Shelley* erwähnte, dass er eine Kopie dieses Bildes besessen und das Original im Palazzo Colonna bewundert habe: „als das treue Bild eines der lieblichsten Geschöpfe, welche die Natur hervorgebracht hat“; „im ganzen Antlitz liegt eine Einfachheit und Würde, die im Verein mit ihrer wunderbaren Lieblichkeit und tiefen Trauer unaussprechlich rührend sind“.

¹⁵ Vgl. *Nicholl*, London Review of Books 20 (1998), 23; *Yost*, Pieracci and Shelley. An Italian Ur-Cenci, 1986 (besprochen von: *Groseclose*, Western Michigan University 21 [1987], 197–198). Nach *Rossington* (Fn. 12), S. 865 ff., war vielleicht eine Quelle *Shelleys* auch *Laviosa*, *Canti Melanconini*, 1802, S. 121–124. Es ist nicht anzunehmen, dass *Shelley* die 1789 in Wien veröffentlichte anonyme Schrift „Geschichte der Hinrichtung der Beatrice Cenci und ihrer Familie“ kannte, die sich ausdrücklich auf eine Hinrichtungsgeschichte der Familie und auf *Muratori* stützte (*Anonym* [Fn. 12], S. 123 f.).

¹⁶ Dieses Porträt ist meist in den Darstellungen der Cenci-Geschichte abgebildet; wie z.B. in *Ricci*, Die Geschichte der Beatrice Cenci, 1926, S. 328. Vgl. dazu *Bertoletti*, Francesco Cenci E La Sua Famiglia, 1877, S. 143; *Groseclose*, Studies in Eighteenth-Century Culture 11 (1982), 107–132; *Rossington* (Fn. 12), S. 873 f.; *Chledowski*, Rom, Die Menschen des Barock, 1921/1934, S. 91. Für *Ricci*, a.a.O., S. 335 ff. stellt das Bild eigentlich die Sibylle Samia dar. – Einflussreich war wohl auch die Interpretation, die *Johann Caspar Lavater* (1741–1801) von diesem Bild in seinen „Physiognomischen Fragmenten“ (Bd. 4, 1778, S. 125, VII. Tafel) veröffentlichte.

Ebenfalls auf eine unmittelbare Quelle berief sich *Stendhal* (eigentlich: *Marie-Henri Beyle*, 1783–1842) für seine Novelle „Les Cenci“, die er 1839 in dem Buch „Chroniques Italiennes“ veröffentlichte.¹⁷ Nach einleitenden Bemerkungen über die literarische Figur des Don Juan kommt er auf Francesco Cenci zu sprechen, der historisch deren erste Personifikation gewesen sei. „Aus freier Wahl hätte ich nicht diesen Charakter nachgezeichnet. Ich hätte mich damit begnügt, ihn zu studieren; denn er ist dem Gräßlichen näher als dem Seltsamen. Aber Reisegefährten, denen ich nichts abschlagen konnte, baten mich darum. Ich hatte im Jahre 1823 das Glück, Italien zusammen mit liebenswürdigen unvergeßlichen Menschen zu sehn. Ich war gleich ihnen vom Bildnis der Beatrice Cenci hingerissen, das im Palazzo Barberini in Rom hängt“. Also auch *Stendhal* wurde wie *Shelley*¹⁸ von diesem (vermeintlichen) Porträt von *Guido Reni* beeindruckt; wie im Übrigen auch *Charles Dickens* („Pictures from Italy [Rome]“, 1846), *Hermann Melville* („Pierre or The Ambiguities“, 1852), *Nathaniel Hawthorne* („The Marble Faun“, 1860) und *Edith Wharton* („The House of Mirth“, 1916; „The Mother’s Recompense“, 1925),¹⁹ aber auch *Emile Montégut* und *Francesco Domenico Guerrazzi* („Beatrice Cenci“, 1854 [deutsch 1858])²⁰; und schließlich auch der bedeutendste Cenci-Historiker *Corrado Ricci* (1858–1934), der – von Profession eigentlich Kunsthistoriker – von diesem Bild so beeindruckt war, dass er sich fünf Jahre mit den Originalquellen beschäftigte und den historisch-wissenschaftlichen „Klassiker“ schrieb.²¹ *Stendhal* weiter: „Ich habe die allgemeine

¹⁷ Der im Internet im Rahmen des Projekts Gutenberg abgedruckte Text stammt von dem 1922 veröffentlichten Buch *Stendhals* mit dem Titel „Die Cenci“, in der deutschen Übersetzung von v. *Musil*.

¹⁸ Vgl. den Beitrag von *Gardiner* in dem von *Schmid/Rossington* herausgegebenen Sammelband „The Reception of P. B. Shelley in Europa“, 2008, S. 26 ff. Zu *Stendhal* vgl. *Jack* (Fn. 9), S. 157 ff.; *Wiele*, Die Erfindung einer Epoche. Zur Darstellung der italienischen Renaissance in der Literatur der französischen Romantik, 2003, S. 103 ff.

¹⁹ Vgl. *Barnett*, The New England Quarterly 53 (1980), 168; *Nicholl*, London Review of Books 20 (1998), 23. Zu den Genannten vgl. auch *Einspahr*, The ‚art‘ of Edith Wharton’s fiction. The legend and portrait of Beatrice Cenci, 2002; *Hoeveler*, Romanticism and Victorianism on the Net 38/39 (2005, University of Montreal); *Jack* (Fn. 9), S. 71 ff. (*Melville*), 95 ff. (*Hawthorne*), 145 f. (*Dickens*); *Matthews*, South Atlantic Review 49 (1984), 31–41. Das Werk von *Hawthorne* wurde 1996 zu der Oper „The Marble Faun“ von *Ellen Bender* nach dem Libretto von *Jessica Treadway* bearbeitet.

²⁰ So *Ricci* (Fn. 16), S. 336 f. Nacherzählt von *Ihring*, Die Beweinte Nation. Melodramatik und Patriotismus in ‚Romanzo Storica Risorgimentale‘, 1999, S. 74 ff. Dazu vgl. auch den Beitrag von *Crisfulli*, in: *Schmid/Rossington* (Fn. 18), S. 60 ff.

²¹ Nämlich: *Ricci*, Beatrice Cenci, 1923 (in zwei Bänden, mit zahlreichen Belegen und einer Bibliographie). Eine englische Übersetzung wurde unter demselben Titel (ebenfalls in zwei Bänden, aber nur mit einigen Belegen, ohne Bibliographie,

Neugier geteilt; dann habe ich, wie jedermann, versucht, Einsicht in den berühmten Prozeß zu erhalten. Wer diese Möglichkeit hat, wird, wie ich glaube, erstaunt sein, in diesen Berichten, in denen alles, bis auf die Antworten der Angeklagten, lateinisch ist, fast gar keine Darstellung der Tatsachen zu finden. Vermutlich, weil im Rom des Jahres 1599 jeder die Tatsachen kannte. Ich habe die Erlaubnis erkaufte, eine zeitgenössische Darstellung zu kopieren, und habe geglaubt, eine Übersetzung davon wagen zu können, ohne den Anstand zu verletzen; zum mindesten konnte diese Übersetzung im Jahre 1823 den Damen laut vorgelesen werden. Aber es hört, wie ich bemerken muß, der Übersetzer auf, treu zu sein, wenn es nicht mehr möglich ist: denn anders würde das Grauen leicht stärker sein als die Neugier.“ Dann folgt „die Übersetzung der zeitgenössischen Darstellung, sie ist in römischem Italienisch verfaßt und wurde am 14. September 1599 niedergeschrieben.“ Wie weit dieser Bericht der historischen Realität entspricht, ist fraglich, wenn man den manchmal humorvoll-zynischen Stil der „Übersetzung“ betrachtet.

Neben den bereits genannten Künstlern ist der historische Stoff in zahlreichen Variationen dichterisch, musikalisch, filmisch aufgearbeitet worden. Einige Hinweise müssen in diesem Rahmen genügen.²²

Beginnen wir mit musikalischen Werken!²³ Das Drama von *Shelley* lag nicht nur dem Werk von *Goldschmidt* zugrunde, sondern auch den Opern „Beatrice Cenci“ (Opera lirica, 1942) von *Guido Pannain* (1891–1977; nach dem Libretto von *Vittorio Viviana*), „The Cenci“ (1940–1955, uraufgeführt 1959) von *Roger Sacheverell Coke* (1912–1972, nach eigenem Libretto), „The Cenci“ (1951, uraufgeführt 1997) von *Havergal Brian* (1876–1972, nach dem Libretto vom Komponisten selbst) und „The Cenci“ (1995) vom amerikanischen Komponisten *Robert Anthony Di Domenico* (geb. 1927).²⁴ Von *Shelley* beeinflusst, schrieb der kanadische Schriftsteller *George Elliott Clarke* (geb. 1960) ein Versdrama „Beatrice Chancy“, das 1998 als Libretto für eine von *James Rolfe* (geb. 1961) komponierte Kammeroper diente. Hier²⁵ wurde aus der Renaissance-Italienerin des 16. Jahr-

hunderts die um 1800 als Tochter des weißen Sklavenhalters Francis Chancy und Mafa, einer aus Guinea stammenden schwarzen Sklavin, in Neuschottland lebende Frau, die ein paralleles Schicksal erleidet und wegen Vätermordes schließlich gehängt wird. – Der genannte *Robert Anthony Di Domenico* schuf neben diesem an *Shelley* orientierten einaktigen Werk auch die Opern „Beatrice Cenci“ [dreiaktig, nach *Alberto Moravia*] und „Francesco Cenci“ [zweiaktig, nach *Antonin Artaud*].²⁶ Weiter sind zu nennen: *Giuseppe Rota* (1823–1865), „Beatrice Cenci“ (Oper, Libretto: *Davide Rabbeno*, 1863), *Ludomir Rózycki* (1883–1953), „Beatrice Cenci“ (Oper, Libretto nach dem Drama von *Juliusz Slowacki*, 1927),²⁷ *Luigi Sante Colonna*, „Beatrice Cenci“ (Oper, 1948), *Alberto Ginastera* (1916–1983), „Beatrice Cenci“ (Oper, 1971, uraufgeführt 1973, nach dem an *Artaud* orientierten spanischen Libretto von *Alberto Girri*, übersetzt von *William Shand*), *Giorgio Battistelli* (geb. 1953), „The Cenci“ (Oper, London 1997; Libretto: *Nick Ward*, nach *Artaud*), *Alessandro Londei/Brunella Caronti*, „Beatrice Cenci“ (Musikdrama, 2006); und das Musical „Beatrice Cenci“ von *Simone Martino* und *Giuseppe Cartella* (2014). Der englische Komponist *John David Davis* (geb. 1869) schrieb zwischen 1903 und 1910 eine sinfonische Ballade „The Cenci“²⁸. Das Werkverzeichnis des in Cambridge lebenden *Patrick Hadley* (1899–1973) weist auch eine Komposition für Sopran und Kammerorchester „Scene from ‚The Cenci‘“ (1951) aus. Schließlich schrieb Bühnenmusikern zu *Shelleys* Werk *Donald Bushell* (1940), *Anthony Hopkins* (1947), *John Lambert* (1959) und ein sonst nicht bekannter *Reiz* (1950) und zu *Artauds* Werk *Roger Desormiere* (1935) und *David Walker* (1971).

An Theaterstücken sind neben den bereits angesprochenen *Pieracci*, *Shelley* und *Artaud* (dessen Stück sich eng an *Shelleys* Drama anlehnte) zu nennen: *Astolphe de Custine* (1790–1857), „Béatrix Cenci“ (Tragödie, Paris 1833), *Giovanni Battista Niccolini* (1792–1861), „Beatrice Cenci“ (Tragödie, 1838/44: Plagiat von *Shelley*)²⁹, *Juliusz Slowacki* (1809–1849), „Beatryks Cenzi“ (Tragödie 1839), *Antonio Concalves Dias*, „Beatriz Cenci“ (Tragödie, 1843), *Walter Savage Landor* (1775–1864), „Beatrice Cenci“ (Dramatic scenes, 1850), *Alfred Nobel* (1833–1896), „Nemesis“ (1896, veröffentlicht 2003), *Ottone Schanzer*, „Beatrice Cenci“ (Tragedia lirica, 1909), *Max von Münchhausen*, „Beatrice Cenci“ (Trauerspiel, 1910; nach *Stendhal*), *Felix Braun*

aber mit Index) 1925 in New York veröffentlicht. Die deutsche Übersetzung erschien 1926 in Stuttgart unter dem Titel „Die Geschichte der Beatrice Cenci“ (in einem Band, ohne Belege, Bibliographie und Index).

²² Vgl. allgemein auch: *Rossington* (Fn. 12), S. 870 ff.; *Stratton*, in: *Gaw* (Hrsg.), *Studies in English Drama*, 1917, S. 130–160; *Wagner*, *The protean woman, Beatrice Cenci in Literature*, 1975; *Mitchell*, *Beatrice Cenci*, 1991; *Nicholl*, *London Review of Books* 20 (1998); *Jack* (Fn. 9).

²³ Dazu vgl. *Pollin*, (Fn. 8 – Music).

²⁴ Dazu *Jack* (Fn. 9), S. 182.

²⁵ Dazu vgl. *Clarke*, *European Romantic Review* 11 (2000), 168–185; *ders.*, *The New Quarterly*, *New Directions in Canadian Writings* 2003, 15–24; *Heiland*, in: *Brabon/Ganz* (Hrsg.), *Postfeminist Gothic, Critical Interventions in Contemporary Culture*, 2007, S. 126–139; *Leuenberger*, *Bridge-water Review* 36 (2017), 9–12; *Montague*, *Collective Memory and Performance: An Analysis of two Adaptations of the Legend of Beatrice Cenci*, Masterarbeit McMaster

University 2011; *Wilson*, in: *Maufort/Bellarsi* (Hrsg.), *Siting the Other: Re-Visions of Marginality in Australian and English-Canadian Drama*, 2001, S. 267–278; *Zapf*, *Singing History, Performing Race, An Analysis of Three Canadian Operas: Beatrice Chancy, Elsewhereless and Louis Riel*, 2004.

²⁶ Dazu *Jack* (Fn. 9), S. 182.

²⁷ *Pollin* (Fn. 8 – Music), S. 104 (Nr. 1051), nennt eine Quelle, die die Oper „Beatrice Cenci“ von *Ludomir Rozycki* in das Jahr 1937 verlegt.

²⁸ Vgl. *Riemann*, *Musik-Lexikon*, 2017, S. 228 f. – *Pollin*, (Fn. 8 – Music), S. 30 (Nr. 309), gibt als Entstehungszeit die 1890er Jahre an.

²⁹ Dazu *Nicholl*, *London Review of Books* 20 (1998), 23; *White*, *Modern Language Association* 37 (1922), 683–690.

(1885–1973), „Beatrice Cenci“ (Ein Trauerspiel in einem Vorspiel und fünf Akten, 1937/1955), *Alberto Moravia*, „Beatrice Cenci“ (Schauspiel in drei Akten und einem Nachspiel, 1955)³⁰, *Umberto Liberatore*, „Beatrice Cenci“ (Tragedia storica in cinque atti, 1957), *Domenico Di Cesare*, „Si accende il giorno, La tragedia di Beatrice Cenci“ (2006).

Historische Darstellungen (Novellen, Romane), zum Teil an den Quellen orientiert, zum Teil als literarische Phantasie, schrieben neben den bereits genannten *Guerrazzi*, *Stendhal* und *Dumas* u.a. *V. Verdè*, „Beatrice Cenci. Cenna storico del secolo XVI“ (1842), *Agostino Ademollo*, „Beatrice Cenci Romana. Storia del secolo XVI“ (1849), *Fillipo D. Scolari*, „Beatrice Cenci. Causa celebre criminale del secolo XVI“ (1855), *Carlo Tito Dalbono*, „Storia di Beatrice Cenci“ (1864), *Antonio Torrigiani*, „Clemente VIII. e il Processo Criminale della Beatrice Cenci“ (1872), *Alexandre Dumas*, „Les Cenci“ (1839/1840)³¹, *Mathieu Auguste Geffroy*, „La légende de la Cenci“ (in: *Revue des Deux-Mondes* 38 [1880], 941–946) und „Beatrice Cenci“ (in: *Études italiennes*. Paris 1898), *Richard Davey*, „Beatrice Cenci“ (1886)³², *Diomede Rodani*, „La storia vera di Beatrice Cenci“ (1899), *Stefan Zweig*, „Legende und Wahrheit der Beatrice Cenci“ (1926)³³, *Lionel Cust*, „The Cenci. A Study in Murder“ (1929), *Robert McClaughlin*, „The Axe Fell: The Story of the Cenci“ (1938), *Philip Lindsay*, „The Fall of the Axe“ (1940), *Kurt Pfister*, „Beatrice Cenci“ (1946), *Frederic Prokosch*, „A Tale for Midnight“ (1955), *Suzanne Kircher*, „A Roman Scandal: The Story of Beatrice Cenci“ (1976), *Christina Stead*, „The Man Who Loved Children“ (1940, 1965), *Hardouin di Belmonte Ventimiglia*, „Un papa Clemente di nome. In difesa di Beatrice Cenci“ (1979), *Norberto Valentini/Milena Bacchiani*, „Beatrice Cenci. Un intrigo del sicquecento“ (1981), *Josef Mühlberger*, „Beatrice Cenci“ (1981)³⁴, *Christopher M. Yeager*, „Cenci. The History of a tragedy“ (Ann Arbor Michigan 1987), *Mario Bevilacqua/Elisabetta Mori*, „Beatrice Cenci. La storia, il mito“ (1999), *Lamberto Antonelli*, „Beatrice Cenci. Cronaca di una tragedia“ (2002), *Hitomi Yiu*, „The Final Hours of Beatrice Cenci“ (Roman 2015), *Robert Grey Reynolds Jr.*, „Beatrice Cenci. Tragic Beauty of Medieval Rome“ (Roman 2015), *Raffaella Bonsignori*, „La triste Storia della Bella Beatrice“ (1599)³⁵. Hinzuweisen ist auch auf die Bearbeitung des Stoffes in den bereits genannten Werken von *Melville*, *Hawthorn*, *Wharton* und *Montégut*.

³⁰ Dazu *Jack* (Fn. 9), S. 180 f. *Robert Anthony Di Domenica* schuf nach dem Stück von *Moravia* seine bereits genannte Oper „Beatrice Cenci“ (1993); *Jack* (Fn. 9), S. 182.

³¹ In: *Dumas*, *Crimes célèbres*, 1839/40. Dazu *Jack* (Fn. 9), S. 150 ff.

³² Vgl. *Davey*, *The Antiquary* 74–77 (1886), 67–71, 119–122, 163–166, 197–203.

³³ In: *Zweig*, *Kurze Texte über historische Persönlichkeiten*, 2017; im Internet im Rahmen des Projekts Gutenberg abrufbar.

³⁴ In: *Mühlberger* (Fn. 2), S. 111 ff.

³⁵ In: *Bonsignori*, *Fiume Bojaccia. Delitti e Misteri Romani Sul Tevere*, 2015, S. 143–188.

Schließlich wurde der Stoff mehrere Male verfilmt, unter folgenden Regisseuren: *Mario Caserini* (1909), *Ugo Falena* (1910), *Baldassarre Negrone* (1913, 1926), *Guido Brignone* (1941) und – bereits oben angesprochen – *Lucio Fulci* (1969).

2. Der historische Sachverhalt

Lange Zeit triumphierte die Phantasie über das Bemühen, den historischen Sachverhalt genau(er) zu erfassen, obwohl der Prozess sorgfältig dokumentiert und die Überlieferung durchaus zugänglich war. Man legte sich meist eine Beatrice Cenci zurecht, wie man sie sich vorstellte und vorstellen wollte.

a) Die Schwierigkeit einer historischen Darstellung

Offensichtlich begann dies bereits mit ihrer Hinrichtung am 11.9.1599, an einem sehr heißen Tag, der im Zusammenwirken mit der erregenden Situation der Tötung der drei Verurteilten zu mehreren Schlaganfällen und daher Todesfällen unter den Umstehenden führte; auch stürzte eine frisch errichtete Tribüne ein, wodurch drei Menschen ums Leben kamen. Zudem führte der große Andrang zu zahlreichen Verletzungen. Immerhin waren die Cenci eine der angesehensten Familien in Rom. Die Ereignisse in den Kerkern und der Folterkammer – die man nur durch Gerüchte kannte und kennen konnte – waren schon früher von den Zeitgenossen (darunter auch vielen ausländischen Gesandten, die nach Hause berichteten) viel diskutiert worden; eindeutig überwogen vor allem bezüglich Beatrice Mitleid, Hoffnung auf Begnadigung und dann Verwünschungen des strengen, die Begnadigung ablehnenden Papstes, die nun auch von der Menschenmenge zum Ausdruck gebracht wurden, die sich auf den Straßen und Balkonen bis zur Engelsbrücke – auf der das Hinrichtungsgerät errichtet worden war – versammelt hatte. Beatrice wurde als junges (sogar erst 16-jähriges) und (daher) unschuldiges Mädchen angesehen, das sich gegen väterliche Gewalt (die bis zur inzestiosen Vergewaltigung interpretiert wurde) zur Wehr gesetzt hatte. Beatrice scheint dieses Bild auch unterstützt zu haben. Es wird berichtet,³⁶ dass sie ein Kleid nach Art der Nonnengewänder schneiden ließ, aus schwarzer Seide mit einem großen Gürtelstrick; sie trug einen schwarzen Schleier, der ihr bis zum Gürtel reichte; statt Handschellen waren ihre Hände mit einem seidenen Strick gebunden, der deren freien Gebrauch zuließ. Sie trug in der linken Hand ein Kreuzifix. Sie starb „muthig und fromm“, mehrere Gebete aufsagend und um göttliche Barmherzigkeit bittend. Ihr Leichnam wurde bis zum Abend vor der Engelsburg an der Brücke von zwei Fackeln beleuchtet. Nach Dunkelwerden wurde er in einen Sarg gelegt, der mit einem kostbaren Tuch bedeckt und mit Blumen bestreut wurde. Zum Haupt und zu den Füßen wurden Blumengirlanden gelegt. Der Sarg wurde mit großem Pomp und unzähligen Fackeln nach dem Petersdom gebracht und vor dem Hochaltar vier Stunden aufgebahrt. Dann wurde Beatrice in der Kirche San Pietro Montorio bestattet. Ein Gesandter berichtete an den

³⁶ Vgl. *Pfister*, *Beatrice Cenci*, 1946, S. 10; *Ricci* (Fn. 16), S. 301 ff.

Großherzog Ferdinand I.; „Beatrice ist wie eine Heilige gestorben“³⁷. Vielen der Umstehenden erschien sie offensichtlich durch ihre Unerschrockenheit und Standhaftigkeit als die Verkörperung jener Tapferkeit, mit der die ersten Christen zum Blutgerüst geschritten waren; „und so wurde auch Beatrice zur Märtyrerin gestempelt.“³⁸ Ihr Grab wurde durch viele Jahre hindurch zu einem Wallfahrtsort.

Vor allem sprachen viele Zeitgenossen und ihnen folgende Schriftsteller von einer vergeltenden Reaktion Beatrices auf einen gewaltsamen Inzest durch ihren Vater. Bezeichnend ist für diese Überlieferung etwa die anonyme „Geschichte der Hinrichtung der Beatrice Cenci und ihrer Familie, unter Papst Klemens dem Achten in Rom den 11. September 1599. Aus Schriften von Augenzeugen“, die 1789 in Wien veröffentlicht wurde von den „Herausgebern der angenehmen und lehrreichen Beschäftigungen für Kinder in ihren Freystunden“³⁹. Im Wechselspiel von Erzählung und Dialogen zwischen den Beteiligten wurde hier u.a. der gewaltsame Inzest von Beatrice ausführlich erzählt; sie habe dadurch keinen Vater mehr, da dieser sich als ein Ungeheuer, ein Untier erwiesen habe; ihre Liebe sei zu Hass geworden. Da die Familie des Francesco durch den Papst rechtlich nicht geschützt worden sei, sei der Naturzustand eingetreten, der zur Tötung des Gewalttäters berechtige. Eigentlich trage daher der Papst – gierig nach den Ablösegeldern, weshalb er gegen die Gewalttaten des Vaters rechtlich nicht vorgegangen sei – an dem gesamten Geschehen Schuld. Das gemeinsame Abendessen der eingekerkerten Cenci nach ihren Geständnissen wurde mit dem „Abschiedsmahl Christi von den Jüngern“ verglichen. In einem Dialog zeigten die Verurteilten, dass sie von der Gerechtigkeit Gottes ausgingen und überzeugt waren, in das Himmelreich einzugehen. Vor der Hinrichtung hielten Beatrice und Giacomo eine Rede an die Umstehenden; Beatrice ermahnte die Eltern, sich um ihre Kinder zu kümmern, und die Kinder, den Eltern gehorsam zu sein.

Die modernen Historiker bezweifeln die Realität eines solchen gewaltsamen Inzests; wie z.B. *Riccardo Ricci* in seiner großen Cenci-Arbeit aus dem Jahr 1923, in der er in dieser Frage den Ausführungen des Jesuiten *Ilario Rinieri*⁴⁰ von 1909 folgte. Wie *Rinieri* habe auch er – so schreibt er – im gesamten Aktenmaterial, das vom November 1598 bis August 1599 mehr als 50 Verhöre umfasst, keinen einzigen Hinweis, keine einzige Andeutung auf einen Inzest gefunden. Anfangs habe Beatrice überhaupt jede Gewalttätigkeit des Vaters verschwiegen, um einen möglichen Schluss auf ein Mordmotiv zu vermeiden. Dann habe sie zugegeben, von ihm

körperlich gezüchtigt und einer grausamen Behandlung ausgesetzt gewesen zu sein.⁴¹ Nur im letzten Verhör des 19.8.1599 sei eine Magd zum Richter gekommen und habe eine Äußerung von Beatrice erwähnt, dass sie nicht verbrannt werden wolle, was sie in einen Zusammenhang zu einem Hinweis von Beatrice gebracht habe, dass ihr Vater in ihrem Bett habe schlafen wollen, was sie aber nicht zugegeben habe. Doch habe diese Zeugin sich dann in Widersprüche verwickelt, weshalb ihre Aussage nicht glaubwürdig gewesen sei. Zudem meint *Ricci*, dass die Zeugin offensichtlich von dem Verteidiger der Cencis, dem bekannten Rechtslehrer Prospero Farinaccio, eingesetzt worden sei.⁴² Denn dieser habe in seiner Verteidigungsrede – die er später auch veröffentlichte⁴³ – den Inzest in den Mittelpunkt gestellt: „Alles, was Beatrice getan hat, geschah aus Furcht vor der unmittelbar drohenden oder doch aus Angst vor einer künftigen Schändung, und sie muß aus diesem Grunde ebenso entschuldigt werden, wie wenn sie die Tat in der Not des Augenblicks begangen hätte, oder wofern die Schändung bereits erfolgt wäre. So hat sie zur Sühne der ihr widerfahrenen Schmach gehandelt“.⁴⁴ Farinaccio kam mit dieser Behauptung nicht durch; es ist interessant, dass auch nach dieser Verteidigung Beatrice selbst nicht auf diesen Vorwurf zurückgriff. Farinaccio selbst fügte seiner Veröffentlichung der Rede die Schlussbemerkung an, dass der Papst zwar den Bruder Bernardo begnadigt habe, „ein Gleiches hatte man sicher für seine Schwester erhofft, wenn man für die zu ihren Gunsten vorgeschlagene Entlastung den Beweis hätte erbringen können, was nicht der Fall war“.⁴⁵

1879 veröffentlichte der Archivar *Dr. Antonio Bertoletti* in seinem Buch „Francesco Cenci e la sua Famiglia“⁴⁶ die von ihm entdeckte Geburtsanzeige, die Francesco Cenci niedergeschrieben hatte. Danach war Beatrice am 6.2.1577 geboren worden, was bedeutete, dass sie mit 22 Jahren hingerichtet wurde. Außerdem teilte *Bertoletti* eine bis dahin unbekannte Ergänzung des Testaments mit, das Beatrice am 27.8.1599 erstellt hatte (und das wegen der Verlesung am 13.9.1599 allgemein bekannt war). In diesem Testament⁴⁷ hatte sie insgesamt über ihre Mitgift verfügt, vor allem Legate für die Kirche und fromme Bruderschaften ausgesetzt (auch für das Lesen von Messen für ihr Seelenheil), dann auch einer Madonna Caterina de Santis 300 Scudi in bar vermacht, deren Zinsen „nach meinem ihr anvertrauten Wunsch“ verwendet werden sollten. Am 8.9.1599, also drei Tage vor ihrem Tod, wurde nun in diesem neu vorgelegten

³⁷ So *Ricci* (Fn. 16), S. 302.

³⁸ So *Ricci* (Fn. 16), S. 303.

³⁹ Die Herausgeber erhoben den Anspruch, sich an die „Hinrichtungsgeschichte der Familie“ und an einige unterschiedliche Abschriften (u.a. auch den Ausführungen in den Analen des Muratori [1749]) zu halten und die historische Wahrheit zu berichten (*Anonym* [Fn. 12], S. 123 ff.).

⁴⁰ Vgl. *Rinieri*, *Beatrice Cenci secondo i costumi del suo processo*, 1909 (ein Buch, das allerdings Francesco Cenci zu positiv darstellte). Ebenso *Pfister* (Fn. 36), S. 33 f.; *Chledowski* (Fn. 16), S. 80 f.

⁴¹ So *Ricci* (Fn. 16), S. 267 f. Zu den Gewaltverhältnissen innerhalb der Familie, zu denen auch der Inzest gehörte, vgl. *Fosi*, *Papal Justice, Subjects and Courts in the Papal State, 1500–1750*, 2011, S. 142 ff.

⁴² So *Ricci* (Fn. 16), S. 268 ff.

⁴³ Sie ist in englischer Übersetzung abgedruckt in: *Bowyer*, *A Dissertation on the Statutes of the Cities of Italy*, 1838, S. 73–115.

⁴⁴ Zitiert in: *Ricci* (Fn. 16), S. 276 f.

⁴⁵ Zitiert in: *Ricci* (Fn. 16), S. 282.

⁴⁶ Vgl. *Nicholl*, *London Review of Books* 20 (1998), 23.

⁴⁷ Dazu vgl. *Chledowski* (Fn. 16), S. 88.

Dokument Beatrice genauer: „Ich hinterlasse Madonna Caterina de Sanctis [...] weitere 500 Scudi in bar, die sie an sicherem Orte anlegen und deren Zinsen sie zu einem wohlthätigen Zwecke, das heißt für ein Pflegekind⁴⁸ verwenden soll, wie ich es mündlich mit ihr besprochen habe“.⁴⁹ Die Historiker nehmen seither überwiegend an, dass sie damit die finanzielle Versorgung für ihren unehelichen Sohn aus dem Verhältnis mit dem Kastellan Olimpio Calvetti, das von zahlreichen Zeugenaussagen geschildert wurde, regeln wollte.⁵⁰ Es ist nicht zu klären, ob dieses folgenreiche sexuelle Verhältnis für den Mordplan von Bedeutung war. *Ludwig von Pastor* vertrat die Auffassung, dass Francesco dieses Verhältnis entdeckt und beide dafür sanktioniert habe.⁵¹ Auf diese Frage wird noch eingegangen werden.

b) Die Tat

Historisch geklärt scheint (nur) die Tat selbst zu sein.⁵² Am 9.9.1598 betraten frühmorgens der bereits genannte Kastellan Olimpio Calvetti und der Hufschmied Marzio Catalano das Schlafzimmer des am 11.11.1549 geborenen, also 49-jährigen römischen Patriziers Francesco Cenci in der Burg Petrella del Salto, zwischen Avezzano und Rieti in den Abruzzen (damals Königreich Neapel) gelegen.⁵³ Sie wurden von der Tochter Beatrice begleitet, die das Fenster öffnete, um Licht hereinzulassen. Durch das Geräusch wurde Francesco, der zwar durch in den Abendtrunk gemischtes Opium betäubt worden war, wach. Während Beatrice aus dem Zimmer rannte, versetzte

⁴⁸ Offensichtlich ein Knabe („povero fanciullo“); so *Nicholl*, London Review of Books 20 (1998), 23.

⁴⁹ So *Ricci* (Fn. 16), S. 289 f.

⁵⁰ So *Ricci* (Fn. 16), S. 291 ff.; *Zweig* (Fn. 33); *Pfister* (Fn. 36), S. 27 ff.; *Nicholl*, London Review of Books 20 (1998), 23.

⁵¹ Vgl. *Pastor*, Geschichte der Päpste im Zeitalter der katholischen Reformation und Restauration: Klemens VIII. (1592–1605), 1927, S. 617. Ähnlich auch *Chledowski* (Fn. 16), S. 79. Für *Crawford*, The Century Illustrated Monthly Magazine 75 (1908), 449–461, war dieses Verhältnis überhaupt der Grund für den Mordplan. Er spricht von „a great love story“.

⁵² Vgl. die Schilderung in *Ricci* (Fn. 16), S. 62 ff.; *Chledowski* (Fn. 16), S. 82; *Pfister* (Fn. 36), S. 15 ff. Die historische Forschung ist durch mehrere sorgsam verarbeitende Werke vorangetrieben worden, wie z.B. *Bertoletti* (Fn. 16); *Sabatini*, La torre dei Cenci e la leggenda di Beatrice, 1906; *Rinieri* (Fn. 40); *Montenovesi*, Beatrice Cenci davanti alla giustizia dei suoi tempi e della storia su fonti inedite, 1928. Der „Klassiker“ ist die 1923 in Mailand erschienene Darstellung „Beatrice Cenci“ von *Ricci* (Fn. 21). Siehe auch die Quellensammlung: *Colonna/Chiorando*, Il processo die Cenci, 1934, und den von *Di Sivo* herausgegebenen Sammelband „I Cenci: nobiltà di sangue“, 2002. Dabei muss allerdings beachtet werden, dass die ausgewerteten Prozessakten nur in eingeschränktem Maße verlässlich sind; vgl. *Blastenbri*, Kriminalität in Rom 1560–1585, 1995, S. 24 ff.; *Fosi* (Fn. 41), S. 63 ff.; ähnlich auch *Dean*, Crime and Justice in Late Medieval Italy, 2007, S. 17 ff.

⁵³ Die Burg ist abgebildet in *Ricci* (Fn. 16), S. 23, 24.

ihm Olimpio mehrere heftige Schläge mit dem mitgebrachten eisernen Hammer, auch mit dessen Spitze, auf den Kopf, während Marzio mit einem eisenbeschlagenen Stock die Füße niederhielt. Ohne einen Laut von sich zu geben, starb Francesco an den Schlägen. Die Mörder wollten ganz sicher gehen und fügten ihm noch so viel Wunden zu, dass das Blut auf den Fußboden spritzte und Decke und Matratze blutdurchtränkt waren. Die Täter holten Beatrice und ihre Stiefmutter Lukretia, die zweite Frau Francescos, und gingen daran, den zuvor gemeinsam ausgeheckten Plan auszuführen, nämlich einen tödlichen Unfall beim nächtlichen Aufsuchen des Abtritts vorzutäuschen. Die dem Zimmer vorgelagerte Holzgalerie erwies sich als zu fest; es war nicht möglich, das Geländer so zu beschädigen, dass man eine eventuelle Stablücke auf das Aufstützen durch Francesco hätte zurückführen können. So erweiterten die Männer das Loch im Fußboden der Galerie, durch das man die Abfälle herabzuwerfen pflegte. Dann kleideten sie den Toten an, trugen ihn auf die Galerie hinaus und stürzten den Leichnam durch das Loch in den Garten. Gemeinsam mit den beiden Frauen zogen sie dann das mit viel Blut getränkte Leintuch und die Bettwolle der Matratze ab und versteckten sie an einigen Orten im Haus. Anschließend verließen die Männer die Burg. Olimpio ging nach Hause, Marzio verzog sich kurzfristig in die Berge. Schließlich – so gegen sieben Uhr morgens – riefen die beiden Frauen die Bediensteten um Hilfe; der Leichnam wurde im Garten gefunden. Zahlreiche Menschen aus dem Dorf kamen und begafften sogar das Schlafzimmer des Toten.

Zunächst schien der Plan aufzugehen. Auf Drängen vor allem von Olimpio, der auch die Besucher aus der Burg verwies, wurde schnell die Beerdigung vorbereitet, die Totenmesse gehalten und der Leichnam am Friedhof begraben. Doch bald begannen manche, die Version des Unfalls in Frage zu stellen. Manches schien zweifelhaft.⁵⁴ Die Täter und die beiden Frauen hatten die selbstverständliche Vorsicht nicht gewahrt; so hatte Beatrice der Frau des Olimpio das blutgetränkte Leintuch zum Waschen gegeben. Der älteste, 1567 geborene Sohn, Giacomo, kam mit dem jüngsten, 1584 geborenen Bruder, Bernardo, aus Rom nach Petrella. Beide waren zuvor in den Mordplan eingeweiht worden und mit ihm einverstanden; auch sie wünschten den Tod des Vaters. Giacomo hatte den Plan sogar vehement unterstützt und dazu mehrere Ratschläge gegeben. Man wunderte sich im Umfeld von Pretella, dass sie keinerlei Traueraktivität zeigten, sondern nur ein Inventar der Wertgegenstände aufnahmen. Am 13.9.1598 verließen die vier Mitglieder der Cenci-Familie die Burg und fuhren mit Dienstpersonal (darunter auch Marzio und Olimpio) nach Rom, wo sie in dem Palast auf dem Monte a Cenci einzogen. Marzio setzte sich wieder in die Berge ab.

Die treibende Kraft hinter dieser Tat war Beatrice.⁵⁵ Für manche Autoren war sie deshalb eine typische Cenci, durch-

⁵⁴ Vgl. *Ricci* (Fn. 16), S. 83 ff. Auch die Frauen von Olimpio und Marzio fassten Verdacht.

⁵⁵ So *Ricci* (Fn. 16), S. 39. Anders *Pfister* (Fn. 36), S. 35, der in Giacomo den geistigen Initiator der Tat sieht. Für *Crawford*, The Century Illustrated Monthly Magazine 75

aus vergleichbar dem Vater und den Brüdern; „so war das Milieu beschaffen, in dem Beatrice aufwuchs, und ihre gewaltsame leidenschaftliche Natur gab sich diesen Einflüssen willenlos hin“⁵⁶; oder sie wurde eingeschätzt als die typische „Frau der Renaissance, mutig und verwegen und besinnungslos kühn in ihrem Entschluß. Ihr Vater hat sie erniedrigt, ihr Vater hat sie geschlagen, ihr Vater nimmt ihr durch Einsperung das ganze eigene Leben – so muß er sterben, und diesem einen Ziel opfert sie nun alles auf – sogar ihren eigenen Leib“.⁵⁷

Doch ist für alle Autoren unstrittig die grausame und brutale Behandlung durch ihren Vater, vor allem in der Burg Petrella, die dem Freund von Francesco – dem Fürsten Marzio Colonna – gehörte und in die er im Frühjahr 1595 aus finanziellen Gründen seine Frau Lukretia und Beatrice unterbrachte, betreut von dem Kastellan der Colonna, Olimpio Calvetti, der ein sehr bewegtes und abenteuerliches Leben gelebt (in der Vergangenheit auch zwei Morde begangen) hatte. Francesco ging selbst dann mit einem Diener von 1595 bis 1597 nach Rom zurück, um seine finanziellen Angelegenheiten zu ordnen. In der Zwischenzeit begann Beatrice (vielleicht aus Langeweile) ein Verhältnis mit dem 50-jährigen Olimpio, eigentlich glücklich verheiratet und Vater einer kleinen Tochter. Die meisten modernen Autoren nehmen an, dass – wie bereits berichtet – dieses Verhältnis nicht folgenlos blieb, das Kind einer Pflegemutter übergeben wurde (die dann im Nachtrag des Testamentes bedacht wurde). Ob Francesco bei seiner Rückkehr (mit seinen Söhnen Bernardo und Rocco) von diesem Verhältnis – das wegen des Standesunterschiedes für die Familie Cenci Schande bedeuten musste – erfahren hatte, ist nicht sicher. Jedenfalls musste Olimpio mit seiner Familie in ein nahegelegenes Haus umziehen; und die beiden Frauen wurden regelrecht hinter vergitterten Fenstern eingesperrt, zum Teil bei Wasser und Brot gehalten. Nun begann die Leidenszeit für Beatrice. Sie wurde von Francesco auch misshandelt, ja mit dem Ochsenziemer gezüchtigt. Die Chance, verheiratet zu werden und so der Gewalt des Vaters zu entgehen, bestand nicht, da Francesco weder das Geld für eine Mitgift hatte noch bereit war, sie aus seiner Herrschaft zu entlassen. Sie wurde wie eine Sklavin gehalten, musste z.B. die ekligsten Spuren einer Krätze, die er im Kerker – zu dem er wegen einer Gewalttätigkeit verurteilt worden war, bevor er sich freikaufen konnte – bekommen hatte, jeden Abend abreiben. Bittschreiben von Beatrice an den Papst um Hilfe wurden abgefangen, jedenfalls nicht positiv beschieden, führten zu noch härterer Bestrafung durch Francesco. Sein Versuch allerdings, auch seine jüngeren Söhne Bernardo und Paolo in der Burg festzuhalten,

(1908), 449, kam der Mordplan von Olimpio, der nach dem Tod des Francesco auf eine Eheschließung mit Beatrice – der Mutter seines Kindes – gehofft hatte. Im Übrigen gibt es ein literarisches Vorbild für eine solche Tötung in der viel gelesenen Novellensammlung des *Cinzio Giraldis*, die auch Shakespeare die Vorlage zum „Othello“ bot (vgl. *Mitchell* [Fn.22], S. 57; *Pfister* [Fn. 36], S. 15; *Ricci* [Fn. 16], S. 59 f.).

⁵⁶ So *Cledowski* (Fn. 16), S. 77.

⁵⁷ So *Zweig* (Fn. 33).

misslang, beide konnten mit Hilfe des Kastellan Olimpio fliehen. Diesem war es auch gelungen, den alten, als Wächter angestellten Santi da Pompa d’Argenio zu bestechen, der ihm immer wieder den Weg in das Schlafzimmer von Beatrice öffnete. Dabei dürfte er bei seinen heimlichen Besuchen den Hass auf den Vater geschürt haben. Manche⁵⁸ nehmen an, dass er Beatrice auch den Gedanken eingepfiff hatte, ihn zu töten. Beatrice ging schließlich auf seinen Vorschlag ein, vor allem weil er versprach, nach der Tat mit ihr und Lukretia Petrella zu verlassen; sie wurde sogar so von dem Vorschlag erfüllt, dass sie die Verschwörung leitete und die aktive Rolle (gegenüber den insgesamt doch ängstlichen Männern) bei der Ausführung übernahm. Olimpio fand in Marzio Catalano einen Tatgenossen; er fuhr auch nach Rom und setzt sich mit den drei Söhnen Giacomo, Bernardo und Paolo ins Einvernehmen.

Francesco war mit zwölf Jahren mündig gesprochen worden, hatte nach dem Tod des Vaters mit 14 Jahren ein gleichaltriges Mädchen geheiratet, aus welcher Ehe zwölf Kinder hervorgingen (von denen fünf frühzeitig starben). Mit 13 Jahren hatte er ein riesiges Vermögen geerbt, das sein Vater – der zahlreiche hohe Ämter (darunter auch das Generalschatzmeisteramt der Apostolischen Kammer) bekleidet hatte – schamlos, auch durch Unterschlagung angehäuft hatte: *Chledowski* spricht von (umgerechnet) über zwei Millionen Lire, die damals einen noch höheren Wert repräsentiert hätten.⁵⁹ Dieses Vermögen zerfloss recht bald, vor allem weil Francesco durch seine Gewalttätigkeit, seinen Jähzorn, auch durch seine sexuellen Ausschweifungen (Sodomie) mit Frauen und Männern⁶⁰ häufig mit dem Recht in Konflikt geriet. Mehrere Male saß er im Kerker; in den meisten Fällen konnte er sich – wie damals rechtlich zulässig – durch Zahlung von Geldbußen freikaufen. Dazu kamen noch etwaige Zahlungen von Schmerzensgeld an geprügelte Opfer. 60.000 Scudi musste er an den Fiskus zahlen, um der völligen Beschlagnahme der von seinem Vater unterschlagenen Amtsgelder zu entgehen. 25.000 Scudi verlangte die Apostolische Kammer dafür, dass die Ehe des Vaters nachträglich als gültig anerkannt und er als Sohn legitimiert wurde.⁶¹ Dadurch verschärfte sich der Konflikt mit seinen Kindern, vor allem mit dem ältesten Sohn Giacomo, der sein künftiges Erbe bedroht sah, zudem vom Vater finanziell ausgehungert wurde, selbst als er eine Familie gegründet hatte. Man kann sagen, dass

⁵⁸ Vgl. *Cledowski* (Fn. 16), S. 81.

⁵⁹ Vgl. *Chledowski* (Fn. 16), S. 72. *Ricci* (Fn. 16), S. 3, nennt ein Barvermögen von fast einer halben Million Scudi – einem Gold- oder Silbertaler, heute (1926) etwa im Wert von fünf Lire – und großen Ländereien und Palästen.

⁶⁰ Dieses „unaussprechliche“ Verbrechen der Sodomie kann weder mit der „Unzucht mit Tieren“ (Bestialität) noch mit homosexuellem Verkehr gleichgesetzt werden. Es ging um „unnatürliches Sexualverhalten“, das nicht zur Zeugung eines Kindes führen konnte; in der Praxis meist um Analverkehr (auch mit der Ehefrau). So *Fosi* (Fn. 41), S. 149 ff. Vgl. dazu allgemein (und zur Verfolgungsintensität) *Blastenbrei* (Fn. 52), S. 277 ff.

⁶¹ *Chledowski* (Fn. 16), S. 73 f.

Francesco seine Kinder aufrichtig hasste und ihnen alles Böse wünschte. Der Hass wurde erwidert, was sich z.B. darin zeigte, dass nach der Einkerkung des Francesco wegen wiederholter Sodomie die Söhne beim Papst für die Verhängung der Todesstrafe eintraten, was der Papst dann aber ablehnte, dafür als Ablösung eine Geldbuße von 100.000 Scudi einforderte.⁶² Francesco zeigte Giacomo auch einmal ergebnislos wegen Giftmordversuchs an.⁶³ Giacomo und sein Bruder Rocco (unterstützt von dem Monsignore Mario Guerra, dem Sekretär eines Kardinals) hatten auch während einer Abwesenheit des Vaters Wertsachen aus dessen Haus entwendet. Auch sonst glichen die Kinder dem Vater: den römischen Gerichten hat wohl keine Familie so viel zu schaffen gemacht wie die Cenci.⁶⁴ Die Söhne Christoforo und Rocco waren nicht nur bekannte Schläger und in zahlreiche Liebeshändel verstrickt, sondern auch leidenschaftliche Würfelspieler. Sie kamen frühzeitig bei gewalttätigen Auseinandersetzungen ums Leben. Auch die ältere Tochter Antonia, die 1595 geheiratet hatte, starb 1598 (also noch vor der Familienkatastrophe).

c) Das Verfahren und die Hinrichtung

Am 5.11.1598 wurde das Verfahren in Rom eröffnet, da die Gerüchte, Francesco sei von seinen Kindern ermordet worden, nicht verstummen wollten. Marzio Colonna, dem Petrella gehörte, stellte sofort Recherchen an. Seine Beamten wurden beauftragt, den Fall zu untersuchen; auch dem Vizekönig von Neapel wurde Bericht erstattet (gehörte Petrella doch zum Königreich Neapel). Auch die informierten Behörden in Rom mussten handeln, verhörten Giacomo, Lukretia und Beatrice; sie legten aber keinen wirklichen Eifer an den Tag, auch weil Papst Clemens VIII. noch von Rom abwesend und in Ferrara war, um von dieser Stadt nach dem Erlöschen des Geschlechts der Este Besitz zu ergreifen. Die neapolitanischen Behörden begannen mit einer genaueren Untersuchung des Todesfalls. Unter anderem wurde die Leiche ausgegraben und an ihr die eindeutigen Wunden durch die Hammerschläge bemerkt. Die Indizien für einen Mord (genauer: für einen Auftragsmord) häuften sich. Der Verdacht fiel auf Olimpio und Marzio, nach denen die Fahndung ausgeschrieben wurde.

Giacomo begann sich der möglichen gefährlichen Zeugen zu entledigen. Vielleicht war das erste Opfer der 15-jährige Bruder Paolo, der in das Ganze eingeweiht war. Er starb plötzlich; manche meinen, an Gift.⁶⁵ Giacomo versuchte, Olimpio in einem Hinterhalt töten zu lassen, was zunächst misslang. Marzio wurde am 13.1.1599 gefangen genommen und verhört. Er bezichtigte Gioacomo und Bernardo des versuchten Giftmordes an ihrem Vater; sie wurden daraufhin ebenfalls verhaftet. Später teilte er als sein Wissen mit, dass Olimpio Francesco Cenci getötet habe; er selbst habe nichts

damit zu tun. Beatrice und Lukretia wurden in ihrem Haus nochmals verhört: sie wiesen jeden Verdacht von sich. Auch Marzio überstand die Strickfolter und blieb bei seinen Aussagen. Erst im Verhör am 3.2.1599 wirkte die Drohung mit erneuter Folter: Marzio legte ein vollständiges Geständnis ab.⁶⁶ Die beiden Frauen wurden nun verhaftet und eingekerkert. Beatrice wurde am 10., 11. und 12.2.1599 verhört; sie stand mit erstaunlicher Souveränität die Befragungen durch, ohne sich zu belasten. Selbst als Marzio vor ihren Augen nochmals der Strickprobe unterzogen wurde und bei seiner sie belastenden Aussage blieb, erklärte sie ihn für einen frechen Lügner. Auch Lukretia verhielt sich in dieser Weise. Marzio wurde ein drittes Mal gefoltert, um die Glaubwürdigkeit seiner früheren Aussage zu bekräftigen. Er starb wenig später in der Kerkerzelle, in die man ihn gebracht hatte.

Nun stellte Olimpio die größte Gefahr für die Cenci dar. In der Zwischenzeit war Clemens VIII. von Ferrara wieder nach Rom zurückgekehrt, was den Eifer der Behörden steigerte. Die Inhaftierten wandten sich an Monsignore Guerra, dem ehemaligen Freund von Rocco Cenci. Offensichtlich wollten die beiden Frauen nur, dass Olimpio irgendwo in genügender Entfernung untergebracht würde; Giacomo und Guerra sorgten aber dafür, dass Olimpio am 17.5.1599 außerhalb Roms ermordet wurde.⁶⁷ Doch hatte er zuvor seinem Bruder Pietro, einem Laienbruder und Sakristan bei den Dominikanern, die Tatbegehung gestanden. Dieser Bruder wurde vom Gericht vorgeladen und mehrere Male verhört. Auch in der Folterung leugnete er zunächst jedes Wissen. Doch als er am nächsten Tag, dem 24.6.1599, zum erneuten Verhör geführt wurde, teilte er dem Richter alles mit, was er von Olimpio gehört hatte. Diese Aussage bekräftigte er durch das Überstehen der zweiten Folter.

Die Schlinge über die inhaftierten Cenci zog sich immer enger zu, vor allem, als dann noch bekannt wurde, dass der von einigen Zeugen belastete Guerra von Rom geflüchtet war.⁶⁸ Doch die Cenci blieben bei ihren Aussagen. Um eine Verurteilung zu ermöglichen, benötigte das Gericht aber ihr Geständnis⁶⁹; und ordnete deshalb – mit ausdrücklicher Ermächtigung durch den Papst (die für eine Folterung von Patriziern erforderlich war) – die Strickprobe an. Als erster gestand am 7.8.1599 Giacomo, der dabei die Hauptschuld auf Beatrice (und Lukretia) schob. Am 9.8. legte Lukretia ein Geständnis ab. Beatrice blieb zunächst bei ihren bisherigen Aussagen, auch als Lukretia und Giacomo ihre belastenden Angaben in der wiederholten Strickprobe ihr gegenüber aufrechthielten. So schritt man auch bei ihr am 10.8. zur Folter, die sehr schnell zu ihrem Geständnis führte,⁷⁰ das sie am nächsten Tag bestätigte.

⁶² Vgl. Ricci (Fn. 16), S. 8. Mit diesem Geld wurde Korn gekauft, das die Apostolische Kammer während der Teuerungen dem Volk zu billigen Preisen, den Armen sogar umsonst abgab (Chledowski [Fn. 16], S. 76).

⁶³ So Ricci (Fn. 16), S. 10.

⁶⁴ Chledowski (Fn. 16), S. 74.

⁶⁵ So Chledowski (Fn. 16), S. 84.

⁶⁶ Vgl. Ricci (Fn. 16), S. 162 ff.

⁶⁷ Dazu vgl. Ricci (Fn. 16), S. 194 ff.

⁶⁸ Trotz seines geistlichen Amtes hatte sich Mario an den nächtlichen Streifereien des jungen Francesco Cenci beteiligt, war also Freund der Familie; und hatte die Ermordung Olimpios vorbereitet (Ricci [Fn. 16], S. 325).

⁶⁹ So Ricci (Fn. 16), S. 240.

⁷⁰ Vgl. Ricci (Fn. 16), S. 253.

Verhöre und Folterungen fanden unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt, weshalb die an dem Verfahren interessierten BürgerInnen, aber auch die ausländischen Gesandten, die ihren Herrschaften die Nachrichten aus Rom überbrachten, auf Gerüchte angewiesen waren, die meist der Phantasie entsprangen und/oder bestimmten Interessen dienten. So entstand das Gerücht, dass Beatrice (und nur sie) die schlimmsten Folterqualen (sogar den Einsatz der Veglia⁷¹) überstanden habe, ohne etwas auszusagen.⁷² Dadurch wurde Beatrice zur eigentlichen (und einzigen) Heldin des ganzen Prozesses. Das Interesse konzentrierte sich auch auf sie und ihr weiteres Schicksal. Zugleich wurde zunehmend kolportiert, dass der Papst den Prozess deshalb gegen die Cenci führen würde, um sich ihrer Güter zu bemächtigen.⁷³

Die geständigen Cenci wurden – nach Geschlecht getrennt – nun in gemeinsame Zellen gebracht, um ihre Verteidigung durchzuführen (und Entlastungszeugen zu benennen, damit auch Personen, die Francesco in seinen Grausamkeiten gegenüber seiner Familie belasteten). *Ricci* meint, dass nun „ein beständiges Hin und Her von Juristen, Verwandten, Freunden, Dienern und fremden Personen“ einsetzte.⁷⁴ Für sie wurden die drei bekanntesten Advokaten Roms engagiert. Dabei trat der Rechtsgelehrte Prospero Farinaccio (1554–

1618)⁷⁵ für einen Freispruch für Beatrice ein, indem er behauptete, dass sie sich nur gegen inzestöse Vergewaltigung durch Francesco gewehrt, also in Notwehr gehandelt habe.⁷⁶ Damit kam er nicht durch, auch weil Beatrice in ihren Aussagen eine solche Tat niemals auch nur angedeutet, geschweige denn berichtet hatte); es gelang ihm nur, eine Begnadigung des jungen, 16-jährigen Bernardo durchzusetzen, nämlich: er musste (nur) der Hinrichtung der drei Cenci zusehen und danach Galeerendienst leisten.

Die Akten wurden dem Papst als dem Gerichtsherrn im Kirchenstaat vorgelegt und von ihm, der selbst ausgebildeter Rechtsgelehrter war, mit einem Kardinal durchgearbeitet. Es scheint so, als wäre er zu einer Begnadigung (jedenfalls der beiden Frauen) bereit gewesen (wie er sie ja auch dem jungen Bernardo gewährt hatte). Doch hatten im Juni 1599 und am 7.8.1599 jeweils Morde innerhalb der Familie (an einem Bruder) stattgefunden; am 6.9.1599 erreichte die Nachricht Rom, dass am Tage vorher Paolo Santa Croce – der zur römischen Hocharistokratie gehörte – seine Mutter erdolcht hatte, weil sie ihn nicht zum Erben eingesetzt hatte.⁷⁷ Offensichtlich unter dem Eindruck dieser Tat(en) unterzeichnete Clemens VIII. das Urteil, das ausdrücklich „für sie, die Ähnliches im Sinn haben sollten, ein warnendes Exemplum sein sollte“⁷⁸.

Über die drei anderen Cenci wurden vom Gericht Todesurteile ausgesprochen.⁷⁹ Giacomo sollte – nachdem er bereits bei der Karrenfahrt zum Hinrichtungsplatz mit glühenden Zangen gezwickt werden sollte – mit einer mit Blei beschwerten Keule (der „Mazzuola“) erschlagen, der Leichnam gevierteilt, die Stücke an vier Pfählen aufgestellt werden;⁸⁰

⁷¹ So auch *Zweig* (Fn. 33). Nach *Helbing*, *Geschichte der Folter*, 1910, S. 196, wurde die Veglia – wobei er diesen Namen auf „Nachtwache“ zurückführt, da der Betroffene mehrere Stunden, oft mehr als eine Nacht hindurch auf ihr zubringen musste – von dem Richter Girolamo Menghini in Siena unter dem Pontifikat Pius‘ V. (1565–1572) „erfunden“ und unter Zustimmung des damaligen Gouverneurs von Rom als fünfter und schwerster Foltergrad eingesetzt. *Ricci* beschreibt dieses Foltergerät wie folgt: „Dieses fürchterliche Instrument bestand in einer Verbindung von Stricken, Riemen, Haken und Flaschenzügen, die den Unglücklichen völlig nackt über einem dreibeinigen Schemel, der ‚Veglia‘, daher der Name der ganzen Prozedur, frei in der Luft schweben ließen. Die Riemen schnürten ihm den Oberkörper zusammen, die Stricke zerrten ihm die Gelenke und Muskeln der nach hinten gebundenen Arme auseinander und hielten die an einer Querstange links und rechts befestigten Füße in die Höhe. Auf dem Schemel aber lag ein spitziger Stein, der, sowie die gespannten Muskeln, bei der kleinsten Bewegung mit ihm in Berührung kam, die rasendsten Schmerzen verursachte“ (*Ricci* [Fn. 16], S. 232 f.). Eine Abbildung aus dem Buch „De visitatione carceratorum“ (1675) des *Scanaroli* findet sich in *Ricci* (Fn. 21 – 1923), S. 102, auch als Zeichnung in *Ricci* (Fn. 16), S. 232. *Ricci* betont, dass im Prozess gegen die Cenci dieses Gerät nicht eingesetzt wurde, sondern nur die übliche Strickprobe.

⁷² Manche (wie auch die Manuskripte, auf die sich *Shelley* und *Stendhal* beriefen) sprachen auch von einer eigens für Beatrice erfundenen „Haarfolter“, die darin bestanden habe, dass sie an ihren langen Haaren aufgezo-gen worden sei. Zu dieser „fake news“ vgl. *Ricci* (Fn. 21 – 1925), S. 276.

⁷³ Vgl. *Ricci* (Fn. 16), S. 258.

⁷⁴ So *Ricci* (Fn. 16), S. 263.

⁷⁵ Berühmt wurde er durch sein Werk „*Praxis et Theoretica Criminalis*“ von 1616.

⁷⁶ Nachzulesen in der englischen Übersetzung der Verteidigungsrede, die Farinaccio später veröffentlichte, in: *Bowyer* (Fn. 43), S. 73 ff. Für *Ricci* (Fn. 16), S. 281, ist dieses Gutachten „ein erbärmliches Machwerk“, das den Cenci mehr geschadet als genützt habe.

⁷⁷ Der Täter konnte im Übrigen entfliehen; sein Bruder, der ihn zur Tat angestiftet hatte, wurde im Januar 1604 vor der Engelsbrücke enthauptet (*Pistor* [Fn. 51], S. 619).

⁷⁸ Vgl. dazu *Pfister* (Fn. 36), S. 46 f.; *Ricci* (Fn. 16), S. 295 ff.

⁷⁹ Im Wortlaut abgedruckt in *Pfister* (Fn. 36), S. 8. *Ricci* (Fn. 16), S. 296.

⁸⁰ Vgl. *Anonym*, Darstellung der weltlichen Regierung des Kirchenstaats, aus den neuesten und sichersten Nachrichten, 1790, S. 56 f. Diese Todesstrafe durch „Mazzuola“ oder „Mazzolata“, „Mazzatello“, „Mazzolatura“ – von italienisch „mazza“ = „Keule“ – wurde für schwerste Verbrechen angewendet, im Kirchenstaat bis in das 19. Jahrhundert. Laut Wikipedia findet sich eine detaillierte Beschreibung in der ursprünglichen Fassung des Romans „Der Graf von Monte Christo“ von *Alexandre Dumas*: Demnach wurde dem Delinquenten mit einer schweren Keule auf den Kopf geschlagen, sodass er zu Boden stürzte. Durch einen Gegenschlag kam er auf dem Rücken zu liegen. Sodann zog der Henker sein Messer, schnitt ihm die Kehle durch, stieg auf seinen Brustkorb

Lukretia und Beatrice sollen durch die Mannaja (ein der späteren Guillotine verwandtes Instrument, also durch eine Art Fallbeil) enthauptet werden.⁸¹ Das Urteil wurde den Cenci in der Nacht vom 10. auf 11.9.1599 mitgeteilt. Sie nahmen offensichtlich die Nachricht mit großer Standhaftigkeit auf. Am Morgen besuchten sie die christliche Messe, legten die Beichte ab und bestimmten den Ort, an dem sie begraben werden sollten (Beatrice in San Pietro Montorio). Sie baten auch um die Gnade, dass ihre letztwilligen Verfügungen ausgeführt würden. Dann wurden sie einzeln in einem Karren⁸² untergebracht, unter Begleitung der Confortatori („Tröster“) in ihren schwarzen Kapuzen⁸³ und auch von zahlreichen anderen Bruderschaften zum Hinrichtungsplatz vor der Engelsbrücke gebracht und vor einer sehr großen Menschenmenge hingerichtet, zuerst Lukretia, dann Beatrice, schließlich Gioacomo.⁸⁴

Das Urteil hatte neben den Todesstrafen – wie in solchen Kriminalverfahren üblich⁸⁵ – noch den Verlust der gesamten beweglichen und unbeweglichen Habe der Verurteilten angeordnet; sie sollte an den Fiskus und an die Apostolische Kammer übergehen.⁸⁶ Allerdings waren die Güter mit hohen Schulden belastet, die zunächst durch zahlreiche Versteigerungen liquidiert wurden. *Chledowski* berichtet,⁸⁷ dass es bald zu Streitigkeiten zwischen der Witwe Giacomos und den übrigen Angehörigen der Familie (darunter Bernardo) kam. Es war nicht klar, wem die eingezogenen Güter eigentlich gehört hatten: Francesco oder (als Fideikommiss) der Familie. Francesco hatte in einem Testament Giacomo enterbt, fraglich, ob diese Verfügung rechtlich anzuerkennen war. Schließlich erbot sich die Witwe zur Zahlung einer hohen Summe, wenn ihre Kinder als Erben eingesetzt würden. Da sie aber keine Geldmittel hatte, die Schulden Franciscos abzahlen, mussten Güter verkauft werden. Dabei wurden einige dieser Ländereien von Francesco Aldobrandini, einem Verwandten des Papstes, sehr günstig erworben. Dies empörte die Römer, die schon während des Prozesses oft finanzielle Gründe für das gerichtliche Vorgehen gegen die Cenci vermutet hatten (wobei anzumerken ist, dass *Ricci* trotz zahlreicher Fehler des Papstes diesen Vorwurf als nicht begründet

ansieht)⁸⁸, wie sie auch das traurige Schicksal der nun vermögenslosen Witwe und der Kinder Giacomos rührte. Ob die Testamente der Hingerichteten ausgeführt wurden, ist nicht bekannt.

3. Die Kunstfigur Beatrice zwischen Verbrecherin und Märtyrerin

Vergleichen wir den historischen Sachverhalt mit den künstlerischen Darstellungen, werden einige Unterschiede deutlich.

a) Beatrice Cenci bei Shelley

Betrachten wir die sehr einflussreiche Bearbeitung durch *Percy Bisshe Shelley*, dann ist die ausdrückliche Berufung auf ein trotz aller Bemühungen der päpstlichen Regierung in Rom aufgefundenes Manuskript als historischer Quelle fragwürdig, was der Autor selbst eingestanden hat, da er einen Unterschied von der dort dargestellten Geschichte der Cenci zu seinem Versdrama herausstellt, sogar manche Lücken im Manuskript stehenlässt, da die „hier im Manuskript angeführten Einzelheiten gräßlich und nicht zur Veröffentlichung geeignet“ seien. Er wolle – so *Shelley* weiter – „die idealen Schrecken der Begebenheiten erhöhen und die wirklichen mildern“; dadurch habe er Beatrice als „tragischen Charakter“ dargestellt, indem er sie als italienische tief gläubige Katholikin des 16. Jahrhunderts gezeichnet habe: „in dem abergläubischen Grausen, mit dem sie sowohl ihr Leiden wie ihre Rache betrachte[t]“⁸⁹. Nur so könne das Mitgefühl der LeserInnen hervorgerufen werden, mit dem Ergebnis, dass diese „Beatrice zu rechtfertigen suchen und doch fühlen, daß ihre That einer Rechtfertigung bedarf“.

Shelley rückt den gewaltsam vollzogenen Inzest in den Mittelpunkt,⁹⁰ freilich ohne ihn ausdrücklich zu nennen (auch ohne ihn auf der Bühne zu zeigen). Doch finden sich im Text eindeutige Hinweise: zunächst schon zu Beginn auf die dahingehende Absicht des Francesco, dann später auf die geschehene Tat, die als „unaussprechliches Verbrechen“ und als „Frevel“ bezeichnet wird („Sie [Beatrice, Anm. d. Verf.]

und trat darauf mit den Füßen umher, sodass das Blut bei jedem Tritt aus dem Hals schoss.

⁸¹ Zu diesem Hinrichtungsgerät vgl. *Böhmer*, in: *Vulpus* (Hrsg.), *Curiositäten der physisch-literarisch-artistisch-historischen Vor- und Mitwelt*, 9. Bd., 1821, 1. Abh., S. 35–45; *Anonym* (Fn. 80), S. 56. Eine Abbildung dieses Geräts findet sich in *Fosi* (Fn. 41), S. 49.

⁸² Eine Abbildung eines solchen Karrens findet sich in *Fosi* (Fn. 41), S. 59.

⁸³ Eine Abbildung eines Mitglieds dieser Bruderschaft findet sich in *Ricci* (Fn. 21 – Bd. 2, 1923), S. 196; *ders.* (Fn. 21 – 1925, Bd. 2), S. 202.

⁸⁴ Dazu *Pfister* (Fn. 36), S. 8 ff.; *Ricci* (Fn. 16), S. 294 ff.

⁸⁵ Vgl. *Pastor* (Fn. 51), S. 619.

⁸⁶ Vgl. *Ricci* (Fn. 16), S. 297.

⁸⁷ Vgl. *Chledowski* (Fn. 16), S. 89.

⁸⁸ Vgl. *Ricci* (Fn. 16), S. 312 ff. Ebenso *Chledowski* (Fn. 16), S. 90 (der auch meint, dass nicht Clemens VIII. selbst, sondern seine Aldobrandini-Familie den Untergang der Cenci benützt habe, sich zu bereichern).

⁸⁹ Hinzuweisen ist vielleicht darauf, dass *Shelley* sich ausdrücklich als Atheisten bezeichnete. Daher auch seine Kennzeichnung der katholischen Religion des 16. Jahrhunderts: sie „durchdringt auf innigste das ganze Gesellschaftsgebäude, und ist, je nach der Beschaffenheit des Gemüths, dem sie innewohnt, eine Leidenschaft, eine Ueberzeugung, eine Entschuldigung, ein Zufluchtsmittel, – niemals ein Hemmnis der Begierden“ oder eine Richtschnur für moralischen Verhalten.

⁹⁰ Vgl. *Brophy*, *American Literature: A Journal of Literary History, Criticism, and Bibliography* 42 (1970), 241–244; *Groseclose*, *Comparative Drama* 10 (1985), 222–239; *Potkay*, *Wordsworth Circle* 35 (2004). Zur allgemeinen Bedeutung des Inzests bei den Romantikern vgl. *Thorslev*, *Comparative Literature Studies* 2 (1965), 41–58.

nennt ihn nicht, doch könnt Ihr ihn errathen“). In diesem Inzest gipfelt die drastisch erzählte Bösartigkeit des alten, von *Shelley* offensichtlich als Greis dargestellten Grafen, der als Mörder eingeführt wird – wobei er durch Übereignung eines Drittels seines Vermögens an den Papst sich freizukaufen versteht –, und als Vater, der seine Kinder so hasst, dass er – als er die Nachricht vom Tod von zwei Söhnen im Ausland erhält – ein Freudenfest veranstaltet und Gott für die Erfüllung seines sehnlichen Wunsches dankt. Er prahlt mit seiner Gewissenlosigkeit, seinem Wohlbehagen am Bösen (nämlich an Mordtaten),⁹¹ seiner Furchtlosigkeit. Sein Plan geht über die Vergewaltigung der Beatrice hinaus (die er im Übrigen auch als „Zaubermittel, das dich zahm und ruhig machen wird“ einsetzt); er will erreichen, dass sie sich selbst „aus eigenem Antrieb zur unerhörten Schmach erniedrigt“ und dadurch ihre Seele vergiftet und verdirbt, woraufhin er sie dann öffentlich denunzieren und so zur Verzweiflung treiben will.

Ungezagter und ungezeigter Mittel- und Höhepunkt des Dramas ist der Inzest vor allem deshalb, weil durch ihn bzw. durch dessen Erleiden Beatrice sich vollkommen verändert: von dem sanftmütigen, selbst die Schläge des Vaters hinnehmenden Mädchen zu einer tief verletzten, kalten, wilden Frau, die zu einer göttlichen Rache greift:⁹² als das Mittel, „das die That, die ich erduldet, zum Schatten macht, im fürchterlichen Blitzen, das sie rächt“. Dem einen Urverbrechen der Menschheit – dem Inzest – tritt als Gegenkraft das andere Urverbrechen, der Vatermord, entgegen, verstanden nun als Vollzug der göttlichen Vergeltung selbst durch ihre Tat (weshalb Beatrice sich als göttliches Werkzeug versteht). Deshalb spricht Beatrice von der „Heiligkeit der Tat“, die sie auch als gerechtfertigt ansieht: sie habe doch nicht ihren Vater – der diese Qualität durch seine eigene verbrecherische Tat verloren habe⁹³ – getötet, sondern nur einen „Höllengeist der Menschenform entkleidet“. Beatrice sieht sich „in eine wunderbare Wolke von Schande und Verbrechen eingehüllt, stets rein und fleckenlos“. Auch ihr Bruder teilt diese Bewertung: „sie, die ein namenlos Verbrechen rächte, so dass der schwarze Vatermord bei ihr in eine edle That verwandelt wird“.

So wird verständlich, dass Beatrice sich als unschuldig versteht, gegenüber dem Mörder Marzio – den sie ausdrücklich zur Tat angestachelt hat – jede Tatbeteiligung zurückweist, daher den Prozess, die Richter, selbstverständlich die Folter (die sie übersteht) ablehnt. Eigentlich gesteht sie nicht, sondern nimmt das Geschehen letztendlich hin, eher ein Zeichen ihrer Überlegenheit über diese Justiz. „Willst du nicht lieber Gott, den höchsten Richter, verklagen, daß er solche That erlaubt, wie ich sie litt, und wie er sie geschaut; daß er unnennbar sie gemacht, und mir nicht andre Zuflucht, Rach‘

und Sühne ließ, als das, was meines Vaters Tod du nanntest? Ob es ein Frevel ist, ob nicht; ob ich die Thätin bin, ob nicht, – sagt, was ihr wollt! Ich werde nicht mehr leugnen. Wollt ihr’s so, dann sei es so, und Alles sei geendet.“ Deutlich wird hier, dass *Shelley* auch die Theodizee-Frage thematisiert,⁹⁴ warum Gott dieses durch Francesco vollbrachte Böse zugelassen hat. Für den Atheisten *Shelley* konnte es keine Antwort geben; die gläubige Katholikin beantwortet sie durch Hinnahme des Geschehens, ohne an Gott zu zweifeln. Der Richter fällt das Urteil: „Wenn sie auch nicht bekannte, ist sie doch überführt.“ Die Hinrichtung wird nicht thematisiert, das Stück endet mit ihrem Schlusswort zum Scharfrichter: „Herr, wir sind bereit. Gut, so ist Alles gut!“ Die LeserInnen werden in diese Sicht hineingezogen. Das Drama *Shelleys* entwickelt sich dadurch zu einem justizkritischen Stück, selbstverständlich auch zu einem Angriff auf die päpstliche Regierung,⁹⁵ die für diesen unrechtlichen Prozess verantwortlich ist.

Allerdings ist anzumerken, dass die von *Shelley* behauptete historische Quelle einen solchen Inzest nicht kennt; das Manuskript spricht nur von einer versuchten Vergewaltigung der Tochter. Ob *Shelley* andere Überlieferungen kannte, ist nicht ersichtlich.

b) Beatrice bei anderen Autoren

In der Oper *Goldschmidts* (mit dem Libretto von *Esslin*) wird *Shelleys* Drama stark verkürzt,⁹⁶ auf die Gestalt der Beatrice konzentriert, dadurch die Bösartigkeit Francescos in den Hintergrund gerückt, das Leiden seiner Familie betont. Interessant ist die Ergänzung, da zum Schluss noch die um das errichtete Schafott stehende Menge auf die Bühne gebracht wird, in der einige die Hinrichtung für die Mörder verlangen, andere auf ihre Begnadigung hoffen, da sie doch eigentlich Opfer seien. Die Hinrichtung selbst wird ebenfalls nicht gezeigt, sondern im Hintergrund musikalisch angedeutet. Doch ertönt dann von Ferne ein feierlicher Gesang („Requiem aeternam donna eis Domine!“), intoniert von den Teilnehmern der Prozession, in der der Papst nach dem Petersdom geht, um für die Seelen der Hingerichteten zu beten. Man kann darin einen Hinweis auf die Scheinheiligkeit des Papsttums sehen⁹⁷ oder auf die damit angedeutete Erlösung im Jenseits. Für *Goldschmidt* selbst lag „eindeutig Justizmord“ vor.⁹⁸ Manche Interpreten betonen die Ambivalenz: das „un-

⁹⁴ So *Busch* (Fn. 4), S. 196.

⁹⁵ Von daher erweist sich *Shelleys* Stück auch als Kampfschrift gegen jede Tyrannei, die hier in dreifacher Weise angegriffen wird: als Gewalt durch den Vater, durch den Papst und schließlich auch durch Gott(vater). Vgl. *Busch* (Fn. 4), S. 196; *Groseclose*, *Comparativ Drama* 10 (1985), 222; *Weinberg*, *Unisa English Studies* 28 (1990), 5–13.

⁹⁶ Vgl. die Hinweise in *Busch* (Fn. 4), S. 199 ff., 203 ff.

⁹⁷ So *Busch* (Fn. 4), S. 206.

⁹⁸ Zitiert in: *Busch* (Fn. 4), S. 196 Fn. 735.

⁹¹ Nicht angesprochen werden im Drama die sodomitischen Handlungen (dazu Fn. 60) des Francesco.

⁹² Für *Wilson*, *A Review of International English Literature* 9 (1978), 75–89, wird dadurch Beatrice böse, vom bösen Dämon besessen.

⁹³ Vgl. „Ich bin des Vatermordes wen‘ger schuldig, als ein Kind, das vaterlos geboren“.

schuldige Schuldig-Werden“ von Beatrice,⁹⁹ ihre Kennzeichnung als „tugendhafte Mörderin“.¹⁰⁰

Vergleichbares findet sich im Ballett, dessen Titel „Die Folterungen der Beatrice Cenci“ nicht erkennen lässt, dass in zwölf Szenen auch ihre Misshandlungen durch den Vater und ihre Verzweiflung im Gefängnis, in dem sie gefoltert wird, zeigt. Am Ende sieht man Beatrice, wie sie ihren Vater erdolcht. Klaus Kieser schrieb im Programmheft: „Beatrice wird als Opfer dargestellt, deren Tötungshandlung ‚gerecht‘ erscheint; die Legitimation des Mordes wird nicht hinterfragt.“¹⁰¹

Interessant ist die Lösung, die Alberto Moravia in seiner Version aus dem Jahr 1958 anbot. Er nannte sein Theaterstück „Beatrice Cenci“, erzählte also eine individuelle Geschichte (nicht – wie z.B. Shelley in „The Cenci“ – eine Familiengeschichte). Doch eigentlich steht Francesco im Mittelpunkt. Die Leidenschaft, die ihn treibt und die auch zur Tragödie führt, ist die Langeweile, die tiefe innere Ungenügsamkeit am Leben, an der eigenen Person, an der Welt. Deshalb versucht er, sein Leben aus lauter intensiven und schmerzhaften Augenblicken bestehen zu lassen. Er beirauscht sich an Ungerechtigkeit, am Quälen der Unschuld (und damit seiner Tochter). Er hält Beatrice gefangen, droht, sie wegen ihres Ungehorsams – da sie einen Brief an den Bruder um Hilfe geschrieben hat, den er abgefangen hat – zu töten. Als Reaktion erkennt Beatrice: „Sie sind nicht mein Vater [...] und ich bin nicht Ihre Tochter. In diesem Moment haben Sie die Bande des Bluts zerrissen, die uns verbanden. Ja, werfen Sie mich von der Mauer; tun Sie es doch. Sie werden eine Feindin töten und nicht eine Tochter.“¹⁰² Daraufhin zwingt er sie zum Aufsuchen ihres Zimmers, in dem er sie vergewaltigt. Dadurch wird sie – wie bei Shelley – wesentlich verändert; sie kann ihr bisherigen Leben als Streben nach Tugend und Reinheit nicht mehr leben. Sie kann nicht mehr beten: „denn es würde eine Lästerung sein. Ich werde nie mehr dieselbe sein, da ich von nun an den Mord meines Vaters und den Mord an mir selbst betreibe.“¹⁰³ Deshalb geht sie mit dem vulgären, viel älteren, verheirateten Kastellan Olimpio ein sexuelles Verhältnis ein, das sie monatelang durchhält: aufgrund des Versprechens, das sie ihm abnimmt, nämlich ihren Vater zu ermorden. Sie dringt schließlich, gerade als ihr Vater aus neuer Langeweile sie nach Rom bringen und verheiraten will, was nun gegen ihren Willen ist, auf Erfüllung dieses Versprechens. Die Tat wird von Olimpio und Marzio ausgeführt. Für Beatrice ist sie ein „ungeheuerliches Verbrechen“, „aber es muss getan sein“.¹⁰⁴ Nach dem Mord und vor der Flucht nach Rom trennt Beatrice sich von Olimpio: sie kann nicht ein normales, gewöhnliches Leben mit

ihm führen. „Am Morgen der Tat habe ich mich noch unschuldig gefühlt. Aber die Schuld schwoll an mit dem Fluß der Tage, die dahingingen in dem Bett des Gewohnten. Aber ich will mich nicht schuldig fühlen; ich bin es nicht.“¹⁰⁵ „Weißt du, was ich an meinem Vater gerächt habe? Meine Reinheit. Und ich möchte sie nicht zum zweiten Mal verlieren. Ich werde nicht deine Geliebte sein, aus freien Stücken und aus Bequemlichkeit. [...] Ich will mir wenigstens die Hoffnung bewahren, eines Tages meine Unschuld wiederzufinden.“ Sie will in ein Kloster gehen und hofft, in dem strengen demütigen Leben irgendwann ihre Unschuld wiederzufinden. „Ich bin immer noch das Mädchen, das am Tage der Tat erschreckt seine Hände betrachtete, die mit Blut befleckt waren, und sich fragte: warum immer die Vernunft zum Unrecht führen muß, die Reinheit zum Verderben, und die Sehnsucht nach Glück zum äußersten Unglück“. Und sie erwartet – während Olimpio flieht – den Untersuchungsrichter.¹⁰⁶ Nicholl zitiert einen in der deutschen Übersetzung nicht enthaltenen anderen Schluss. Er lässt Beatrice zu ihren juristischen Verfolgern sagen: „Klagt mich an, wenn ihr es wünscht; aber ich bin unschuldig [...]. Gemessen an eurer Gerechtigkeit werdet ihr sicher in der Lage sein zu beweisen, dass ich am Tod meines Vaters schuldig bin. Aber ihr werdet niemals in der Lage sein zu beweisen, dass ich nicht gleichzeitig unschuldig bin gemessen an einer anderen Gerechtigkeit – einer Gerechtigkeit, die ihr nicht kennen könnt, noch weniger anwenden könnt“. In der Interpretation von Charles Nicholl war Beatrice für Moravia daher „the innocent sinner“.¹⁰⁷

Nicht so von der Unschuld der Beatrice überzeugt war Stendhal. Zwar meinte er im Vorwort, dass das Übermaß der Verbrechen Francescos „zwei Unglückliche [dazu zwingt], ihn vor ihren Augen töten zu lassen; diese beiden Frauen waren: die eine seine Gattin und die andre seine Tochter. Der Leser wird nicht zu entscheiden wagen, ob sie schuldig sind. Ihre Zeitgenossen fanden, daß man sie nicht mit dem Tode hätte strafen dürfen“. Doch lässt er den Verfasser des Manuskripts, das er zu übersetzen behauptet, ausdrücklich angeben, dass sein „einziger Kummer ist, daß ich – aber so will es die Wahrheit – gegen die Unschuld dieser armen Beatrice Cenci sprechen muß, die von allen, die sie kannten, ebenso angebetet und geachtet wurde, wie ihr schrecklicher Vater verhaßt und verabscheut war.“ Dabei geht er von einem 16-jährigen Mädchen aus! Im Übrigen schildert auch das von Stendhal herangezogene Manuskript (nur) einen versuchten Inzest, wobei allerdings der Stil der Ausführungen keinen Autor von 1599 erkennen lässt: Francesco „versuchte mit Drohungen und mit Anwendung von Gewalt seine eigne Tochter Beatrice, die schon groß und schön war, zu schänden. Er schämte sich nicht, sich nackt in ihr Bett zu legen. Er ging ganz unbekleidet mit ihr in den Sälen seines Palastes umher, dann nahm er sie ins Bett seiner Frau; damit die arme Lucrezia beim Schein der Lampe sehen könne, was er mit Beatrice treibe. – Er redete dem armen Mädchen eine gräßli-

⁹⁹ Vgl. Busch (Fn. 4), S. 202.

¹⁰⁰ So *Diümling*, Die tugendhafte Mörderin, Programmheft der 44. Berliner Festwochen mit der konzertanten Aufführung der Oper 1994, 4–15.

¹⁰¹ So Kieser (Fn. 3), S. 6.

¹⁰² So Moravia, Beatrice Cenci. Schauspiel in drei Akten und einem Nachspiel, 1962, S. 49.

¹⁰³ So Moravia (Fn. 102), S. 67.

¹⁰⁴ So Moravia (Fn. 102), S. 89.

¹⁰⁵ So Moravia (Fn. 102), S. 107.

¹⁰⁶ Vgl. Moravia (Fn. 102), S. 108 f.

¹⁰⁷ Vgl. Nicholl, London Review of Books 20 (1998), 23.

che Ketzerei ein, die ich kaum wiederzugeben wage, nämlich: wenn ein Vater seine eigne Tochter umarme, würden die Kinder, die daraus geboren werden, Heilige; ja, daß alle von der Kirche verehrten großen Heiligen solcherart zur Welt gebracht worden seien, sodaß ihr Großvater mütterlicherseits zugleich ihr Vater war.“

c) *Kunst und politische Ideologie*

Abschließend soll noch auf das Problem hingewiesen werden, dass (auch) Künstler und Schriftsteller die Geschichte der Cenci zum Anlass genommen haben, nicht nur die ausgesprochenen und vollzogenen Strafen, sondern auch das Verfahren und den dafür verantwortlichen Gerichtsherren – den Papst – zu kritisieren, genauer: nicht nur Clemens VIII., sondern das Papsttum überhaupt. Offensichtlich übernehmen diese Sicht auch moderne Rezensenten, wie unter I. 1. gezeigt ist.

In dieser Richtung ist vor allem *Francesco Domenico Guerrazzi* (1804–1873) zu nennen, der in seinem 1854 veröffentlichten Roman „Beatrice Cenci“ behauptete, dass Beatrice die Geliebte des Guerra gewesen sei. Dieser habe Francesco bei dem Versuch, seine Tochter zu vergewaltigen, erstochen. Da der Papst das Vermögen der Cenci an sich bringen wollte, ließ er – so der Autor – Anklage gegen alle Cenci erheben und deren Geständnisse erfordern. Beatrice habe die Folter durchgestanden, sei dann aber durch Täuschung – alle anderen würden freigelassen werden, wenn sie gestehen würde – zu einem Geständnis gebracht worden. Sie sei das Bild unbedingter Tugendhaftigkeit.¹⁰⁸

Vermengt man historische Realität und künstlerische Darstellung, kann man die Geschichte der Cenci instrumentalisieren und damit politisch-ideologische Ziele anstreben. So wertete man in Italien des 19. Jahrhunderts den Prozess Cenci gegen den Kirchenstaat propagandistisch aus;¹⁰⁹ denn seit 1830 gab es Bestrebungen, den Kirchenstaat dem Königreich Italien anzuschließen, was dann nach einer Volksabstimmung auch am 6.10.1870 gelang. *Pfister* ist der Meinung, dass die Berufung auf das Schicksal der Beatrice Cenci eine bedeutende Rolle für die Abstimmung gespielt hat.¹¹⁰ Man veranstaltete Umzüge mit dem Bildnis der Beatrice; in zahlreichen Theateraufführungen wurde, in einigermaßen rührseliger Aufmachung, ihr Schicksal dem Volk vorgeführt; eine Fülle von Broschüren und Porträts überschwemmte Rom. Der genannte *Guerrazzi* verfasste eine Inschrift, die 1872 am Kapitol angebracht werden sollte und die „den Namen und das tragische Schicksal der Beatrice Cenci und ebenso die Erbärmlichkeit und Bosheit der Priester in Erinnerung zurückrufen“ sollte. In einem Schreiben meinte *Guerrazzi* weiter: „Gegen den Priester von Rom gilt es zu kämpfen und zu wirken ohne Unterlaß [...]. Mit dem Holz des Kreuzes soll der Priester gezüchtigt werden.“¹¹¹ Noch 1906 sollte ein

Marmordenkmal für die 16-jährige Beatrice errichtet werden als „Mahnmal für ihr Martyrium, das sie aus den Händen des gleichen Papstes empfang, der zur Feier seines Jubeljahres den Weisen aus Nola auf dem Campo die Fiori bei lebendigem Leibe verbrennen ließ.“¹¹² Anlässlich des 400. Todestages der Hinrichtung soll die Stadt Rom am Ort des einstigen Gefängnisses eine Gedenktafel angebracht haben, auf der sie als „beispielhaftes Opfer einer ungerechten Justiz“ bezeichnet wurde.¹¹³

Die Frage, ob diese negative Beurteilung des Prozesses gegen die Cenci zutrifft oder nicht, kann nur durch eine rechtshistorische Betrachtung beantwortet werden. Damit sind wir beim zweiten Teil dieser Ausführungen angekommen.

d) *Zusammenfassung*

Ob gewaltsamer Inzest oder nur schwere Misshandlungen samt Einsperren und Nötigungen: jedenfalls war Beatrice ein Opfer ihres gewaltsamen Vaters, wodurch ihre Tat in gewisser Weise auch für uns heute verständlich wird. Man denke an das viel diskutierte Problem der Familientyrantentötungen,¹¹⁴ die im Regelfall weder durch Notwehr (§ 32 StGB) noch durch Notstand (§ 34 StGB) gerechtfertigt werden können, für die auch meist entschuldigender Notstand nach § 35 Abs. 1 StGB nicht eingreift, da die dauerhaft drohende Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit (im Sinn von Bewegungsfreiheit¹¹⁵) durch andere gelindere Aktionen hätte abgewendet werden können. Doch ist die Frage, ob für Beatrice wirklich eine andere Möglichkeit, dieser Dauergefahr zu entgehen, bestand, hatte sie sich doch vergeblich an den Papst um Hilfe gewandt. Zumindest könnte man überlegen, ob sie nicht – wie in dem vom BGH entschiedenen Fall (BGHSt 48, 255) – in einem Irrtum (§ 35 Abs. 2 StGB) das „nicht anders abwendbar“ angenommen hat. Jedenfalls muss man die Schwe-

¹¹² So *Ricci* (Fn. 16), S. 330. Gemeint ist hier Giordano Bruno, der von der Inquisition der Ketzerei schuldig gesprochen, vom Gouverneur von Rom zum Tode durch den Scheiterhaufen verurteilt worden war und am 17.2.1600 hingerichtet wurde. Dazu vgl. Fn. 124.

¹¹³ Vgl. *Imbach*, Kirchenfürsten, Künstler, Kurtisanen, 2003, S. 41 (zitiert im Wikipedia-Artikel über Beatrice Cenci).

¹¹⁴ Dazu vgl. *Großengießler*, Der Haustyranenmord, Eine Untersuchung zur rechtlichen Behandlung von Tötungskriminalität in normativer und tatsächlicher Hinsicht, 2008; *Günther*, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Ame- lung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 147; *Hillenkamp*, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, 1995, S. 141; *Schroeder*, in: Esser/Günther/Jäger/Mylonopoulos/Öztürk (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, 2013, S. 815; vgl. auch *Walker*, The Bottered Woman Syndrome, 4. Aufl. 2016. Neuere Literatur bei *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 34 Rn. 9.

¹¹⁵ Nicht genannt wird die Gefahr für die sexuelle Selbstbestimmung.

¹⁰⁸ Vgl. die Darstellung in: *Ihring* (Fn. 20), S. 74 ff.

¹⁰⁹ Dazu *Pfister* (Fn. 36), S. 38.

¹¹⁰ So *Pfister* (Fn. 36), S. 48.

¹¹¹ So *Ricci* (Fn. 16), S. 329. Die italienische Ausgabe von 1823 bringt den vollen Wortlaut dieser Inschrift; vgl. *Ricci* (Fn. 21 – 1923, Bd. 2), S. 272 f.

re ihrer Schuld erheblich mildern, was ihre Bestrafung am 11.9.1599 als ungerecht erscheinen lassen muss (unabhängig von der Beurteilung der Todesstrafe als Unrecht selbst). In diesem Sinne meint *Pfister*: es sei „Vorrecht und Pflicht der Nachwelt, das Gewicht der mildernden Umstände in die Waagschale zu werfen. Eine heutige Geschworenenkammer würde zweifellos der Täterin beides zubilligen: den Notstand und die mildernden Umstände“.¹¹⁶ Ähnlich urteilt *Ricci*: „So wird ihr auch niemand [...] das Mitgefühl, das sie entlasten muß, oder doch jenes Verständnis versagen, das den Richtern Veranlassung zu ‚mildernden Umständen‘ gibt“; „dies alles entschuldigt – rechtfertigt wollen wir nicht sagen –, dass diese leidenschaftliche Seele sich schließlich in wilder Entschlossenheit aufbäumte gegen [ihren Peiniger]. Wenn je einer sich heute noch dazu bekennen sollte, daß sie nur ihre gerechte Strafe erlitt, als ihr Haupt unter dem Beil des Henkers fiel, stehen wir nicht an, zu sagen, dass dann auch der fürchterliche Tod dieses Unholdes nur ein verdienter war.“; das Empfinden der Umstehenden „war die Reaktion dem Übermaß der Strafe gegenüber. Denn eine Märtyrerin der väterlichen Härte und Ungerechtigkeit ist Beatrice Cenci zweifellos gewesen, und dem hätte Rechnung getragen werden müssen“; „die Reaktionen der Umstehenden sind der ‚Protest gegen die Grausamkeit solcher Rechtsprechung‘.“¹¹⁷

Die Einschätzung, die der polnische, ab 1881 in Wien lebende Kulturhistoriker *Casimir von Chledwoski* (1843–1920) in seinem 1919 veröffentlichten, 1921 übersetzten Buch „Rom. Die Menschen des Barock“ vorgelegt hat, muss als einseitig zurückgewiesen werden: „Beatrice Cenci war eine gemeine Verbrecherin, keine tragische Heldin; ihre Geschichte beansprucht nur das Interesse eines Kriminalprozesses und entbehrt jener Elemente, die für eine Tragödie notwendig sind.“¹¹⁸

Einen anderen Zugang wählte *Irene Fosi*. Für sie war der Cenci-Prozess nur eine von vielen Episoden, die alle zu einer Strategie der Päpste gehörten, die Autorität und Macht der Adeligen zu unterdrücken und die neue Staatsstruktur aufzubauen; „in more prosaic reality, the Cenci, like other noble Roman families, had not figured out how to adjust their lifestyle to a society in transformation; they knew neither how to find good friends and allies, nor how to detach themselves from outmoded violence“.¹¹⁹ Sie ordnet auch die zeitgenössischen Erzählungen von diesem Prozess und der Hinrichtung in die europäische Landschaft ein: überall in Europa seien solche „Justizgeschichten“ verbreitet worden, die die staatliche Justiz als effektiv und die Ordnung sichernd dargestellt hätten, so auch „the pope’s bloodthirsty justice“. Im 19. Jahrhundert sei dieses „image of a bloodthirsty, immortal Rome“ als „a dramatic fresco of Italian decadence“ aufgegriffen und künstlerisch gestaltet worden, wie eben auch das Beispiel der Beatrice Cenci zeige.¹²⁰

¹¹⁶ So *Pfister* (Fn. 36), S. 34.

¹¹⁷ So *Ricci* (Fn. 16), S. 40, 274, 303, 307.

¹¹⁸ So *Chledwoski* (Fn. 16), S. 92.

¹¹⁹ So *Fosi* (Fn. 41), S. 87 f., 159.

¹²⁰ So *Fosi* (Fn. 41), S. 234 ff. Sie erwähnt in diesem Zusammenhang auch den Prozess gegen Giordano Bruno, der

II. Rechtshistorische Bemerkungen zum Fall der Beatrice Cenci

In dem kürzeren zweiten Teil sollen einige rechtshistorische Bemerkungen zu diesem Prozess gegen die Cenci vorgelegt, vor allem die Frage von *Thomas Fischer* zu beantworten versucht werden. Denn auf den ersten Blick erweist sich dieses Verfahren mit den zahlreichen Folterungen als unrechtlich. Auch die Verurteilungen zu den Todesstrafen, die dann auch exekutiert wurden, stellen zumindest für die Menschen, die unter dem Grundgesetz (Art. 102 GG) oder der Europäischen Menschenrechtskonvention (13. Zusatzprotokoll 2002) leben, aber auch für diejenigen, die katholische Christen sind, seit der Änderung des Art. 2267 des Katechismus (1.8.2018)¹²¹ Unrecht dar. Doch zeigt die Entwicklung sowohl der Europäischen Menschenrechtskonvention – die ursprünglich noch die Vollstreckung eines Todesurteils, das ein Gericht wegen eines Verbrechens verhängt hat, für das die Todesstrafe gesetzlich vorgesehen ist, zuließ (Art. 2 Abs. 1 EMRK) – wie auch des katholischen Katechismus – der noch 1992 das Recht und die Pflicht der Staatsgewalt anerkannte, „der Schwere des Verbrechens angemessene Strafen zu verhängen, ohne in schwerwiegendsten Fällen die Todesstrafe auszuschließen“ –, dass diese Beurteilung als Unrecht eine historisch neue Einsicht ist. Unter 2. schlage ich den Versuch einer Lösung des Problems mit der Unterscheidung von *Rechtsbegriff* und (historischer) *Rechtsvorstellung* vor, die dann unter 3. für das Problem der Folter im Cenci-Prozess konkretisiert wird. Als Einstieg (unter 1.) soll an die unter I. 3. c) angesprochene Instrumentalisierung dieses Cenci-Prozesses für politische Zwecke angeknüpft werden. Denn diesbezüglich ist die Antwort leicht(er).

1. Zuständigkeit und angewandte Rechtsvorschriften

Wie gezeigt, diente das Verfahren (vor allem) gegen Beatrice Cenci oft der Kritik an Papst Clemens VIII., aber auch allgemein am Papsttum, der bzw. das diesen blutigen Unrechtsprozess zur Bereicherung und/oder zur Vernichtung einer vornehmen Familie eingesetzt habe. Dabei wird von den Schriftstellern die für Juristen zentrale Frage nach der Zuständigkeit, der Art des Verfahrens und der angewandten Rechtsvorschriften nicht oder zumindest nicht im erforderlichen Maße gestellt, was ein Mangel vor allem deshalb ist, weil der Prozess im Kirchenstaat stattgefunden hat, dessen

am 17.2.1600 (auch im Pontifikat von Clemens VIII.) hingerichtet wurde, S. 236 (dazu Fn. 124).

¹²¹ Vgl. den neuen Wortlaut: „Deshalb lehrt die Kirche im Licht des Evangeliums, dass die Todesstrafe unzulässig ist, weil sie gegen die Unantastbarkeit und Würde der Person verstößt, und setzt sich mit Entschiedenheit für deren Abschaffung in der ganzen Welt ein.“ Vgl. dazu das Schreiben (der Kongregation für die Glaubenslehre) an die Bischöfe über die neue Formulierung der Nr. 2267 des Katechismus der katholischen Kirche bezüglich der Todesstrafe vom 1.8.2018, abrufbar unter, http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents (27.9.2018).

weltliches Oberhaupt der Papst war, der zugleich in der Kirche – die ebenfalls ein rechtlich geordneter Organismus war – als Nachfolger Petri geistliches Oberhaupt war.¹²² Es ist daher erforderlich, diese beiden unterschiedlichen Funktionen des Papsttums zu berücksichtigen.

Für das weltliche Verfahren in Kriminalsachen gegen BürgerInnen der Stadt Rom und einer Zone von 40 Meilen um die Stadt herum (gleichgültig, ob Laie oder Kleriker, ob vornehmen Geschlechts oder aus armen Verhältnissen stammend) war das Gericht des Gouverneurs (Governatore di Roma)¹²³ zuständig.¹²⁴ Es konnte solche Verfahren aus eigener Vollmacht (ex officio) eröffnen und als Inquisitionsverfahren führen. Der Gouverneur war ausgebildeter Jurist im Bischofsstand. Er entschied nicht allein, führte auch nicht selbst das Verfahren (außer wenn der Angeklagte oder Inquisit prominent war oder der Verfahrensgegenstand besondere staatliche Interessen berührte), sondern bediente sich einer Congregazione criminale, die aus einem Kriminalnotar (unterstützt von einer Gruppe von Notarsgehilfen), dem procuratore fiscale (tätig als Staatsanwalt) und drei luogotenenti („Stellvertreter“, die auch als Richter fungierten) zusammengesetzt war. Den Prozess entschied dieses Gericht (in gemeinsamer Abstimmung) durch Urteil. Der Papst hatte – als weltlicher Landesherr – das Recht der Bestätigung des Urteils oder seiner Abänderung im Gnadeweg. Es war durchaus auch üblich, dass bei wichtigen Angelegenheiten dem Papst zu berichten war, der dann auch durch Einzelentscheidungen (Weisungen) in den Lauf des Prozesses eingreifen konnte. Ricci erwähnt ein *motu proprio* (d.h. ein „Schreiben aus eigenem Antrieb“) des Papstes, das die Folterung der vornehmen Cenci ausdrücklich in das Ermessen des Gouverneurs (und seines Richterstabes) stellte (und damit zuließ).¹²⁵

Das vor diesem Gericht anzuwendende Recht war das antik-römische Corpus Iuris Civilis, das im 6. Jahrhundert kodifiziert worden, dann in Vergessenheit geraten und Mitte des 11. Jahrhunderts in Italien wiederentdeckt worden war, freilich nun in der Gestalt, die es durch die Arbeit der italienischen Rechtswissenschaft erhalten hatte. Im Strafrecht war diese Fortbildung und Weiterführung besonders wichtig, da

¹²² Dazu vgl. allgemein *Neugebauer*, Der Papst und sein Reich oder die weltliche und geistliche Macht des heiligen Stuhls, 1847; *Rill*, Die Geschichte des Kirchenstaates, Cäsaren mit der Tiara, 2012.

¹²³ Dazu vgl. *Anonym* (Fn. 80), S. 68 ff., 73 ff.; *Blastenbrei*, Quellen und Forschungen aus italienischen Bibliotheken und Archiven 71 (1991), 425–481 (426 f.); *ders.* (Fn. 54), S. 11 ff.; *Fosi* (Fn. 41), S. 28 f.

¹²⁴ Der Unterschied zu dem bekannten Verfahren gegen Giordano Bruno, das ebenfalls unter dem Pontifikat von Clemens VIII. durchgeführt wurde, ist wesentlich. Hier handelte es sich um ein kirchenrechtliches Verfahren vor der Inquisitionsbehörde, die die Frage der Ketzerei und Magie entschied. Das für diese Verbrechen im weltlichen Recht vorgesehene Todesurteil wurde vom Gouverneur von Rom gefällt und auch am 17.2.1600 durch Verbrennen vollstreckt.

¹²⁵ So *Ricci* (Fn. 16), S. 240. Zum Hintergrund vgl. *ders.* (Fn. 16), S. 154 f.

das Corpus nur wenige strafrechtliche Bestimmungen enthielt. Die 1532 für das Reich erlassene *Constitutio Criminalis Carolina* galt für Italien nicht. Es ist anzunehmen, dass auch durch die Päpste als Landesherrn konkrete Regelungen für bestimmte Bereiche verkündet wurden, die dann ergänzend angewendet werden sollten. *Ricci* nennt in diesem Sinne z.B. eine „Verordnung“, die dem Richter geboten habe, alles aufzubieten, um die Wahrheit an den Tag zu bringen, ehe er zur Folter greifen dürfe.¹²⁶

Interessant ist, dass das Corpus Iuris Civilis in den Institutionen (4.18.6) eine ausdrückliche Strafe für Vaternord (paricidium) vorsah, nämlich das sog. „Säcken“: der Täter sollte „zusammen mit einem Hund, einem Hahn, einer Schlange und einem Affen in einen ledernen Sack eingenäht und dann in dieser todbringenden Enge je nach Beschaffenheit der Gegend entweder in das nahe Meer oder in einen Fluß geworfen“ werden. *Chledowski* gibt an, dass diese Strafe noch im 16. Jahrhundert in leicht abgewandelter Form vollstreckt wurde.¹²⁷ Giacomo Cenci wurde aber nicht mehr auf diese Weise bestraft, sondern mit der Mazzuola (einer durch Blei beschwerten Keule) getötet, eine Strafe, die für schwerste Verbrechen vorgesehen war.¹²⁸ Daneben kannte man in Rom zu dieser Zeit die Enthauptung, die für Verurteilte höheren Standes vorgesehen war; sie geschah durch die Mannaja (einer Vorläuferin der Guillotine,¹²⁹ obwohl das Corpus Iuris Civilis die Enthauptung nur durch das Schwert vorgesehen hatte¹³⁰). Daneben gab es (vor allem für Diebe) die Todesstrafe durch Hängen.¹³¹

In diese Rechts- und Gerichtsorganisation ordnete sich der Prozess gegen die Cenci ein. Das Verfahren wurde vor dem Gericht des Gouverneurs ex officio als Inquisitionsprozess durchgeführt; das Urteil wurde von dem seit dem 1.5.1599 zum Gouverneur von Rom bestellten Monsignore Ferdinando Taverna gefällt. Der Papst bestätigte dieses Urteil, lehnte also eine Begnadigung aus den genannten Gründen ab. Da Vaternord als sehr schweres Verbrechen angesehen wurde, wurde Giacomo – dem man als Hauptverantwortlichen ansah – mit der Mazzuola bestraft. Berücksichtigt man die oben erzählte Vorgeschichte mit den vielen Misshandlungen, Einsperrungen, Quälereien durch den Familientyrannen Francesco, dann erscheint – wie bereits ausgeführt – die Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe durch Enthauptung für die beiden Frauen als zu streng. Doch kannte die damalige Jurisprudenz die für uns heute maßgebenden Entschuldigungsgründe oder Milderungsgründe nicht, verwies nur auf die Möglichkeit der Begnadigung, die hier verweigert

¹²⁶ So *Ricci* (Fn. 16), S. 154. – Allerdings findet sich eine solche Regelung bereits im antik-römischen Corpus Iuris Civilis (dazu s.u. II. 3)

¹²⁷ So *Chledowski* (Fn. 16), S. 87.

¹²⁸ So *Anonym* (Fn. 80), S. 56 f. Vgl. dazu die Angaben in Fn. 80.

¹²⁹ So *Chledowski* (Fn. 16), S. 87. Vgl. die Angaben in Fn. 81.

¹³⁰ Vgl. *Böhmer* (Fn. 81), S. 38.

¹³¹ So *Anonym* (Fn. 80), S. 56 f.

wurde. Damit ist (wiederum) die Frage nach historischem Unrecht aufgeworfen.

2. Rechtsbegriff und (historische) Rechtsvorstellung

Für die Zeitgenossen war das Urteil (vor allem) gegen die beiden Frauen zu streng, da sie von Gerüchten ausgingen (auch über die Verteidigungsrede des Prospero Farinaccio), wonach die als unschuldiges Mädchen angesehene Beatrice sich gegen gewaltsamen Inzest oder zumindest Inzestversuche durch ihren Vater gewehrt habe. Deshalb glaubten viele auch ihr nach Folterung abgelegtes Geständnis nicht, das nur wieder in Form eines Gerüchtes mitgeteilt werden konnte, da bei der Folterung selbst keine Zeugen anwesend waren. Manche nahmen sogar an, dass Beatrice die Folter überstanden hatte, ohne zu gestehen, weshalb ihre Verurteilung nicht rechtlich sein konnte. Es ist aber offensichtlich, dass die Zeitgenossen grundsätzlich von der Rechtmäßigkeit eines Verfahrens, in dem Geständnisse erfolgt werden durften und das mit der Verurteilung und Vollstreckung einer Todesstrafe enden konnte, überzeugt waren. Wie lässt sich dieser Unterschied zu unserer heutigen Sicht, die darin eindeutiges Unrecht sieht, verstehen, vereinbaren, was immer auch heißt: sprachlich zum Ausdruck bringen?

Ich schlage die Unterscheidung von *Rechtsbegriff* und *Rechtsvorstellung* vor, konkret: die heutige Beurteilung als Unrecht folgt aus dem Rechtsbegriff, die damalige Sicht als mögliches Recht aus der Rechtsvorstellung dieser Zeit. Man kann selbstverständlich auch von heutiger Rechtsvorstellung sprechen; oder in beiden Sichtweisen Rechtsvorstellungen sehen, wobei die heutige als die „richtige“ oder „gerechte“ aufgefasst werden kann. Damit wäre auch die heutige Sicht nur eine historische, die ihre Zeit – nämlich: die Gegenwart – hat und offen für Veränderung sein muss. Manche(r) wird in einer solchen Terminologie eine aner kennenswerte Bescheidenheit sehen, die keinen Wahrheitsanspruch (mehr) stellt und so zum Prinzip der Toleranz gegenüber allem Geistigen passt.

Doch ist zu bedenken, dass bei aller Geschichtlichkeit – die für alles Menschliche gilt – unsere heutige Vorstellung oder Sicht (oder unser heutiges „Verständnis“), nach der ein Prozess mit zugelassener Folter und möglicher Todesbestrafung Unrecht ist, in einem Punkt nicht vergleichbar ist mit früheren Sichtweisen oder Vorstellungen. Wir stellen heute und damals nicht einfach nebeneinander, sondern halten diese frühere Sicht oder Vorstellung für heute nicht mehr vertretbar, eben: weil Unrecht. Daher erheben wir heute zumindest den Anspruch, dass unsere Sicht oder Vorstellung „besser“, „gerechter“, „richtiger“ ist als die der Zeitgenossen der Cenci. Dies setzt voraus, dass wir Kriterien haben, d.h. begründen müssen, worin dieser Fortschritt, dieses „mehr“ an Gerechtigkeit oder Richtigkeit liegt. Wenn dies darin gesehen wird, dass die heutige Sicht/Vorstellung sich dem „Wesen“ des Rechts, dem „wirklichen“ Recht, der „Rechtsidee“ oder Ähnlichem annähert, ist es notwendig, den Inhalt dieses Ziel- oder Endpunktes darzustellen und zu begründen. Dies fällt schwer, weil wir dann über unsere Sicht/Vorstellung als derzeitige Stufe des Fortschritts hinausgehen müssen. Wir kommen so nur zu einem Sollen, zu gesollten Inhalt, zu einem

gesollten Recht als (abstraktes) Ideal! Zugleich müssen wir auf diese Weise die noch vorhandenen Mängel unserer heutigen Sicht/Vorstellung herauszuarbeiten und Kritik üben. Auch diese Haltung wird mancher/m gefallen!

Ein anderer (der von mir vorgeschlagene) Weg beruht auf der Anerkennung, dass die heutige Sicht oder Vorstellung durch ihre argumentative Begründung den Anspruch erheben kann und soll, das Recht „begriffen“ zu haben, also begriffen zu haben, was sprachlich als „Recht“ bezeichnet und gedacht werden kann, weil es dem Recht wesentlich entspricht. Dieses „Wesen(tliche)“ meint nur, dass wir erkannt haben, was notwendig für das Recht ist, wie Recht gedacht werden muss. Diese Erkenntnis haben wir auch und meist durch reflexive Aufarbeitung der Geschichte und der Phänomene, die – wie Folter und Todesstrafe – eindeutig Unrecht waren; d.h.: für uns sind, auch wenn sie es in der Vorstellung/Sicht der damaligen Zeitgenossen nicht waren. Unser Begreifen des Rechts speist sich sehr oft aus vergangenen Unrechtserfahrungen! Wir können versuchen, diese historisch vorgestellten Inhalte des damals angewendeten und behaupteten Rechts zu verstehen, was immer voraussetzt, in diesen Inhalt ein vergleichbares (vorgestelltes) „Recht“ zu sehen, das aber den Begriff des Rechts verfehlte. Der vorgeschlagene Weg ist also, in der heutigen (begründeten) Rechtsvorstellung den Begriff des Rechts zu sehen und anzuerkennen, was selbstverständlich dann verlangt, ihn in seinen wesentlichen Merkmalen/Inhalten argumentativ zu entfalten. Dieser Begriff des Rechts ist insofern ungeschichtlich, weil wir ihn auch bei Betrachtung der Geschichte (und der in ihr auftretenden unterschiedlichen Vorstellungen/Sichtweisen von „Recht“) nicht aufgeben können und dürfen. Wir haben erkannt und eben: „begriffen“ – so der notwendige Anspruch –, dass der Folterprozess gegen die Cenci und deren Hinrichtung Unrecht waren, sind und bleiben werden.

Was der historischen Aufarbeitung zu tun bleibt, ist die Suche nach der Vorstellung von „Recht“, die die Zeitgenossen der Cenci hatten, die sie geleitet hat; und die dazu geführt hat, dass sie den Folterprozess mit möglicher Hinrichtung als „Recht“ gesehen, sich in dieser Weise vorgestellt haben. Sie haben sich damit etwas vorgestellt, das vergleichbar ist mit dem Rechtsbegriff, ihm aber zugleich in diesen Inhalten widersprochen hat bzw. widerspricht.

Konkret könnte dieser Weg wie folgt gedacht werden! Der Begriff des Rechts kann nur von einer Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens her konzipiert werden, die die Würde des Menschen zur Grundlage nimmt, was für unser Thema bedeutet: die jede Folterung und jede Hinrichtung als Unrecht deshalb erkennt und begreift, weil sie beide diese Würde des Menschen – die auch dem schwersten Verbrecher zukommt¹³² – missachten. Dass dann dieser Begriff des auf der Würde beruhenden Rechts inhaltlich entfaltet werden muss, ist selbstverständlich, was hier aber nicht geschehen kann. Ich verweise nur auf das System von *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, der diese Aufgabe – den Begriff

¹³² Diese Erkenntnis ist auch der Hintergrund der Veränderung des katholischen Katechismus; vgl. das Schreiben der Kongregation für die Glaubenslehre (Fn. 121).

des Rechts in den vielfältigen Gestalten des „Daseins der Freiheit“ zu entwickeln – in reicher Differenziertheit und Gliederung für seine Zeit (1820) und auch noch für unsere Zeit unternommen hat. Ansetzen könnte man aber auch bei der „Radbruch-Formel“, die mit eben diesem Anspruch – den Begriff des Rechts zu erkennen und zu begründen – antrat, auch wenn manches in ihrer Begründung und Ausgestaltung nicht überzeugen kann.

Von diesem Rechtsbegriff der Würde (und Freiheit) aus erweist sich der Cenci-Prozess als Unrecht, was meint: erweist sich die damalige Vorstellung eines Folterrechts und eines Hinrichtungsrechts als falsch, als eine nicht-rechtliche, rechtlich nicht mögliche. Doch ist zugleich anzuerkennen, dass auch die Zeitgenossen sich ein „Recht“ vorstellten, das wir mit dem Rechtsbegriff vergleichen können (was ja die Voraussetzung ist, dass wir sie als falsche Vorstellung erkennen können und müssen). Die damalige Vorstellung umfasste ein „Recht“, das ebenfalls (und damit: vergleichbar) eine Ordnung des Zusammenlebens betraf und als „richtig“, „gerecht“ angenommen und argumentativ begründet wurde. Die damaligen Begründungen waren und sind – vom Rechtsbegriff her – nicht zureichend, mangelhaft, fehlerhaft, vielleicht unvollständig, Wesentliches (wie die Würde des Menschen) nicht berücksichtigend. Zugleich sind die damaligen Begründungen der Weg, die Vorstellung des Rechts zur Zeit des Cenci-Verfahrens zu verstehen! Was zugleich die Möglichkeit bedeutet, auch für die Cenci-Zeit zwischen Akten, die als „Recht“ gesehen und anerkannt wurden, und Handlungen, die den Zeitgenossen als Willkür, bloße Gewalt, Tyrannei und damit als „Unrecht“ erschienen, zu unterscheiden. Nicht jedes Handeln vor Gericht oder in der Folterkammer oder bei der Strafvollstreckung entsprach der zeitgenössischen Vorstellung vom „Recht“. Im Gegenteil sollte das „Folterrecht“ oder „Strafrecht“ (überhaupt) ebenfalls Grenzen setzen, präventiv wirken, Ordnung schaffen, „Recht“ und „Unrecht“ unterscheiden; auch darin dem heutigen Recht vergleichbar. Was nach dieser damaligen Unterscheidung zwischen „Recht“ und „Unrecht“ nun für den Cenci-Prozess zugetroffen hat, ist abschließend kurz als 3. anzusprechen.

3. Historisch vorgestelltes Folterrecht oder Folterunrecht: Der Cenci-Prozess

Zunächst ist festzuhalten, dass es um 1600 ein Folterrecht in der Vorstellung der Zeitgenossen gab. Dies folgt nicht (nur) aus irgendeinem „Zeitgeist“ oder einer „Volksüberzeugung“, sondern aus der Vorstellung der „maßgeblichen“ Instanzen, die da waren: Vertreter der Jurisprudenz auf den Universitäten und in den Herrschaftszentren, urteilende Richter, gesetzgebende Herrscher, philosophische und theologische Denker. Sie alle gingen von der Geltung des Corpus Iuris Civilis aus und versuchten, ihre vom antik-römischen Vorbild abweichenden, „modernen“ Vorstellungen durch Interpretation der einschlägigen Bestimmungen dieses Corpus in das Rechtssystem einzubringen. Auf diese Weise versuchten zumindest manche von ihnen, Kriterien zur Beurteilung von bloßen Gewaltaktionen einer willkürlichen, tyrannischen Herrschaft als „Unrecht“ auszuarbeiten und Herrschaftsausübung zu begrenzen. Peter Oestmann hat diesen (historisch weiter sich

entwickelnden) Prozess als Verhältnis von „rechtmäßige(r) und rechtswidrige(r) Folter im gemeinen Strafprozess“ in der Entwicklung von drei Phasen (als Idealtypen) herausgearbeitet:¹³³ zunächst die Phase des reinen Ermessens bei Anwendung und Durchführung der Folterung, dann die Phase der Ermessensreduzierung bei der Anwendung, aber noch des Ermessens bei der Durchführung der Folterung (Phase der Constitutio Criminalis Carolina 1532), schließlich die Phase der Ermessensreduzierung bei Anwendung und bei Durchführung der Folterung (Phase der Constitutio Criminalis Theresiana 1768).

Für ein mögliches Folterrecht bot das Corpus Iuris Civilis nur ansatzweise Bestimmungen, nämlich im 41. Titel des Codex (L. IX) „De quaestionibus“ (also „Von den peinlichen Fragen“). Hier fanden sich vor allem einige Vorschriften für die Folterung von Sklaven. Allgemein relevant war eine Anordnung der Kaiser Diocletian und Maximus an einen gewissen Sallust, wonach „Richter nicht [...] zur Erforschung der Wahrheit mit der Folter den Anfang machen [dürfen], sondern zuvörderst wahrscheinliche und unverwerfliche Beweisgründe zu erhalten suchen [müssen]. Und wenn sie von diesen, gleichsam als bestimmten Anzeichen geführt, zur Erforschung der Wahrheit zur Folter zu greifen für gut befunden haben, so dürfen sie es doch nur dann thun, wenn es die Beschaffenheit der Person gestattet.“¹³⁴ Bemerkenswert war auch die Stelle in ebendiesem Titel Nr. 17: „Die von dem [Pfade] der Gerechtigkeit abweichende Leidenschaftlichkeit der Richter und die feile Barbarei der Fiscaleinnehmer möge wissen, dass ihnen nicht erlaubt sei, wider diejenigen, welche durch ihre Unschuld gesichert oder durch ihre Würde als Principales geschützt sind, körperliche Excesse zu verüben.“¹³⁵ Deutlich ist, dass bereits das antik-römische Recht in Sachen Folterung zu einer vorsichtigen Handhabung verpflichtete.¹³⁶ In diesem Sinne sah die Stelle Digesten 14.19.5. ausdrücklich vor, dass es „besser [ist], einen Schuldigen freizusprechen als einen Unschuldigen zu verurteilen“. Folgerichtig versuchte dann die italienische Jurisprudenz Kriterien eines weitergehenden, eher vorsichtigen Folterrechts zu entwickeln. Zu denken ist diesbezüglich vor allem an die Indizienlehre, wonach eine Folterung nur angeordnet werden durfte, wenn ausreichende Beweisanzeichen vorlagen, oft in

¹³³ Vgl. Oestmann, in: Weitin (Hrsg.), Wahrheit und Gewalt, Der Diskurs der Folter in Europa und den USA, 2010, S. 87–110.

¹³⁴ Vgl. Otto/Schilling/Sintenis, Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, Bd. 6, 1832, S. 382.

¹³⁵ Vgl. Otto/Schilling/Sintenis (Fn. 134), S. 384 f.

¹³⁶ Wobei freilich anzumerken ist, dass im 18. Titel des Codex „De maleficis et mathematicis et ceteris similibus“ (also: „Von Zauberern, Zeichendeutern und Andern dergleichen“) – die ausdrücklich als „Feinde des menschlichen Geschlechts“ bezeichnet wurden – die Anwendung der Foltermaschine „Rösschen“ zugelassen ist (Otto/Schilling/Sintenis [Fn. 134], S. 347). Diese äußerst harte Folterzulassung setzte sich in der Verfolgung der Hexenleute fort; vgl. Schild, Von peinlicher Frag, Die Folter als rechtliches Beweisverfahren, 2000.

einer Qualität, die nach heutigem Verständnis vom Indizienbeweis zu einer Verurteilung führen könnten. Als Beispiel für eine solche Jurisprudenz ist – weil leicht(er) greifbar und lesbar – der „Tractatus ad Defensam Inquisitorum“ des italienischen Juristen Sebastiano Guazzini aus dem Jahre 1612 zu nennen, den *Edward Peters* ins Englische übersetzt hat.¹³⁷ Eine detaillierte Darstellung des damaligen „gemeinen“ (im Sinne von: „allgemeinen“) Folterrechts überhaupt hat *Mathias Schmoeckel* vorgelegt.¹³⁸ Auf weitere Literatur habe ich in meinem bereits genannten Beitrag bei den Baden-Badener Strafrechtsgesprächen 2018 hingewiesen.¹³⁹ Aus all diesen Arbeiten wird deutlich, dass die Vorstellung herrschte – in den Worten des italienischen Juristen Portius Azo um 1210, der der Digestenstelle 47.10.15.41 folgte –: „Folter ist die Suche nach der Wahrheit mit den Mitteln der Peinigung.“¹⁴⁰ Es ging immer darum, die im Dunkeln des Nichtwissens verborgene Wahrheit an das helle Licht des Wissens zu bringen. Trotz der Bedenken, die bereits die antik-römischen Juristen formuliert hatten, dass auf diese Weise auch falsche Aussagen erfoltert werden könnten, hielt man an der grundsätzlichen Eignung der Peinigung für die Wahrheitssuche fest, versuchte nur, durch nähere Kriterien (vor allem durch die Indizienlehre) gewisse begrenzende Garantien einzuführen. An eine Abschaffung der Folter war aus Sicht des damals vorgestellten Verfahrensrechts nicht zu denken: eine Verurteilung war nur zulässig, wenn die Wahrheit der Tat offenbar, „sonnenklar“ war, was im Wesentlichen nur bejaht wurde, wenn sie durch ein Geständnis (*confessio*¹⁴¹) offenkundig gemacht wurde. Man brauchte somit das Geständnis als Urteilsvoraussetzung, wobei man von Freiwilligkeit dann ausging, wenn das Geständnis außerhalb der Folterkammer – und damit: ohne unmittelbaren Zwang – abgelegt bzw. wiederholt und bestätigt wurde.

Nimmt man dieses historische „Folterrecht“ um 1600 zur Grundlage, dann wird deutlich, dass das Verfahren gegen die Cenci im Großen und Ganzen die vorgegebenen Regeln eingehalten hat. Die Cenci wurden erst gefoltert, als die Beweislage durch die vielen Indizien erdrückend war. Wie in dem als Einstieg genannten Fall des *Hans Spieß* waren materiell die Cenci eigentlich der Tatbegehung überführt; es bedurfte

aus prozessrechtlichen Gründen noch des (formellen) Geständnisses.¹⁴² Wegen der Schwere des Verbrechens entsprach es auch der rechtlichen Praxis, Angehörige eines vornehmen Geschlechts zu foltern, allerdings nur aufgrund einer ausdrücklichen Genehmigung (hier: des Papstes).¹⁴³ Störend könnte nur auffallen, dass auch Personen gefoltert wurden, die nicht der Mitwirkung an der Tat verdächtigt wurden, sondern die als Zeugen aussagen sollten (wie etwa der Bruder des Olimpio, von dem man auf diese Weise sein ihm durch diesen mitgeteiltes Wissen um die Mittäterschaft der Cenci herausbekam). *Ricci* sieht hier offensichtlich auch nach damaligen Verständnis ein unrechtlches Vorgehen des Gerichts;¹⁴⁴ doch war durchaus vorgesehen, dass auch Zeugen – von denen man wesentliche Aussagen erwartete – gefoltert werden durften.¹⁴⁵ Denkt man an die oben angesprochene Drei-Phasen-Entwicklung des Folterrechts im Sinne von *Oestmann*, wird hier deutlich, dass noch die erste Phase – „reines Ermessen bei Anwendung und Durchführung“¹⁴⁶ – galt. Denn es gab nach *Ricci* noch keine Vorschrift, die die Art und Dauer der Folter bestimmt hätte.¹⁴⁷ Angewendet wurde die Strickprobe (oder Seilprobe), die allgemein üblich war. Der Betroffene wurde an den nach hinten verschränkten und gebundenen Armen an einem Seil in die Höhe gezogen und in dieser Stellung für eine bestimmte Zeit hängen gelassen; nach dem Herunterlassen wurden die Arme wieder eingelenkt. *Ricci* gibt an, dass diese Zeit in den meisten Fällen durch den verhörenden Richter angegeben wurde, nämlich durch das von ihm zu sprechende Gebet (*Credo* [also Glaubensbekenntnis], *Miserere*, *Avemaria*).¹⁴⁸ Doch wurde auch die Wasseruhr eingesetzt,¹⁴⁹ wahrscheinlich, um die manchmal als zeitliche Grenze genannte „kanonische Stunde“ einhalten zu können.

Ausdrücklich hinzuweisen ist darauf, dass die Folter selbst bei „Erfolg“ (also bei Geständnis oder Aussage) in den meisten Fällen wiederholt, sogar ein drittes Mal durchgeführt wurde, zu dem Zweck, das bereits abgelegte Geständnis oder die belastende Aussage auf Wahrheit hin zu überprüfen, häufig verbunden mit der Konfrontation mit der belasteten Person.¹⁵⁰ Offensichtlich wirkte hier die Auffassung der antiken Griechen und Römer nach, die lange Zeit nur die Folterung der Sklaven zugelassen hatte; mit der Begründung, dass die Aussage der freien Bürger wegen ihrer anerkannten Rechtspersönlichkeit und Würde von vornherein glaubwürdig sei, dass aber den ohne Rechtsfähigkeit gedachten Unfreien alles zuzutrauen wäre, weil sie – vergleichbar den Tieren –

¹³⁷ Vgl. *Peters*, *Torture*, 2. Aufl. 1996, S. 251 ff.

¹³⁸ Vgl. *Schmoeckel*, *Humanität und Staatsräson*, 2000.

¹³⁹ Vgl. auch *Schild* (Fn. 136); *ders.*, in: Nitschke (Hrsg.), *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Eine Verortung*, 2005, S. 69–93; *ders.*, in: Dörr/Nelles/Pieper (Hrsg.), *Marter – Martyrium, Ethische und ästhetische Dimensionen der Folter*, 2009, S. 53–84.

¹⁴⁰ Vgl. *Peters*, *Folter, Geschichte der Peinlichen Befragung*, 2. Aufl. 2003, S. 21. Die klassische (seit Ulpian, 2. Jahrhundert gebrauchte) Definition in den Digesten 47.10.15.41 verstand unter „Folter“ („*tortura*“) „Marter, körperliches Leiden und Schmerz, die eingesetzt werden, um die Wahrheit herauszubekommen.“

¹⁴¹ Zugleich war *confessio* auch das Gestehen der Sünden in der Beichte. Zu diesem geistesgeschichtlich interessanten Zusammenhang bzw. Hintergrund vgl. *meinen* Beitrag bei den Baden-Badener Strafrechtsgesprächen.

¹⁴² So richtig gesehen in *Ricci* (Fn. 16), S. 217.

¹⁴³ Dazu *Ricci* (Fn. 16), S. 240.

¹⁴⁴ Vgl. *Ricci* (Fn. 16), S. 218.

¹⁴⁵ Vgl. *Aretinus*, *Tractatus de maleficiis*, 1573, Nr. 49; *Burret*, *Der Inquisitionsprozess im Laienspiegel des Ulrich Tengler*, 2010, S. 131; *Peters* (Fn. 140), S. 77.

¹⁴⁶ Vgl. *Oestmann* (Fn. 133), S. 90 ff.

¹⁴⁷ Vgl. *Ricci* (Fn. 16), S. 153.

¹⁴⁸ Vgl. *Ricci* (Fn. 16), S. 153, 158, 162 f., 175 f., 225, 229, 236, 243, 245, 247, 253.

¹⁴⁹ So *Ricci* (Fn. 16), S. 226.

¹⁵⁰ Vgl. *Ricci* (Fn. 16), S. 176, 229, 247, 253.

sehr von ihrem Körper abhängig seien. Deshalb kam einer Aussage eines Sklaven nur rechtliche Bedeutung zu, wenn er sie in einer qualvollen Folterung aufrechterhielt.¹⁵¹ Das Ertragen der Schmerzen war Garant der Glaubwürdigkeit (Cicero sprach von der „Wirksamkeit des Schmerzes“). Deutlich wird auch hier die damalige Vorstellung und Überzeugung, durch körperliche Peinigung die Wahrheit offenbar machen zu können.

Im Ergebnis ist daher den Autoren beizutreten, die von der nach damaligem Verständnis (d.h.: nach damaliger Rechtsvorstellung) gegebenen Rechtmäßigkeit des Verfahrens ausgehen. So meint *Ricci*, dass sich nicht leugnen lasse, dass der Prozess „mit ziemlicher Objektivität“ geführt worden sei.¹⁵² *Pfister* kommt zum Ergebnis: „Durchblättert man die Akten [...], so muß man feststellen, daß der Prozeß Cenci mit Objektivität, sachlicher Gründlichkeit und einer – im Rahmen des damaligen Prozeßverfahrens – keineswegs übertriebenen Härte durchgeführt worden ist. Man muß bei billiger Abwägung aller Fakten [...] zugeben, daß das Urteil und seine Vollstreckung zwar unerbittlich streng, aber nicht ungerecht war.“¹⁵³ *Franz Xaver Seppelt* schloss sich 1936 diesem Urteil an: der Prozess sei „dem damaligen Strafrecht gemäß“ durchgeführt worden.¹⁵⁴

¹⁵¹ Vgl. *DuBois*, *Torture and Truth*, 1991, S. 47 ff.; *Peters* (Fn. 140), S. 42 ff.; *Thür*, „Folter“, *Reallexikon für Antike und Christentum*, Bd. 8, 1972, S. 101 ff.; *Westphal*, *Die Tortur der Griechen, Römer und Teutschen*, 1785.

¹⁵² So *Ricci* (Fn. 16), S. 314.

¹⁵³ So *Pfister* (Fn. 36), S. 39.

¹⁵⁴ So *Seppelt*, *Das Papsttum im Kampf mit Staatsabsolutismus und Aufklärung*, 1936/1959, S. 239 f.

Buchrezension

Hanna Sammüller-Gradl, Die Zurechnungsproblematik als Effektivitätshindernis im Deutschen Umweltstrafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2015, 194 S., € 64,90.

I. Einleitung

Jeder, der sich mit Umweltstrafrecht befasst, stößt schnell auf strafrechtsdogmatische Schwierigkeiten in Hinblick auf die juristische Handhabung der Delikte. Zu den zwei wichtigsten und zugleich umstrittensten Fragestellungen zählen die Frage nach dem geschützten Rechtsgut der Umweltdelikte und die Frage nach der Zurechnung von Handlungen einzelner Personen, die zu einem tatbestandlichen Erfolg führen.

Mit der Zurechnungsproblematik im Hinblick auf das Rechtsgut der Umweltdelikte befasst sich die von *Hanna Sammüller-Gradl* verfasste Dissertation.

II. Zum Aufbau der Arbeit

Die Arbeit gliedert sich in drei Hauptabschnitte. Nach einer kurzen Einleitung erfolgt die Bearbeitung des Kapitels „Umweltschutz durch Strafrecht“, in welchem es um historische Bezüge, empirische Daten, die Frage nach dem Rechtsgut und eine erste Annäherung an die Zurechnungsproblematik geht.

Im darauffolgenden Abschnitt widmet sich *Sammüller-Gradl* der Problematik der Zurechnung. Im Fokus steht hierbei die Prämisse, dass es sich bei der Umwelt um ein kollektives Rechtsgut handelt, das kumulativer Schädigung unterliegt. Behandelt werden in diesem Zusammenhang klassische im umweltstrafrechtlichen Schrifttum verbreitete diskutierte Fragen der objektiven Zurechnung und des Vorsatzes. Im letzten Hauptabschnitt thematisiert *Sammüller-Gradl* die gesetzgeberischen Möglichkeiten zur Entschärfung der Effektivitätsprobleme und unterbreitet einen eigenen Lösungsvorschlag.

III. Zum Abschnitt „Umweltschutz durch Strafrecht“ – S. 19–80

Nachdem ein kurzer Überblick über die Entstehung des Umweltstrafrechts gegeben wird (S. 20–27), folgt eine Erarbeitung, welche praktischen und dogmatischen Konsequenzen sich gerade aus der Entstehungsgeschichte ableiten lassen (S. 27–36). Diese bestehen insbesondere in der Anwendung der üblichen Strafrechtsdogmatik, was vor allem eine auf natürliche Personen beschränkte Haftung bedeutet. Daneben werden auch praktische Probleme aufgezeigt, die in der Feststellung münden, dass die Schutzidee des Umweltstrafrechts in einem Widerspruch zur tatsächlichen Situation desselben steht.

Hieran schließt sich eine empirische Analyse an, die sich mit den Fallzahlen ab Etablierung des Umweltstrafrechts im StGB befasst (S. 36–49). Beleuchtet wird die Polizeiliche Kriminalstatistik aus den Jahren 1980–2010. Anhand empirischer Zahlen wird belegt, dass das 1. Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (UKG) zwar scheinbar zu einer stärkeren Verfolgung der Umweltkriminalität beigetragen hat,

was angesichts der Verurteilungszahlen jedoch nicht stimmt. Zudem kommt es am ehesten zu einer Verurteilung, je weniger der Täter unternehmerisch tätig ist – Verstöße aus Unternehmen heraus würden fast standardmäßig eingestellt. Dass dies zu einer enormen Diskrepanz zwischen dem Zweck des Umweltstrafrechts und der Realität führt, liegt auf der Hand.

Zudem stellt *Sammüller-Gradl* fest, dass die Fallzahlen einem Abwärtstrend folgen (S. 43), wobei die Aufklärungsquote im Rahmen der aktuellen Fallzahlen etwa derjenigen der insgesamt erfassten Straftaten entspricht, die zugleich weit höher als die Aufklärungsquoten anderer Delikte wie Diebstahl oder Sachbeschädigung liegt (S. 43 f.). Zum Abschluss des empirischen Teils mahnt *Sammüller-Gradl*, man dürfe nicht vergessen, dass es eine hohe Dunkelziffer gebe und weshalb es sie gibt (S. 45–48).

Der zweite Teil dieses Abschnitts beschäftigt sich mit der Frage nach dem Rechtsgut der Umweltdelikte. Hierbei wird auf grundlegende Kritik an der Konzeption „kollektives Rechtsgut“ sowie speziell im Bereich des Umweltstrafrechts eingegangen (S. 53–57). Anschließend stellt *Sammüller-Gradl* das Meinungsspektrum zur Problematik, worin das Rechtsgut der Umweltdelikte zu sehen ist, detailliert dar (S. 57–67). In einer ersten Prämisse erteilt *Sammüller-Gradl* den Bedenken gegen den Umweltschutz durch das Strafrecht eine Absage und legt ihren folgenden Ausführungen zugrunde, dass „das Rechtsgut der Umweltdelikte trotz der Kritikpunkte als legitimes Rechtsgut des StGB zu betrachten“ (S. 69) ist. Als zweite Prämisse stellt *Sammüller-Gradl* heraus, dass die Existenz des Umweltstrafrechts als solches legitim ist und stellt sich den Kritikern entgegen (S. 69–73). Diese Prämissen sind als zutreffend zu werten. Die Frage, ob die derzeitige Ausgestaltung des Umweltstrafrechts überholungsbedürftig ist, kann nichts daran ändern, dass in Anbetracht der überragenden Wichtigkeit der Umwelt – der Gesetzgeber hat den Umweltschutz im Interesse künftiger Generationen in Art. 20a GG zum Staatsziel ernannt – ein strafrechtlicher Schutz als legitim anzusehen sein muss.

Nachdem die Problematik um das Rechtsgut dargestellt wurde, leitet *Sammüller-Gradl* unter der Überschrift „Zurechnung als Anknüpfungspunkt für die Ineffektivität“ auf den Seiten 74–79 das darauffolgende große Kapitel der Zurechnungsproblematik ein. Den kurzen Abschnitt beendet *Sammüller-Gradl* mit der These, dass ein Zusammenhang zwischen außerbetrieblichen Zurechnungsproblemen und dem Rechtsgut der Umweltdelikte bestehe (S. 77–79).

IV. Zum Abschnitt „Zurechnungsproblematik in Zusammenhang mit der Umwelt als öffentlichem Gut“ – S. 80–152

Auf Seite 80 beginnt *Sammüller-Gradl* einen interdisziplinären Vergleich und untersucht Gemeinsamkeiten zwischen dem Rechtsgut „Umwelt“ und dem volkswirtschaftlichen Begriff des „öffentlichen Gutes“. Die folgenden Seiten verdeutlichen, dass die Begriffe in einen Zusammenhang gebracht werden können, da sich Schädiger und Nutznießer in diesem Bereich decken (S. 81–84). Auch für Leser ohne volkswirtschaftliche Kenntnisse erschließt sich die Vergleichbarkeit anhand der Ausführungen.

An diese Ausführungen schließt sich der Abschnitt „Zurechnungsproblematik aufgrund der Eigenschaft als kollektives Rechtsgut“ (S. 85) an. Aufgezeigt wird hier die gesetzgeberische Entscheidung, vermehrt abstrakte Gefährungsdelikte im Umweltstrafrecht zu schaffen. Zu Beginn erfolgt ein „kurzer Einblick“ (S. 86–89), der sich mit dem Problem des Erfolgseintritts befasst. Die Schädigung – unter dem Aspekt des kollektiven Rechtsguts – stelle keinen, so *Sammüller-Grادل*, „fest umschlossenen, zeitlich wie örtlich beschränkten Zustand dar“, sondern „entpuppe sich [...] als systemspezifische Veränderung“ (S. 87). Die nachfolgenden Seiten sind gefüllt mit Ausführungen zur Frage des Erfolgseintritts, verdeutlicht an § 324 StGB (S. 87–89). Nach diesem kurzen Einblick geht es thematisch zurück zum vom Gesetzgeber bevorzugten Deliktstyp des abstrakten Gefährungsdeliktes (S. 90). *Sammüller-Grادل* systematisiert die einzelnen Delikte des Umweltstrafrechts (S. 91–92) und beleuchtet dann die Folgen einer Ausgestaltung als Gefährungsdelikte (S. 93), ehe sie sich dem Problempunkt „Abstrakte Gefährungsdelikte und Zurechnung“ widmet (S. 95–100). Aufgezeigt werden in diesem Zusammenhang kritische Stimmen hinsichtlich des abstrakten Gefährungsdelikts, die insbesondere in Person *Hassemers* bestehen. Neben strafrechtsdogmatischen Kritikpunkten beleuchtet *Sammüller-Grادل* auch prozessuale Probleme, die vor allem im Bereich des § 257c StPO auftreten (S. 98–100).

„Zurechnungsproblematik aufgrund der Umwelt als kumulativ geschädigtes Rechtsgut“ lautet die Überschrift, unter der *Sammüller-Grادل* auf Seite 103 beginnt, zunächst die Umwelt als „kollektiv geschädigtes Rechtsgut“ (S. 104–106) zu beleuchten, um anschließend die wichtige Problematik der rechtlichen Bewertung des Aufeinandertreffens mehrerer Handlungen zu behandeln (S. 106). Detailliert wird der Begriff der Kumulation dargestellt und herausgearbeitet, welche Erscheinungsformen in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen; die Kumulationseffekte, die Summationseffekte und die synergetischen Effekte (S. 107–110). Diese Begriffsdarstellung bildet den Grundstein für die weiteren Ausführungen, innerhalb derer die Auswirkungen der Kumulation zunächst im Hinblick auf das Verfahrensrecht (S. 110–115), die insbesondere die Schwierigkeiten im Hinblick auf den Kausalitätsnachweis zum Gegenstand haben. Wenig überraschend und sachlich zutreffend wird in diesem Zusammenhang auf die bekannten Urteile des Bundesgerichtshofes zum Leder-spray- und Holzschutzmittelfall eingegangen, die unter Heranziehung kritischer Stimmen im Schrifttum gewürdigt werden (S. 112–115).

Neben den verfahrensrechtlichen Problemen werden auch die materiell-rechtlichen Probleme beleuchtet. Diese Darstellungen beginnen mit dem Problem der Abweichung vom Kausalverlauf und deren umstrittener dogmatischer Behandlung, wobei das Meinungsbild zum Teil eine Verortung im Bereich der objektiven Zurechnung annimmt, während andere, insbesondere die Rechtsprechung, hierin eine Frage des subjektiven Tatbestands sehen (S. 115–119). Einer endgültigen Festlegung entzieht sich *Sammüller-Grادل*, betont zudem die geringe Bedeutung dieser Problematik, die wegen der hohen Anforderungen an die Beachtlichkeit der Abweichung

vom Kausalverlauf gestellt werden (S. 118–119). *Sammüller-Grادل* überträgt die Fragestellung auf das Umweltstrafrecht und stellt die Konsequenzen der jeweiligen Verortung dar (S. 119–120).

Auf den Seiten 123–136 befasst sich *Sammüller-Grادل* mit einer der „meistdiskutierten Fragestellungen im Bereich der Zurechnung“. Umfassend werden die Ansätze in Literatur und Rechtsprechung zu der Frage dargestellt, ob es im Rahmen der Zurechnung zu einer Gesamterfolgzurechnung oder einer Einzelerfolgzurechnung kommt. Im Rahmen dieser Darstellung unterläuft *Sammüller-Grادل* ein Fehler. Auf Seite 125 beginnt sie die Darstellung der Gesamterfolgzurechnung nach dem allgemeinen Verständnis der kumulativen Kausalität, führt innerhalb dieser Ausführungen jedoch die Definition der alternativen Kausalität statt der der kumulativen Kausalität an. Im Anschluss an die Darstellung der einzelnen Auffassungen schließt sich an, was in der jeweiligen Hinsicht kritisch zu bewerten ist. Diese Ausführungen sind überzeugend. Ein Kritikpunkt muss jedoch angeführt werden. Im Rahmen der Darstellung der Einzelerfolgzurechnung beleuchtet *Sammüller-Grادل* näher, was es mit den Minimargenzen, mit denen für die Einzelerfolgzurechnung plädiert wird, auf sich hat. Sie stellt insbesondere auch Einwände gegen die Minimargenzen dar, die bis auf die verfassungsrechtliche Ebene reichen (S. 134). *Sammüller-Grادل* sagt selbst, dass ein Verzicht der Darstellung der Kritik zur Unvollständigkeit führen würde. Wünschenswert wäre es dann aber gewesen, wenn sie diese Bedenken, die gegen die Minimargenzen vorgebracht werden, entkräftet hätte.

Am Ende des Abschnitts (S. 139–144) erfolgt ein Fazit. Völlig zu Recht wird der Gesamterfolgzurechnung eine klare Absage erteilt, da sie in jedem Fall mit den in den Tatbeständen enthaltenen Minimargenzen nicht in Einklang zu bringen ist. Auch die Umgehung der Voraussetzungen einer gleichwertigen Haftung, die vom Gesetzgeber durch § 25 Abs. 2 StGB aufgestellt wurden, führt sie zutreffend als gewichtiges Argument gegen die Gesamterfolgzurechnung an. Klargestellt wird auch, dass den Belangen der Praxis zwar eine Gesamterfolgzurechnung durchaus zuträglich wäre, jedoch der Zweck nicht die Mittel heiligen könne. Das ist zutreffend. Die Praxis hat sich am Gesetz zu orientieren, nicht das Gesetz an der Praxis. Auch der Vergleich zum Wirtschaftsstrafrecht, in welchem ebenfalls eine Teilerfolgzurechnung vorgenommen wird, lässt sich anführen.

Auf den Seiten 144–151 befasst sich *Sammüller-Grادل* mit einem in der Literatur anzutreffenden Lösungsansatz – dem Kumulationsdelikt. Die Beschäftigung mit diesem Ansatz beginnt mit „den unterschiedlichen Konstruktionen“ (S. 144–149) dieses Deliktstypus. Zunächst erfolgen darstellende Ausführungen zu dem Gedanken, der hinter dieser Konstruktion steht und was mit ihr bezweckt werden soll (S. 145–146). Nach einer nach Autoren differenzierten Darstellung erfolgt auf den Seiten 149–150 eine Bewertung dieses Ansatzes, die insbesondere auf strafrechtsdogmatischer Ebene die Probleme aufzeigt, die mit dieser Konstruktion verbunden sind.

V. Zum Abschnitt „Ausblick“ – S. 152–178

Auf Seite 152 beginnt der letzte Abschnitt der Arbeit, der sich thematisch mit den legislatorischen Möglichkeiten des Gesetzgebers auseinandersetzt. Diesem Abschnitt soll eine nähere Betrachtung gewidmet werden. Zunächst werden zwei Möglichkeiten angesprochen, die so schon aus anderen Rechtsgebieten bekannt sind; die Einführung einer Anzeigepflicht für Behörden (S. 152–157) und die Schaffung spezieller Umweltschlichter (S. 157–159).

Dem ersten der beiden Lösungsvorschläge werden zwar keine prinzipiellen Bedenken entgegengehalten, jedoch wird die Tauglichkeit einer solchen Anzeigepflicht, den Umweltschutz merklich zu bessern, in Zweifel gezogen, da die Vielzahl der Umweltschlichter ohne behördliche Kenntnis verwirklicht wird (S. 156), wobei eine behördliche Anzeigepflicht nicht behilflich wäre. Innerhalb dieser Ausführungen wird noch einmal klargestellt, dass die Umweltschlichter als „opferlose“ Delikte keine unmittelbar individuell betroffenen Tatopfer hervorbringen und die Verfolgungsbehörden stets auf Anzeigen durch Außenstehende angewiesen sind (S. 153), wodurch die Gefahr besteht, dass das im Umweltverwaltungsrecht bestehende Kooperationsprinzip gefährdet wird (S. 155–156).

Der zweite Lösungsweg, über die Umweltschlichter an den Gerichten, ist insbesondere aus § 74c GVG bekannt. Dargestellt wird die Vergleichbarkeit im Hinblick auf das Erfordernis von Spezialwissen zur Bewältigung der komplexen Sachverhalte. Ein von *Sammüller-Gradl* in diesem Zusammenhang nicht mehr angesprochener Aspekt ist jedoch die Tatsache, dass die Etablierung solcher Umweltschlichter nur dann erfolversprechend sein kann, wenn entsprechende Delikte überhaupt zu Gericht gelangen. In der Arbeit wird noch erwähnt, dass eine Vielzahl der Delikte mittels §§ 153, 153a StPO eingestellt wird (S. 175).

Im Anschluss an die Ausführungen zu den beiden Lösungsansätzen präsentiert *Sammüller-Gradl* ihren eigenen Lösungsvorschlag (S. 159 ff.). Im Anschluss an eine kurze Rekapitulation der Kritik am Kumulationsdelikt unterbreitet sie den Vorschlag, die Umweltschlichter in den Abschnitt der Sachbeschädigungsdelikte zu integrieren (S. 160). Zur Begründung wird auf gewisse Parallelen zwischen Umweltschlichtern und Sachbeschädigungsdelikten verwiesen. Zudem wäre der „Sonderstatus“, der dem Umweltstrafrecht anhaftet, damit vom Tisch.

Die Fähigkeit des Abschnitts, sich auf gesellschaftliche Neuerungen einzustellen, spreche für die Integration des Umweltstrafrechts in diesen Bereich (S. 163). Es werden Ausführungen zur Vergleichbarkeit sowohl der Tatobjekte (S. 162–164) als auch der Rechtsgüter (S. 164–167) getätigt. Maßgeblich an diesem Vorschlag ist die Argumentation anhand des § 304 StGB – die gemeingefährliche Sachbeschädigung. Der Verzicht auf die Fremdheit der Tatobjekte lege den Schluss nahe, dass – wie bei der Umwelt – die Tatobjekte nicht um ihrer selbst Willen geschützt werden, sondern wegen der Bedeutung für die Allgemeinheit (S. 166). Da § 304 Abs. 1 StGB auch Naturdenkmäler erfasse, besteht nach *Sammüller-Gradl* die weitere Parallele, dass der strafrechtliche Schutz sich – wie bei den Umweltschlichtern – auf Tatob-

jekte erstrecke, die nicht von Menschenhand geschaffen wurden (S. 168). Nach der Feststellung, dass daher eine Vergleichbarkeit vorliege, widmet sie sich den Vorteilen einer solchen Integration. Diese bestünden zunächst darin, dass eine systematische Zusammenfügung mit den Eigentumsdelikten zu einem höheren Bewusstsein der Menschen hinsichtlich der Wichtigkeit des Umweltschutzes führen könne (S. 170). Dass es sich hierbei um eine Vermutung handelt, macht *Sammüller-Gradl* selbst deutlich, indem sie von einer „Möglichkeit“ eines solchen erhöhten Bewusstseins spricht (S. 170). An dieser Idee kann tatsächlich gezweifelt werden, setzt sie doch voraus, dass sich der Bürger, der Adressat der jeweiligen Verbotsnormen ist, überhaupt darüber Gedanken macht, dass die systematische Stellung der Strafvorschriften einen Bezug zum Bewusstsein über die Werthaftigkeit geschützter Rechtsgüter hat.

Im Hinblick auf die gesetzliche Regelung der Erheblichkeitsschwelle in § 303 Abs. 2 StGB meint *Sammüller-Gradl*, dies könnte als Auslegungshilfe für die Erheblichkeitsschwelle im Umweltstrafrecht dienen. Nimmt man an, dass eine Übertragbarkeit der gesetzlichen Regelung ohne Weiteres möglich sein kann, stellt sich jedoch folgendes Problem. Im Gegensatz zu den Sachen im technischen Sinne sind die Umweltmedien keine körperlichen Gegenstände, die § 303 StGB erfasst. Insbesondere im Hinblick auf die Problematik der Teilverunreinigung des Gewässers hilft § 303 Abs. 2 StGB nicht weiter, da wiederum die Frage besteht, welcher Gewässerteil als Bezugsgröße für die Taterfolgsbeschreibung heranzuziehen sein soll. Die Übernahme des § 303 Abs. 2 StGB würde zudem nur die Erfolgsdefinition betreffen, nicht hingegen die Frage, welchem Handelnden nun welcher Vorwurf gemacht werden kann – die Frage nach der objektiven Zurechnung bei kumulativer Kausalität bleibt bestehen.

Eine Integration der Umweltschlichter in den Bereich der Sachbeschädigungsdelikte hätte laut *Sammüller-Gradl* zudem zwei weitere Vorteile: Die Festsetzung der anthropozentrischen Rechtsgutsbestimmung und die Festlegung auf die Einzelerfolgszurechnung. Begründet wird die Festlegung auf das Rechtsgut wiederum mit dem Vergleich zu § 304 StGB, der ebenfalls eine anthropozentrische Schutzrichtung aufweise (S. 171 f.). Die doppelte Rechtsgutsbetrachtung ist – wie *Sammüller-Gradl* im Rahmen ihrer Arbeit ausgearbeitet hat – als zutreffend anzusehen. Auch die Gesamterfolgszurechnung wurde überzeugend abgelehnt. In diesen beiden Punkten ist *Sammüller-Gradl* daher uneingeschränkt zuzustimmen.

VI. Fazit

Sammüller-Gradl hat eine gelungene Arbeit geliefert, die sich gut lesen lässt. Durch die Darstellung auch anderer Gründe für die mangelnde Effektivität verdeutlicht *Sammüller-Gradl*, dass eine Eingrenzung auf das von ihr ausgewählte Thema gerechtfertigt war. Der Leser bekommt einen umfassenden Überblick über die zentralen Fragen, die mit der Problematik um die Erfolgszurechnung zusammenhängen.

Erfreulich aus Sicht der Wissenschaft ist zudem, dass sich interdisziplinäre Ansätze finden lassen, die Volkswirtschaft und (Umwelt-)Strafrecht miteinander verbinden. Auf die Idee, mit dem volkswirtschaftlichen Begriff des „öffentlichen

Gutes“ zu argumentieren, muss man als Jurist erst einmal kommen. Volkswirtschaftliche Kenntnisse sind bei Juristen keine Selbstverständlichkeit.

Beachtet man die Anzahl der Nachweise, die sich im Bereich der Kernprobleme anfinden, stellt man fest, dass trotz mehrfacher monographischer Behandlung zentraler Aspekte des Umweltstrafrechts noch lange nicht von einer umfassenden Klärung gesprochen werden kann.

Man kann hoffen, dass diese Arbeit einen weiteren Anstoß zur Verabschiedung von der Gesamterfolgszurechnung bedeutet. Der vorgeschlagene Lösungsweg der Integration der Umweltdelikte in den Abschnitt der Sachbeschädigungsdelikte wird zwar vom Verfasser dieser Rezension nicht unbedingt für zielführend gehalten, dennoch stellt der Vorschlag einen belebenden Impuls für die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dieser Problematik dar.

Dipl.-Jur. Martin Linke, Potsdam

Buchrezension

Shih-Fan Wang, Einsatz Verdeckter Ermittler zum Entlocken des Geständnisses eines Beschuldigten – Ein Prüfstein für das Täuschungsverbot des § 136a StPO und den nemo-tenetur-Grundsatz aus Art. 6 EMRK, Nomos Verlag, Baden-Baden 2015, 269 S., € 69,-.

Die Arbeit von Wang wurde an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) im November 2014 als Dissertation angenommen. Die zentralen Fragen des Buches werden in drei thematischen Perspektiven beleuchtet. Hinzu kommen Einleitung und Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

Im ersten Kapitel wird einleitend zunächst der Einsatz des Verdeckten Ermittlers gem. §§ 110a ff. StPO dargelegt. Die Anwendbarkeit des § 136 StPO auf Verdeckte Ermittler, insbesondere in Bezug auf das Schweigerecht, wird hinreichend problematisiert. Es folgt eine chronologische Darstellung der Leitentscheidungen des BGH bzw. des EGMR zu staatlich veranlassen verdeckten Befragungen. Im folgenden zweiten Kapitel wird das Normverhältnis der §§ 110a ff. StPO zum Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO ausführlich dargelegt (S. 74 ff.). Allgemeine Ausführungen zu Verdeckten Befragungen im Lichte des europäischen nemo-tenetur-Grundsatzes schließen sich im dritten Kapitel an (S. 156 ff.). Im vierten Kapitel werden sodann die Auswirkungen der Allan-Formel auf die BGH-Rechtsprechung untersucht. Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst (fünftes Kapitel).

Strafprozessuale Vorschriften zum Einsatz Verdeckter Ermittler (VE) finden sich in §§ 110a ff. StPO. § 110a StPO, der durch das OrgKG 1992¹ eingeführt wurde und bei der Vereinheitlichung der Vorschriften über verdeckte Ermittlungsmaßnahmen im Jahr 2008 unverändert geblieben ist, regelt die materiellen Voraussetzungen des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler, während § 110b StPO die Anordnung der Eingriffsmaßnahme normiert und § 110c StPO einzelne Bestimmungen über die Eingriffsbefugnisse enthält. §§ 110d, 110e StPO sind durch das Gesetz zur Vereinheitlichung der Normen über verdeckte Ermittlungsmaßnahmen aufgehoben worden; ihr Regelungsgehalt findet sich nun in § 101 StPO. Der Gesetzgeber hat in der geltenden Verfassungs- und Gesetzeslage die Institution der „Verdeckten Ermittlung“ zwar gesetzlich etabliert, damit aber die vorhandenen strafprozessualen Schutzvorkehrungen für die Vernehmung von Beschuldigten vor eine heikle Herausforderung gestellt.

Es stellt sich insbesondere die Frage, ob mit dem Einzug der §§ 110a ff. in die StPO auch verdeckte Befragungen eines Beschuldigten durch einen Verdeckten Ermittler, dessen Einsatz rechtmäßig gem. §§ 110a StPO angeordnet wird, zulässig sind. Das ist die Kernfrage des vorliegenden Buches von Wang, „deren Ursprung in einem intuitiven Widerwillen gegen eine solche listige Ausforschungstaktik liegt. Es läuft unserem Gerechtigkeitsgefühl zuwider, wenn sich der Ver-

deckte Ermittler als falscher Freund in unser Vertrauen einschleicht, an unserem Alltagsleben teilnimmt und eventuell im scheinbaren Privatgespräch ein selbstbelastendes Geständnis zu entlocken versucht. Setzt man sich mit dem intuitiven Widerwillen auseinander, stellt sich die Frage: Welches grundlegende Rechtsprinzip verursacht die Bedenken?“ (S. 251). Sodann stößt man unweigerlich auf das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO, dem als „prozessuale Grundnorm“ und Bestandteil unserer rechtsstaatlichen Tradition, nämlich der Selbstbelastungsfreiheit, die Schlüsselrolle zukommt.

Verdeckte Ermittler sind Beamte des Polizeidienstes, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln. Sie dürfen unter der Legende am Rechtsverkehr teilnehmen (§ 110a Abs. 2 StPO). Verdeckte Ermittler werden nach der gesetzgeberischen Überlegung insbesondere im Bereich der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität eingesetzt, um abgeschottete Strukturen aufzuklären.² Während die StPO eine Definition des VE liefert, regelt sie dessen Tätigkeiten höchst unvollständig. Seit der Einführung der §§ 110a ff. StPO im Jahre 1992 haben sich zahlreiche wissenschaftliche Abhandlungen sowohl mit dem Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO, den VE-Regelungen der §§ 110a ff. StPO bzw. verdeckten Befragungen, als auch mit dem nemo-tenetur-Grundsatz beschäftigt.³ Eine spezielle Monographie, die diese drei Felder im Zusammenhang untersucht und dabei in dieser Tiefe auf den Einsatz von VE zum Entlocken des Geständnisses des Beschuldigten eingeht, fehlt aber bislang. Umso begrüßenswerter ist es, dass Wang in seiner Dissertation die rechtlichen Rahmenbedingungen beim Einsatz von VE untersucht, wenn dieser zum Entlocken des Geständnisses des Beschuldigten eingesetzt wird. Im Kern geht es um die Frage des Täuschungsverbots.

§ 136a Abs. 1 StPO stellt ein Verbot der Beeinflussung der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten über das Ob und Wie einer Aussage durch bestimmte Methoden bei der Vernehmung auf,⁴ § 136a Abs. 2 StPO verbietet vom Willen des Beschuldigten unabhängige Beeinflussungen seines Erinnerungsvermögens oder seiner Einsichtsfähigkeit. § 136a Abs. 3 StPO schließlich erklärt die Einwilligung des Beschuldigten in die Beweiserhebung für unbeachtlich und betont, dass das – stillschweigend vorausgesetzte – Beweisverwertungsverbot für Aussagen, die unter Einflüssen nach Abs. 1 oder 2 zustande gekommen sind, selbst dann gilt, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.⁵ Der Wortlaut der Norm ergibt zunächst noch nicht,

¹ BT-Drs. 12/989, S. 41.

² BT-Drs. 12/989, S. 42; Ellbogen, Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004, S. 26 f.

³ Z.B. Keller, Verdeckte personale Ermittlungen, 2017, S. 120 ff.; Kirkpatrick, Der Einsatz von Verdeckten Ermittlern, 2011, S. 81 ff.

⁴ BGHSt 17, 364 (367).

⁵ Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 136a Rn. 1.

dass sie nur auf Vernehmungen bezogen ist; dieser Begriff taucht in § 136a Abs. 1 u. 2 StPO gar nicht auf und nur Abs. 3 S. 2 nennt „Aussagen“ als Gegenstand der Rechtsfolge eines Beweisverwertungsverbots.⁶ Allenfalls der Abschnittsüberschrift ist in verbalisierter Form zu entnehmen, dass es um Vernehmungen geht;⁷ was aber auch keinen zwingenden Schluss auf die exklusive Normgeltung nur in diesem Bereich zulässt. Ein Bezug zu Vernehmungen könnte nur aus der Stellung im Anschluss auf die für die erste Vernehmung geltende Regelung des § 136 StPO abgeleitet werden, der nach der bisherigen Rechtsprechung für förmliche Vernehmungen reserviert bleiben soll.⁸ Danach wäre der Anwendungsbereich jener Norm auf Vernehmungen durch Polizeibeamte, Staatsanwälte oder Richter beschränkt;⁹ was aber auch die Rechtsprechung nicht durchgehend fordert.¹⁰ In der Rspr. wird zwar immer wieder betont, dass eine Anwendung von § 136a StPO außerhalb von Vernehmungen nicht angezeigt ist.¹¹ Dies ist aber eher rhetorischer Topos und kein eherner Grundsatz. Es gibt keinen Grundsatz, den Beschuldigten vor Übergriffen der in § 136a StPO bezeichneten Art allgemein schutzlos zu stellen und nur in Vernehmungen ausnahmsweise zu schützen. Nach dem Normzweck und dem verfassungsrechtlichen Gehalt ist eine derart einschränkende Interpretation nicht angezeigt. Geht es darum, den Beschuldigten vor jeder dem Staat zurechenbaren Willensbeeinflussung mit der Folge einer ungewollten aktiven Selbstbelastung zu schützen, so gilt dies für alle Äußerungen des Beschuldigten, die dieser unter dem Einfluss einer verbotenen Methode macht und die eine Selbstbelastung zum Gegenstand haben.¹² Demnach ist auch die informelle Ausforschung des Beschuldigten oder eines aussageverweigerungsberechtigten Zeugen durch Verdeckte Ermittler, die durch die Fragerichtung eine vernehmungssähnliche Handlung vornehmen, am Maßstab des § 136a StPO zu messen.¹³ Allerdings wird auch vertreten, dass § 136a StPO auf den Einsatz eines Lockspitzels („agent provocateur“) oder eines V-Mannes – anders als beim Einsatz von VE – nicht anwendbar ist.¹⁴

In der Praxis operieren Strafverfolgungsbehörden zur Aufklärung mutmaßlicher Straftaten zunehmend mit heimlichen Ermittlungsmethoden. Der vom Gesetzgeber als an sich

zulässige Ermittlungsmethode geregelte VE ist mit dem für ein rechtsstaatliches Strafverfahren zentralen Verbot bestimmter Beweiserhebungsmethoden und dem daraus folgenden Verwertungsverbot nach § 136a StPO kaum in Einklang zu bringen. Allerdings lässt sich die untersuchte Forschungsfrage anhand der deutschen Rechtslage nicht abschließend beurteilen. Insofern könnte der Leading Case des EGMR als Vorbild dienen. Das Urteil *Allan v. the U.K.*¹⁵ hat zentrale Bedeutung. Die darin herausgearbeitete (Allan-)Formel hat später auch die Große Kammer des EGMR, nämlich in dem Urteil *Bykov v. Russia*¹⁶, aufgenommen. Das Allan-Kriterium gliedert sich in zwei Subkriterien, die kumulativ erfüllt sein müssen: 1. Ein von einem Verdeckten Ermittler geführtes Gespräch ist als „funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung“ zu qualifizieren sowie 2. die besondere „Natur der Beziehung zwischen dem VE und dem Beschuldigten“ oder der psychische Druck auf den Beschuldigten ist gegeben. Erst wenn beide Subkriterien zugleich vorliegen, kann von einer Freiwilligkeit bei einer selbstbelastenden Äußerung nicht mehr gesprochen werden. Wang schließt daraus folgerichtig, dass der EGMR – etwa in Bezug auf verdeckte Befragungen – mit der Allan-Formel den Anwendungsbereich des Schutzes der Selbstbelastungsfreiheit zwar ausweitet, aber keine strikte Linie etabliert, da er gleichzeitig an der Einzelfallabwägung festhält. In der Rechtspraxis – und das zeigt etwa der Bykov-Fall – spielt besonders die Anforderung an das Vorliegen von „psychischem Druck“ eine entscheidungserhebliche Rolle. Die EGMR-Rechtsprechung setzt dem Einsatz von VE eine menschenrechtliche Grenze, indem die Allan-Formel den Beschuldigten durch ein europäisches nemo-tenetur-Prinzip vor täuschungsbedingten Selbstbelastungen schützt. Diese Grenze dürfen VE beim Entlocken eines Geständnisses nicht überschreiten. Letztlich sprechen die von Wang herausgearbeiteten Untersuchungsergebnisse dafür, „dass die höchstrichterliche Rechtsprechung den europäischen Vorgaben zur effektiven Umsetzung der Garantie der Selbstbelastungsfreiheit nicht völlig gerecht wird, solange sie nicht die bis dato vertretene Position aufgibt, nach der die gezielte verdeckte Befragung des Beschuldigten durch den VE nicht als Täuschung i.S.d. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO zu bewerten sei. Im Vordergrund der Auseinandersetzung des BGH mit der Problematik vernehmungssähnlicher Befragungen durch VE steht sachlich allein die Allan-Formel. Sie wird in der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich zum einzigen Maßstab bei der Beurteilung staatlich veranlasster verdeckter Befragungen. Gleichzeitig setzt sich die Rechtsprechung nicht mit daraus resultierenden ‚Spätkomplifikationen‘ in der Praxis auseinander. Eine solche Komplikation ist das ungelöste Verhältnis zwischen §§ 110a ff. StPO und dem Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO. Zudem wird in die Garantie der Selbstbelastungsfreiheit zu Unrecht nicht auch ein Täuschungsverbot nach § 136a StPO eingeschlossen“ (S. 254).

Die Leitentscheidungen werden von Wang chronologisch aufgearbeitet (S. 34 ff.).

⁶ BGHSt 34, 365 (369).

⁷ *Lagodny*, StV 1996, 167 (168).

⁸ BGHSt 42, 139 (147 f.).

⁹ BGHSt 34, 365 (369); 55, 314 (317).

¹⁰ BGHSt 42, 139 (149, 152); anders tendenziell BGHSt 55, 314 (317 f.) m. Anm. *Norouzi*, NJW 2011, 1525.

¹¹ BGH, Urt. v. 30.4.1987 – 4 StR 30/87 = NJW 1987, 2524; BGH, Urt. v. 9.5.1985 – 1 StR 63/85 = NJW 1986, 390.

¹² *Eschelbach* (Fn. 5), § 136a Rn. 9.

¹³ LG Hannover, Urt. v. 18.9.1986 – KLS 49848/85 – 33a 43/86; für eine Analogie auch *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 637.

¹⁴ *Monka*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2018, § 136a Rn. 5; zum Ganzen *Schuh*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 136a Rn. 73 ff.

¹⁵ EGMR, Urt. v. 5.11.2002 – 48539/99 = StV 2003, 257.

¹⁶ EGMR, Urt. v. 10.3.2009 – 4378/02 = NJW 2010, 213.

Es blieb lange offen, wie die Frage nach dem Spannungs- und Normverhältnis zwischen dem Täuschungsverbot gem. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO und der gezielten verdeckten Befragung eines gem. §§ 110a ff. StPO eingesetzten VE zu beantworten ist und wie in diesem Lichte durch eine solche Ermittlungsmethode erlangte Erkenntnisse zu bewerten sind. Wang liefert unter Berücksichtigung der BGH- und EGMR-Rechtsprechung tragfähige Antworten. Die Vorschriften über den Einsatz von VE in der StPO werden mit Blick auf das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO und die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 EMRK zum menschenrechtlichen Prüfstein. Die Untersuchungsergebnisse Wangs zeichnen ein klares Bild: Danach schaffen die §§ 110a ff. StPO keine Ausnahme vom Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO; das ergibt sich im Wesentlichen aus der Auslegung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit („Der BGH sollte deswegen sein Augenmerk auf das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO richten und bei der Rechtsanwendung einen neuen dogmatischen Weg entwickeln, denn auch ohne die Leitentscheidungen des EGMR wäre es jedenfalls wünschenswert, wenn die Vorschriften der nationalen Rechtsordnung widerspruchsfrei angewendet werden können.“, S. 255). Das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO gilt auch bei einem Einsatz Verdeckter Ermittler; es ist jedoch nicht direkt, sondern analog anzuwenden. Voraussetzung ist aber, „dass eine mit einer formellen Vernehmung gleichzustellende vernehmungähnliche Situation vorliegt, denn dies ist Vorbedingung für die analoge Anwendbarkeit von § 136a Abs. 1 S. 1 StPO. Aus dem Wortlaut des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO ergibt sich, dass sich der Tatbestand des Täuschungsverbots in kumulativer Weise wie folgt zusammensetzt: a) Täuschungsmethode; b) Willensbeeinträchtigung des Beschuldigten; c) Kausalität“ (S. 252). Die drei Merkmale müssten in gleicher Weise auf eine verdeckte Ausforschung eines Beschuldigten durch einen VE übertragen werden. Sind die gesetzlich normierten Voraussetzungen des § 136a Abs. 1 S. 1 StPO nicht erfüllt, bleibt also weiter die Möglichkeit bestehen, dass der Einsatz von VE nicht gegen das Täuschungsverbot gem. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO verstößt. Wang weist zutreffend auf die damit zwangsläufig verbundene Problematik hin: „Diese Differenzierung bedarf gründlicher Überlegung, denn es darf nicht vorschnell oder schematisch die Behauptung aufgestellt werden, jede Handlung oder Strategie eines VE sei per se mit dem Täuschungsverbot des § 136a StPO unvereinbar. Bei der Entscheidung sind vielmehr stets die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen“ (S. 253). Eine dogmatische Auslegung der verschiedenen Gesetzesbestimmungen zeigt, dass §§ 110a Abs. 2 und 110c S. 3 StPO einem VE keine Ermächtigung zur Durchführung verdeckter Befragungen geben, wenn diese darauf zielen, dem über die wahre Identität des VE getäuschten Beschuldigten ein Geständnis zu entlocken. Natürlich sind VE berechtigt, unter Nutzung einer Legende selbstbelastende Äußerungen eines Beschuldigten entgegenzunehmen und an die Ermittlungsbehörden weiterzuleiten; sie sind jedoch nicht dazu befugt, dem Beschuldigten selbstbelastende Äußerungen aktiv zu entlocken. Verfassungsrechtlich ist es darüber hinaus im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit

unmöglich, durch einfache Gesetze die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Täuschungsverbots i.S.d. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO außer Kraft zu setzen (S. 253). Das von Wang präsentierte Forschungsergebnis, nach dem eine auf das Entlocken eines Geständnisses abzielende verdeckte Befragung durch einen VE einer Prüfung bezüglich des Täuschungsverbotes gemäß § 136a Abs. 1 S. 1 StPO unterzogen werden muss, bedeutet unter Umständen, dass ein Tatgeschehen ungeklärt bleiben und sich der Täter einer Verurteilung entziehen kann. Der Rechtsstaat hat seinen Preis.¹⁷ Es ist also kein Irrsinn, sondern die ganz normale Komplexität eines Rechtsstaates, die man aushalten muss. Mit dem BGH ist festzustellen: „Diese Auffassung hat zwar zur Folge, dass wichtige Beweismittel zur Aufklärung von Straftaten unbenutzt bleiben müssen, obwohl dem Grundsatz wirksamer Strafrechtspflege Verfassungsrang zukommt. Das muss im Interesse eines rechtsstaatlichen Verfahrens jedoch hingenommen werden; die Strafprozessordnung zwingt nicht zur Wahrheitserforschung um jeden Preis.“¹⁸ Der Anwendung von § 136a StPO kann nicht entgegengehalten werden, dass dieser nur für Vernehmungen gelte, um die es sich bei der „Bespitzelung“ durch einen VE nicht handelt.¹⁹ Die Zeugenaussagen von VE oder gar der an ihrer Stelle auftretenden „Zeugen vom Hörensagen“ sind nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Glaubwürdigkeit, sondern auch auf ihre Verwertbarkeit unter dem Gesichtspunkt des § 136a StPO zu prüfen. Freilich bleibt es dabei, dass der VE nicht allein schon dadurch eine Täuschung i.S.v. § 136a Abs. 1 StPO begeht, dass er dem Beschuldigten verschweigt, dass er im Auftrag der Polizei handelt. Der EGMR hat in dem Einsatz von VE keinen grundsätzlichen Verstoß gegen das Recht auf faires Verfahren aus Art. 6 EMRK gesehen.²⁰

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit liegt im Ergebnis vor, wenn der Beschuldigte in einem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren erklärt hat, zum Tatvorwurf schweigen zu wollen, und der eingesetzte Beamte den Tatverdächtigen zu einer selbstbelastenden Aussage gedrängt und der VE den Tatverdächtigen in einer vernehmungähnlichen Weise zu den Einzelheiten des Tathergangs befragt hat.²¹

Die Dissertation von Wang zeichnet sich durch einen stringenten Aufbau aus, liest sich gut und flüssig und skizziert die rechtlichen Anforderungen, die die EGMR-Rechtsprechung gestellt hat. Die europäischen Vorgaben, insbesondere die Selbstbelastungsfreiheit gem. Art. 6 EMRK und die dazu ergangene EGMR-Rechtsprechung sind gerade wegen ihrer Rezeption durch die BGH-Rechtsprechung für die rechtliche Bewertung verdeckter Befragung von großer Bedeutung. Abschließend sei hervorgehoben, dass das Buch von Wang uneingeschränkt allen empfohlen werden kann, die

¹⁷ Beulke, StV 1990, 182.

¹⁸ BGH, Urt. v. 17.3.1983 – 4 StR 640/82 = NJW 1983, 1570, Anm. Meyer, NSTZ 1983, 466.

¹⁹ So bereits Röhrich, Rechtsprobleme bei der Verwendung von V-Leuten für den Strafprozess, 1974, S. 240 ff. m.w.N.

²⁰ EGMR, Urt. v. 5.2.2008 – 74420/01 = NJW 2009, 3565.

²¹ Keller (Fn. 3), S. 181.

sich mit Fragen rund um „Verdeckte Ermittlungen“ befassen und Anregungen und vertiefende Erkenntnisse gewinnen wollen. Eine Anschaffung wird der Praktiker ebenso wenig bereuen, wie der eher juristisch oder wissenschaftlich orientierte Leser. Um es abschließend kurz machen: Ein klarer Kauf!

Polizeidirektor Christoph Keller, Münster