

# forum historiae iuris

**Erste Internet-Zeitschrift für Rechtsgeschichte**

**<http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/>**

**Herausgegeben von:**

**Prof. Dr. Hans-Peter Benöhr (Berlin)**  
**Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)**  
**Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)**  
**Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)**  
**Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)**  
**Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)**  
**Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaén)**  
**Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)**  
**Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)**  
**PD Dr. Michele Luminati (Zürich)**  
**Dr. Fred G. Bär (Berlin)**  
**Dr. Hans-Peter Haferkamp (Berlin)**  
**Dr. Andreas Thier (München)**  
**Dr. Hans-Georg Hermann (München)**

**Artikel vom 20. Juni 2001**

**© 2001 fhi**

**Erstveröffentlichung**

**Zitiervorschlag:**

**<http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/0106falk-folter.htm>**

**Ulrich Falk:**

# **Zur Folter im deutschen Strafprozeß.**

## **Das Regelungsmodell von Benedict Carpzov<sup>1</sup> (1595-1666)**

**Frankfurt am Main / Mannheim**

- I. Folter und Hexenprozeß
- II. Carpzovs Bedeutung für die deutsche Rechtspraxis
- III. Carpzovs Legitimation der Folter
- IV. Carpzovs Kritik der Folter
- V. Carpzovs Kompromißstrategie
- VI. Zwei besondere Komponenten dieser Kompromißstrategie
  - 1. Die Strafverteidigung
  - 2. Die Aktenversendung
- VII. Rechtshistorische Bewertung

### **I. Folter und Hexenprozeß**

Die Hexenverfolgung bildet das schwärzeste Kapitel der europäischen und namentlich der deutschen Justizgeschichte. Wie man spätestens seit den berühmten Schriften von Friedrich von Spee und Christian Thomasius weiß, wäre die massenhafte Aburteilung der Opfer von Hexereibeschildigungen ohne das Instrument der strafprozessualen Folter praktisch undenkbar gewesen. 1

Der Hexenprozeß war kein Phänomen eines, wie man meinen könnte, 'finsternen' Mittelalters. Es handelt sich vielmehr um ein spezifisches Phänomen der frühen Neuzeit. Für Deutschland ist dies offenkundig durch den charakteristischen Verlauf der Verfolgung in mehreren Prozeßwellen, deren Höhepunkte in den Jahren um 1562, 1590, 1626 und 1650 lagen. 2

Die europäische Hexenverfolgung avancierte in den letzten Jahrzehnten zu einem zentralen Gegenstand interdisziplinärer Forschung. Im unüberschaubar gewordenen Schrifttum trifft man auf eine Fülle konkurrierender Deutungsansätze, teils monokausalen, überwiegend multikausalen Zuschnitts.<sup>3</sup> Von einer annähernd konsentierten Erklärung für die Katastrophe der justizförmigen Hinrichtung unzähliger unschuldiger Opfer - mögen es nun 3

Millionen oder ‘nur’ Hunderttausende gewesen sein<sup>4</sup> - kann noch keine Rede sein. Weitgehende Übereinstimmung herrscht immerhin über die Einsicht, daß man die Verfolgung nicht losgelöst von den komplexen gesamtgesellschaftlichen Strukturen der frühen Neuzeit interpretieren kann, insbesondere von sozialen, geschlechtsspezifischen, mentalitätsmäßigen, wirtschaftlichen, religiösen, politischen und justiziell-juridischen Faktoren.

Das gilt selbstverständlich auch für die strafprozessuale Folter als unverzichtbarem Element der Verfolgungen. Die Frage nach der *generellen* Rolle und Funktion der Folter weist über das spezifische Phänomen der Hexenprozesse hinaus, gehörte sie doch<sup>5</sup> ganz allgemein zu den strukturbildenden Merkmalen des frühneuzeitlichen Strafverfahrens.

## II. Carpzovs Bedeutung für die deutsche Rechtspraxis

Wenn man nach den Grundlagen des deutschen Strafprozeßrechts in jener Epoche fragt, so fällt der Blick unvermeidlich auf Sachsen. Die sächsische Jurisprudenz entfaltete seit der Mitte des 16. Jahrhunderts einen starken Einfluß auf die Rechtsentwicklung und Gerichtspraxis im Alten Reich. Diese Wirkung hielt mindestens bis zum Ende des 17. Jahrhunderts an, zum Teil reichte sie noch darüber hinaus.<sup>6</sup> In jenem Zeitraum erfuhr auch die strafprozessuale Folter im deutschen Strafprozeß ihre volle normative Ausgestaltung und den Höhepunkt ihrer Anwendung.

Die gedruckten Entscheidungssammlungen jener Zeit bieten einen guten Indikator für den Stellenwert Sachsens. Diese Gattung der juristischen Literatur war damals von zentraler Bedeutung, wie schon die Zahl der einschlägigen Werke und ihrer Auflagen vor Augen führt.<sup>7</sup> In Deutschland erschienen von der Mitte des 16. Jahrhunderts bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts mindestens 340 Sammlungen mit Urteilen (*decisiones, sententiae*) und Rechtsgutachten (*consilia, responsa*). Die Gutachten stammen zum Großteil von den Kollegien der juristischen Fakultäten bzw. der sogenannten Schöffenstühle. In beiden Gruppen - Dezisionen wie Konsilien - ist das Übergewicht der Sammlungen aus dem sächsischen Raum offenkundig.<sup>8</sup> Ihre Verfasser und Herausgeber waren Professoren und Rechtspraktiker im Umfeld der Universitäten bzw. Schöffenstühle Leipzig, Wittenberg, Jena und Helmstedt.

Viele der Juristen, die zur Führungsrolle Sachsens beitrugen, sind heute weitgehend in Vergessenheit geraten.<sup>9</sup> Einen gewissen Grad an Bekanntheit besitzen Matthaeus Wesenbeck (1531-1586), Dominicus Arumaeus (1579-1637) und Georg Adam Struve (1619-1692). An erster Stelle steht aber zweifellos Benedict Carpzov (1595-1666). Er war Richter am Appellationsgericht Dresden, dem obersten Gericht Sachsens, *primus ordinarius* am renommierten Leipziger Schöffenstuhl<sup>10</sup> sowie Richter am Oberhofgericht und am Kirchengericht in Leipzig. Einige Jahre amtierte er zudem als *primus ordinarius* an der Universität Leipzig und als geheimer Rat des Kurfürsten in Dresden.<sup>11</sup> Daneben publizierte er umfangreiche Werke zum Zivil-, Straf-, Kirchen- und Prozeßrecht, die

allesamt neun bis zehn Auflagen erreichten.<sup>12</sup> Berühmt wurde vor allem seine *Practica nova Imperialis saxonica rerum criminalium* (erste Auflage 1635, letzte Auflage 1752).

Carpzov ist nicht nur als eine herausragende Einzelperson zu sehen. Ohne die Urteile und Konsilien des Leipziger Schöffentuhls und der sächsischen Obergerichte wäre sein Werk in dieser Form undenkbar gewesen. Die Auswahl, die er in seinen Stellungnahmen zu den unzähligen Streitfragen des *ius commune* und bei der Interpretation deutscher Gesetze traf, war fast immer durch die Präjudizien aus der sächsischen Praxis vorgezeichnet.<sup>13</sup> Zu diesem Zweck hatte er unter anderem 400 handschriftliche Foliobände mit zahllosen Entscheidungen des Leipziger Schöffentuhls aus der Zeit von etwa 1575-1635 ausgewertet.<sup>14</sup> Auf diese Präjudizien wies er in allen einschlägigen Einzelfragen hin und zitierte in kurzen Textauszügen häufig auch wörtlich.

Der Begriff *Schöffentuhl* ist mißverständlich, weil er an Rechtspflege durch Laienrichter erinnert. In der damaligen Fachterminologie benutzte man die Bezeichnung *scabinatus (lipsiensis)*. Spätestens seit dem 16. Jahrhundert bestand der Leipziger Schöffentuhl im wesentlichen aus professionellen Juristen, die gegen Zahlung von Gebühren bzw. Honoraren Rechtsgutachten für Gerichte und Privatpersonen ausarbeiteten. Die sächsischen Kurfürsten hatten dem ehemals städtischen Kollegium seit dem Jahr 1574 eine zentrale Stellung in der Gerichtsverfassung zugewiesen.<sup>15</sup> Mindestens drei der sieben ordentlichen Assessoren mußten den höchsten juristischen Qualifikationsgrad (*doctor utrisque iuris*) besitzen. Sie entschieden nicht nur nach sächsischen Rechtsquellen, sondern auch nach *ius commune*. Carpzovs Werke dokumentieren, daß das gemeine Recht im ganzen deutlich überwog.

Wenn sich Carpzov in allen praxisrelevanten Fragen an den Vorgaben der sächsischen Praxis orientiert hatte, so kehrte sich dieses Verhältnis nach dem Erscheinen seiner Schriften um. Diese wurden ihrerseits zum richtungweisenden Maßstab der sächsischen Urteils- und Konsilienpraxis; Carpzov wurde dadurch zum Sinnbild der sächsischen Jurisprudenz. Heute wird er als der „praktisch wie wissenschaftlich vielleicht einflußreichste deutsche Jurist überhaupt“, bezeichnet.<sup>16</sup> Angesichts der komplexen Lage im Alten Reich, das in zahllose Territorien zersplittert war, muß man sich freilich vor allzu pauschalen Aussagen hüten. Andererseits lassen zeitgenössische Quellen durchaus eine einzigartige Stellung vermuten.

So nahm Carpzov in den strafrechtlichen Konsilien der Juristenfakultät Basel bis ins 18. Jahrhundert eine „fast gesetzesähnliche Stellung“, ein.<sup>17</sup> In manchen Konsiliensammlungen aus dem deutschen Raum wurde er im 17. und 18. Jahrhundert „beinahe ausschliesslich zitiert.“<sup>18</sup> Das entspricht der These von Augustin Leyser (1683-1752), einem der großen Juristen des 18. Jahrhunderts, daß Carpzov faktisch „*legislatoriam potestatem*“, besessen habe, die sich auf den Gerichtsgebrauch in ganz Deutschland („*usus fori in tota Germania*“) gegründet habe.<sup>19</sup> Ein Anwaltslehrbuch aus dem Jahr 1751 läßt vermuten, daß Carpzovs Einfluß auch in jener Zeit noch spürbar war. Das Buch enthält eine Liste mit

8

9

10

11

Werken, die „für einen Practico,, im Zivilprozeß „unentbehrlich,, seien.<sup>20</sup> An vorderer Stelle in dieser Aufzählung trifft man auf Carpzovs *Jurisprudentia forensis*.<sup>21</sup> In der entsprechenden Aufzählung der „vornehmsten und besten Bücher,, für den Strafprozeß stößt man ebenfalls sogleich auf Carpzov.<sup>22</sup>

Gleichwohl bewertet ein großer Teil der älteren Sekundärliteratur sein Werk auffallend kritisch. Die wichtigste Ursache dieser demonstrativen Geringschätzung liegt paradoxerweise in seiner außerordentlichen Bedeutung. Seine herausragende Stellung machte Carpzov zu einer Symbolfigur, der man ungeprüft die stellvertretende Verantwortung für alle Mißstände des vormodernen Strafrechts zuschrieb. Zum Beispiel zählt man ihn „zu den entschiedensten Anhängern,, der Folter. Er habe ihre Zulässigkeit völlig in die Willkür des Richters gestellt und obendrein in der „Leichtfertigkeit und Grausamkeit seines Denkens,, allein in Hexenprozessen „zwanzigtausend Todesurteile,, unterschrieben.<sup>23</sup> 12

Bei dieser Zahlenangabe handelt es sich nicht nur um eine überhöhte Schätzung, sondern um eine absurde Behauptung, die ihren Ursprung im späten 17. Jahrhundert hat.<sup>24</sup> Ausweislich der archivalischen Quellen war Carpzov lediglich an zwei Hexenprozessen persönlich beteiligt, die beide mit der Freilassung der Angeklagten endeten.<sup>25</sup> Vor diesem Hintergrund folgerte der Historiker Otto Ulbricht im Jahr 1992, daß die tradierte Vorstellung von Carpzov als „Blutrichter,, jeder rationalen Grundlage entbehre. 13

Diese Ansicht blieb jedoch keineswegs unwidersprochen. Der Historiker Sönke Lorenz - ebenfalls ein ausgewiesener Kenner der Strafrechtsgeschichte - vertritt die These, daß Carpzov die Lehrsätze der maßgebenden Theoretiker der Hexenverfolgung fortgeschrieben und juristisch dogmatisiert habe. Dadurch habe er in seiner *Practica Nova* „ein verhängnisvolles System,, errichtet, das in der Gerichtspraxis zum Tod zahlloser Opfer beitrug.<sup>26</sup> 14

Lorenz verweist unter anderem auf einen Prozeß im Jahr 1660, in dem eine Frau in Leipzig der Hexerei angeklagt war. Nach wiederholter Folterung schärfsten Grades und unbeschreiblichem Martyrium kam sie zu Tode, ohne daß ihr ein Geständnis abgepreßt worden wäre.<sup>27</sup> Soweit aus den Gerichtsakten ersichtlich, war Carpzov an dem Verfahren nicht beteiligt. Über eine mittelbare Wirkung seiner einflußreichen Schriften besagt das aber nichts. Sie waren - so jedenfalls die Diagnose von Lorenz - „nicht dazu angetan, Unschuldige vor der Folter und dem Scheiterhaufen zu bewahren,,.<sup>28</sup> 15

Blicken wir also zum Thema Folter in Carpzovs *Practica Nova*, die wichtigste Grundlage des deutschen Strafprozeßrechts im 17. Jahrhundert. Vorab sei dabei betont, daß die vorliegende Abhandlung keine Stellung zu der Frage bezieht, wie Carpzovs spezielle Beiträge zum Thema Hexenprozeß zu deuten sind. Dabei handelt es sich um eine offene Forschungsfrage, die noch genauerer Untersuchung bedarf. 16

### III. Carpzovs Legitimation der Folter

- Ein Strafprozeß ohne Folter („*quaestio*“) scheint für Carpzov tatsächlich undenkbar gewesen zu sein. Als *quaestio* definierte er das Verhör zur Ermittlung der Wahrheit durch Qualen und körperlichen Schmerz („*Quae est inquisitio sive interrogatio ad ereundem veritatem per tormenta & corporis dolorem*“).<sup>29</sup> Ihre Legitimität begründete er mit vier Argumenten, ohne prinzipielle Gegner der Folter auch nur zu erwähnen. 17
- Erstens berief er sich auf das Gemeinwohl. Es gebiete, Straftaten nicht ungestraft zu lassen („*favor commodi publici, quod delicta non vult remanere impunita*“). Das öffentliche Interesse steige mit der Schwere des jeweiligen Delikts.<sup>30</sup> Ohne die Folter seien die Erforschung der Wahrheit und eine effiziente Strafverfolgung geradezu unmöglich. Verbrechen würden sehr häufig im Verborgenen begangen, so daß es an Zeugen oder anderen Beweisen mangle.<sup>31</sup> 18
- Zweitens stützte er sich auf das römische Recht. Zur Erforschung von Verbrechen habe man, wie Ulpian bezeuge, die Folter anzuwenden gepflegt (vgl. D. 48.1.1.pr.). Paulus habe zu einem Edikt von Kaiser Augustus hervorgehoben, daß die *quaestio* nur dann benutzt werden dürfe, wenn es sich um schwere Verbrechen handle, die nicht mit anderen Mitteln aufgedeckt werden könnten. In diesem Fall sei sie aber - so Paulus in D. 48.8.pr. - höchst wirksam zur Erforschung der Wahrheit und müsse angewendet werden.<sup>32</sup> 19
- Bei seinen Zitaten aus dem Digestentitel *De quaestionibus* (D. 48.18) übergang Carpzov den Umstand, daß die meisten Fragmente nur die Folterung von Sklaven betrafen. Nur wenige Stellen lassen sich zumindest nach ihrem Wortlaut auch auf die *quaestio* gegen freie Bürger beziehen (vgl. 48.18.15/16; 48.18.18.1-4). Für die Paulusstelle gilt das gerade nicht. Andere Quellen, etwa D. 48.18.12, drängen sogar zum Umkehrschluß, daß die Folter gegen Freie prinzipiell ausgeschlossen war.<sup>33</sup> 20
- In gewissem Grad war Carpzovs Berufung auf das römische Recht gleichwohl berechtigt. Es war zwar eine der „*Großtaten der römischen Zivilisation*“, die Folter immerhin gegen freie Bürger ausgeschlossen zu haben. Uneingeschränkt galt dies jedoch nur für die Zeit der Republik. Im Prinzipat und in der Kaiserzeit war die Praxis keineswegs einheitlich.<sup>34</sup> Dies spiegelt sich im Codextitel *De quaestionibus* (C. 9.41), der in mehreren Stellen die Zulässigkeit der Folter auch gegen Freie, insbesondere gegen Plebejer, dokumentiert (vgl. C. 9.41.8.pr., 9.41.11, 9.41.16, 9.41.17). Bezeichnenderweise ordneten manche Kaiserkonstitutionen ausdrücklich eine Befreiung des erblichen senatorischen Adels und der Ritterschaft an. Offenbar war dies zu jener Zeit keineswegs mehr selbstverständlich (vgl. z.B. C. 9.41.8.1, 9.41.11). Obendrein war bei manchen Verbrechen - insbesondere dem *crimen laesae maiestatis* - die Folter ohnehin gegen jede Person zulässig (vgl. Paulus 5.29.2, C.Th. 9.5.1, 9.35.1, 9.16.6, 9.19.1). 21
- Drittens bezog sich Carpzov auf die *Peinliche Halsgerichtsordnung* von Kaiser Karl V. (*Constitutio Criminalis Carolina*, CCC), und zwar mit voller Berechtigung. Die Carolina 22

war eine Strafprozeßordnung, in die eine Reihe von Normen zum materiellen Strafrecht eingeflochten waren.<sup>35</sup> Im Zentrum ihres Beweisrechts stand die Folter. Der Reichsgesetzgeber hatte zwar „in klarer Erkenntnis der Gefährlichkeit“ der Folter zahlreiche Schutzbestimmungen erlassen, wobei er sich an den Lehren des *ius commune* orientierte. Diese gemeinrechtliche Grundlage wird vordergründig verdeckt durch die sprachliche Fassung der Carolina in altertümlichem Deutsch, das über keine elaborierten Rechtsbegriffe verfügte. Die Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers war aber eindeutig. Die Folter war ein zentraler Bestandteil des geltenden Reichsstraßprozeßrechts. Ihre Zulässigkeit stand im Prinzip - von allen Kautelen bei der Anwendung abgesehen - außer Frage.<sup>36</sup>

Viertens gründete Carpzov sein Votum auf das *ius commune*, das im Anschluß an das römische Recht ebenfalls von der Zulässigkeit der Folter ausging. Wie in Carpzovs gesamten Schriften, so bildeten die großen Werke des europäischen Gemeinrechts auch hier „stets den Ausgangspunkt, die Hauptgrundlage und das Gewand“ seiner Darstellung.<sup>37</sup> Besonders häufig berief er sich auf den italienischen Kriminalisten Julius Clarus (1525-1575).<sup>38</sup> Unter den deutschen Autoren bezog er sich im Kontext der Folter am häufigsten auf den *Tractatus de quaestionibus seu torturis* (1. Auflage 1595) von Johann Zanger, einem Wittenberger Professor, der auch Assessor am Wittenberger Schöffentuhl und am Hof- und Kirchengengericht war.<sup>39</sup> Dieser einflußreiche Traktat, der es bis 1730 auf elf Auflagen brachte,<sup>40</sup> baute vollständig auf dem römisch-kanonischen Recht auf. Nur beiläufig äußerte sich Zanger, der als „überaus tüchtiger Praktiker“<sup>41</sup> galt, zu einzelnen Abweichungen „de jure Saxonico“.<sup>42</sup>

Als fünften Punkt der Legitimationsgrundlage könnte man das *ius saxonicum* erwarten. Im Rahmen der Folter bezog sich Carpzov aber nur dann auf sächsisches Recht, wenn es um Besonderheiten der Gesetzgebung im 16. Jahrhundert ging. Ältere Rechtsquellen sächsischer Provinienz spielen insoweit keine erkennbare Rolle. Dieser Befund ist nicht verwunderlich. Die mittelalterlichen Quellen, insbesondere der *Sachsenspiegel* vom Anfang des 13. Jahrhunderts, thematisieren die Folter nicht. Zum Gegenstand der sächsischen Gesetzgebung wurde sie anscheinend erst im 16. Jahrhundert, wobei es nur um Einzelregelungen zu praktischen Streitfragen ging. Das spricht gegen die tradierte These von Eberhard Schmidt, daß sich die strafprozessuale Folter in Deutschland autonom – das heißt unabhängig vom römisch-gemeinen Recht - entwickelt habe. Schmidts These muß spätestens seit der grundlegenden Abhandlung von Winfried Trusen über „Straßprozeß und Rezeption“ aus dem Jahr 1984 als widerlegt gelten.<sup>43</sup>

Den normativen Ausgangspunkt bildete bei Carpzov regelmäßig die Rechtslage im gemeinen Recht. Anschließend diskutierte er die einschlägigen Regelungen der *Carolina* und schließlich - an letzter Stelle und relativ kurz - spezielle Vorgaben der Sächsischen Gesetzgebung.<sup>44</sup> Seine Argumentation war von dem angestregten Bemühen bestimmt, eine widerspruchsfreie Synthese zwischen den *communes opiniones* des *ius commune*, der *Carolina* und dem jüngeren sächsischen Recht zu erzielen.<sup>45</sup> Diese Tendenz prägt nicht nur

23

24

25

seine Darstellung zur Folter, sondern sein Gesamtwerk, sowohl im Straf- wie im Zivilrecht.

Es liegt auf der Hand, daß dieses synthetische, harmonisierende Vorgehen an zahllosen Punkten an unüberwindbare Grenzen stieß. Im 19. und 20. Jahrhundert wurde Carpzov dafür kritisiert, daß er viele Stellen des römischen Rechts, Lehrmeinungen des *ius commune* und Vorschriften der *Carolina* verzerrt habe. Diese Kritik war - bezogen auf den jeweiligen Einzelfall - wohl zumeist zutreffend, in ihrer Tendenz jedoch ahistorisch. Sie ignorierte, daß Carpzovs Leistung und historische Mission gerade in dieser synthetisierenden, rechtsvereinheitlichenden Funktion bestand. Der Bedarf für eine Synthese der Rechtsquellen unterschiedlichster Herkunft war im Deutschland des 17. Jahrhunderts, nach dem Abschluß der Rezeption des römisch-kanonischen Rechts, eminent hoch. Es liegt auf der Hand, daß ein solches Unternehmen ohne die zielstrebige - wenn man will: verzerrende - Interpretation der einzelnen Quellen und Lehrsätze undurchführbar war. Im Ergebnis wurde Carpzov dadurch zum „Begründer des deutschen Strafrechts“.<sup>46</sup>

26

#### IV. Carpzovs Kritik der Folter

Carpzov verknüpfte sein Votum für die Zulässigkeit dieses Zwangsmittels mit sehr deutlichen Warnungen. Schon im Prinzip sei die Folter als gräßlich und hochgradig schädlich anzusehen. Man könne nicht leugnen, daß nichts grausamer und inhumaner sei, als einen Menschen, der nach dem Ebenbild Gottes geschaffen sei, unter der Folter zu zerreißen und gleichsam zu zerfleischen („*nihilque tam crudele & inhumanum, quam hominem ad imaginem Dei conditum tormentis lacerare, & quasi excarnificare, negari nequit*“).<sup>47</sup> Deshalb sei zu vermuten, daß die *quaestio* in Rom ursprünglich von tyrannischen Herrschern wie Tarquinius Superbus eingeführt worden sei.<sup>48</sup> Völlig zu Recht klage man darüber, daß sie irreparable Schäden verursache.<sup>49</sup>

27

Auf dieses Argument kam Carpzov bei der Behandlung von Einzelfragen immer wieder zurück. Zum Beispiel referierte er zustimmend ein *consilium iudiciale* des Leipziger Schöffentuhls vom Juli 1588. Das Gutachten betraf ein Strafverfahren wegen fortgesetzter Unterschlagung von Silber. Ein Angestellter eines Silberbergwerks war angeklagt, im Laufe von 26 Jahren unzählige kleine Silberkörnchen unterschlagen zu haben. Unter der Folter legte er ein Geständnis ab, das der Schöffentuhl jedoch nicht als Grundlage der Verurteilung genügen ließ. Es mangle nämlich am *corpus delicti*, das wegen der Schädlichkeit der Folter unverzichtbar sei, auch wenn dies zu Beweisproblemen führe.<sup>50</sup> Ohne vorherigen Beweis des *corpus delicti* könne ein erfolgtes Geständnis dem Angeklagten selbst dann „*nicht nachtheilig seyn*“, wenn er es anschließend bestätige.<sup>51</sup>

28

Die Folter sei - so Carpzovs zweites Argument - obendrein ein trügerisches und gefährliches Instrument. Häufig täusche es über die Wahrheit hinweg („*Quin & hoc indagandi criminis genus res fragilis est & periculosa, quae veritatem saepius fallit*“).<sup>52</sup> Auch diesen Aspekt rief er bei Einzelfragen immer wieder in Erinnerung, wobei er sogar

29

zum Superlativ griff. Zum Beispiel erklärte er die nachträgliche Bestätigung eines erfolgten Geständnisses (*ratificatio*)<sup>53</sup> mit diesem Argument für unerlässlich („*quia tortura res periculosissima est, & saepius fallit*“).<sup>54</sup>

Bei diesen Warnungen knüpfte er an eine berühmte Ulpianstelle an (D. 48.18.23), in der die *quaestio* nicht nur als gefährlich, sondern sogar als höchst zweifelhaft bezeichnet wird. Man wisse - so Carpzov - aus Erfahrung, daß mancher Straftäter jeder Folter widerstehen könne.<sup>55</sup> Viele Menschen seien dagegen so unfähig, Schmerzen zu ertragen, daß sie es vorzögen, alles Beliebige zu gestehen. Das habe oft zur Folge, daß sie nicht nur sich selbst, sondern auch andere Unschuldige denunzierten. Schon der Kaiser Justinian warne im 13. Kapitel seiner Novelle 134 davor, daß viele Menschen lieber sterben würden als die Tortur zu erdulden.<sup>56</sup>

30

Deshalb könnten die Richter mit dem unbeschränkten Einsatz der Folter beliebige Geständnisse erzielen. Dies sei aber vollkommen sinnwidrig und nach weltlichem wie kirchlichem Recht streng verboten.<sup>57</sup> Einsichtigere und klügere Richter würden mit gutem Grund vor einer derart illegitimen und grausamen Prozeßführung zurückschrecken („*sed ab hoc processu illegitimo, crudeli ac vere illegitimo saniores ac prudentiores iudices merito abstinent, eumque abhorrent*“).<sup>58</sup> Leider jedoch müsse man schmerz erfüllt ausrufen („*qua in re proh dolor!*“),<sup>59</sup> daß die Praxis ein ganz anderes Bild biete. Wie glaubhaft berichtet werde, bedrohe ein höchst gefährlicher Mißbrauch fast ganz Europa („*abusum nempe omnium periculosissimum totam fere Europeam infestare*“). Die Folter werde im Widerspruch zu allen Rechtsbegriffen, bewährten Bräuchen und Gewohnheiten schrankenlos verwendet. Es gelte als belanglos, ob der Strafprozeß rechtmäßig geführt werde. Zahllose Menschen würden dazu gezwungen, Verbrechen zu gestehen, die sie niemals begangen hätten. Sobald man ihnen das erwünschte Geständnis abgepreßt habe, würden sie abgeurteilt, verbrannt und zerfleischt („*protinus condemnentur, comburantur, secentur*“).<sup>60</sup>

31

Insbesondere bei der Durchführung der Folter werde in den heutigen Tagen von den meisten Richtern gesündigt („*hodie a plerisque iudicibus peccatur*“). Viele Richter würden nicht der gesamten Prozedur beiwohnen, sondern den Folterkeller verlassen, um zu essen oder zu trinken. Dabei ließen sie den Angeklagten ungeschützt in seinen Qualen zurück, in den Händen grausamer Henkersknechte, die zu weiteren Exzessen neigten. Nicht selten ereile die unglücklichen Opfer auf diese Weise der Tod.<sup>61</sup> Andere Richter verhielten sich in Wahrheit ohnehin wie Henker („*carnifeces non iudices*“). Bleibe das gewünschte Geständnis wider Erwarten aus, würden sie oftmals die Verdopplung der Tortur befahlen („*saepenumero tormenta duplicari jubent*“). An manchen Gerichten werde dies schier endlos getrieben. Die Opfer würden solange geschunden, bis - bildlich gesprochen - die Sonne durch ihre Körper hindurch scheine.<sup>62</sup>

32

## V. Carpzovs Kompromißstrategie

Carpzov verfolgte eine Strategie des Kompromisses und folgte erklärtermaßen der Leitlinie, die das späte römische Recht, die *communis opinio* des *ius commune* und die *Carolina* vorzeichneten. Einerseits erklärte er die Folter als Instrument zur strafprozessualen Wahrheitsfindung für schlechterdings unverzichtbar („*nihilominus tamen suadente necessitate, quo veritas exquiratur, tormenta adhibenda sunt*“). Andererseits wies er nachdrücklich auf ihre schweren Folgen, ihre trügerischen Ergebnisse und die extreme Gefahr ihres Mißbrauchs hin. Mit dieser Begründung machte er ihre Zulässigkeit im Prinzip von strengen rechtlichen Voraussetzungen abhängig. An vielen kritischen Einzelpunkten lockerte er diese Voraussetzungen dann jedoch wieder auf, wenn ihm dies im Interesse einer effizienten Strafverfolgung angeraten schien. Dieser Kompromiß durchzog seine gesamte Darstellung, die sich in seiner *Practica Nova* über elf Kapitel erstreckte. Die Hauptpunkte waren folgende:

- Ein Richter, der unrechtmäßige Folterung durchführe, müsse nicht nur mit der Strafe Gottes rechnen. Wie die Judikatur des Leipziger Schöffentuhls zeige,<sup>63</sup> treffe ihn auch eine Schadenersatzpflicht.<sup>64</sup> Bei vorsätzlichem Handeln drohe obendrein eine peinliche Strafe, die bis zu einem Todesurteil reichen könne.<sup>65</sup>

- Die Folter sei nicht schon dann zulässig, wenn ein Angeklagter tatverdächtig erschien. Diese Beschränkung sei unverzichtbar, damit keine Unschuldigen den Torturen unterworfen würden („*ne innocentes tormentis subiciantur*“).<sup>66</sup> Vielmehr müsse der Angeklagte schon beinahe vollständig überführt sein, so daß nur noch sein Geständnis zu fehlen scheine, wie schon Ulpian in D. 48.18.1.1 fordere. In diesem Fall sei die Anwendung der *quaestio* aber auch geboten, damit kein schuldiger Angeklagter seiner wohlverdienten Strafe entfliehe („*ne reus poenam promeritam effugiat*“).<sup>67</sup> Bekanntlich habe bereits Augustinus die Folter verabscheut, aber hinzugefügt, daß der Richter durch die Notwendigkeit für die menschliche Gesellschaft entschuldigt werde, sofern er die Tortur in verständigem Maß und rechtmäßig anwende.<sup>68</sup>

- Die Folter sei nur zur Ermittlung schwerer Straftaten zulässig,<sup>69</sup> bei denen als ordentliche Strafe („*poena ordinaria*“) die Todesstrafe oder eine harte Körperstrafe drohe.<sup>70</sup> Sie komme nicht in Betracht, wenn für das Delikt zwar generell die Todesstrafe gelte, im konkreten Fall aber Strafmilderungsgründe vorlägen, die eine Kapitalstrafe ausschlossen. Daher seien stets alle Umstände des Einzelfalls sorgfältig zu erwägen („*omnesque ac singulas circumstantias criminis probe & exacte perpendere debere*“).<sup>71</sup>

- Die Folter sei grundsätzlich nur zulässig, wenn zuvor das *corpus delicti* mit regulären Beweismitteln festgestellt worden sei. Notwendig sei der Beweis, daß die Straftat als solche tatsächlich begangen worden sei („*certitudine facti, ut nempe de corpore delicti certo constet, illudque vere perpetratum fuisse apparet*“), so daß nur noch die Täterschaft des Angeklagten zu ermitteln sei.<sup>72</sup> Anderenfalls verstoße eine Folterung gegen

feststehendes Recht und sei null und nichtig („*contra jura manifesta, nulla & invalida*“).<sup>73</sup>

- Allerdings würde die konsequente Befolgung dieser Regel zu untragbaren Defiziten in der Strafverfolgung führen. Der volle Beweis des *corpus delicti* sei oft unmöglich, obwohl zwingende und unbezweifelbare Indizien<sup>74</sup> vorlägen, die niemand mit gesundem Verstand leugnen könne („*ex praesumptionibus certis & indubitatis, nemo sane mente negaverit*“). So könne eine Leiche fast nie gefunden werden, wenn sie der Mörder in das Meer werfe. Daher müsse die *corpus-delicti*-Regel bei gewissen Delikten im öffentlichen Interesse eingeschränkt werden.<sup>75</sup> 38
- Das gelte namentlich bei Straftaten, die gewöhnlich im Verborgenen geschähen und keine Spuren hinterließen („*criminibus occultis & facti transeuntis*“). Hier könne das *corpus delicti* nur durch Vermutungen und Indizien („*aliter constare non potest, nisi per conjecturas & indicia*“) festgestellt werden. Daher seien bloße Vermutungen („*praesumptiones*“) insoweit dem Vollbeweis gleichzustellen. Dies werde von Clarus, Farinacci und vielen anderen gelehrt und entspreche auch Art. 6 und 8 CCC.<sup>76</sup> 39
- Grundsätzlich müsse die Täterschaft des Angeklagten durch die Indizien fast schon bewiesen sein.<sup>77</sup> Ohne rechtmäßige und genügende Indizien dürfe die Folter keinesfalls angeordnet werden.<sup>78</sup> Diese Beschränkung sei wegen der rechtswidrigen, grausamen und mitunter geradezu diabolischen Mißbräuche der Folter von besonderer Bedeutung.<sup>79</sup> Ein Geständnis, das dem Angeklagten unter Verstoß gegen diese Regel abgepreßt werde, könne ihn nicht belasten und biete keine Grundlage für eine Verurteilung (vgl. auch Art. 20 CCC).<sup>80</sup> 40
- Die Indizien müßten ihrerseits mit regulären Beweismitteln bewiesen sein, im Regelfall durch zwei Zeugen. Allerdings gelte diese strenge Regel nur bedingt. Sofern wenigstens ein Zeuge vorhanden sei, der die Tat mit eigenen Augen beobachtet habe, liefere seine Aussage zumindest halben Beweis, was für die Folter bereits genügen könne.<sup>81</sup> 41
- Hierfür müßten allerdings drei Bedingungen erfüllt sein: Der einzelne Zeuge müsse als Person über alle Einwendungen erhaben sein („*omni exceptione major*“), müsse aus eigener unmittelbarer Wahrnehmung berichten und das mit unmißverständlicher Klarheit („*dilucidis & indubitatis de crimine testificetur*“).<sup>82</sup> 42
- Bei Kapitalverbrechen dürften mehrere unvollständige Aussagen einzelner Zeugen und andere Beweismittel, die nur einen partiellen Beweis lieferten, zum vollen Beweis der Indizien zusammengefügt werden. Dies entspreche der herrschenden Meinung und sei im Prinzip völlig zutreffend („*Verissimum tamen est, plures imperfectas probationes in causis capitalibus conjungendas esse ad plenam probationem faciendam*“).<sup>83</sup> 43
- Allerdings sei diese Regel nur anzuwenden, wenn es sich um unanfechtbare Zeugen handle, die ihre Aussagen über tatnahe Indizien erstatteten. Die Aussagen müßten in ihrer Gesamtwirkung dazu geeignet sein, der Seele des Richters fast volle Sicherheit über die Täterschaft des Angeklagten zu vermitteln („*quae reddant animum judicis quasi* 44

*certum*<sup>84</sup>“).

- Die Beurteilung des Beweiswerts der Indizien müsse vor allem dem Ermessen und der Urteilskraft eines klugen Richters überlassen bleiben („*sed potissimum arbitrio ac discretioni iudicis prudentis aestimanda & iudicanda relinqui debeant*“). Er habe alle belastenden und entlastenden Indizien und Vermutungen zusammenzustellen und sorgsam gegeneinander abzuwägen, um festzustellen, ob die belastenden Umstände stärker und wahrscheinlicher seien. Zur Folter dürfe er nur dann schreiten, wenn er zum Ergebnis gelange, daß das Belastungsmaterial die Argumente der Verteidigung überwiege.<sup>85</sup> Im Zweifel sei stets zugunsten der Milde („*semper in mitiorem partem*“), also gegen die Zulässigkeit der Folter, zu entscheiden.<sup>86</sup> 45
- Ein Geständnis, das unter Verstoß gegen diese Regeln erfolgtert worden sei, taue nicht als Grundlage einer Verurteilung. Das gelte selbst dann, wenn der Angeklagte das erzwungene Geständnis anschließend bestätige und obendrein Indizien ermittelt würden, welche die Tortur nachträglich rechtfertigten. Dadurch werde der Mangel an hinreichenden Indizien im Zeitpunkt der Folterung („*defectum indiciorum praecedentium*“)<sup>87</sup> nicht geheilt. 46
- Auch eine nachfolgende, scheinbar freie Bestätigung („*ratificatio*“)<sup>88</sup> des erfolgterten Geständnisses sei dann unerheblich. Stets sei nämlich zu vermuten, daß die Angst des Angeklagten vor der Tortur fortwirke.<sup>89</sup> Deshalb sei eine Verurteilung des Angeklagten zur vollen Strafe auf dieser unzureichenden Grundlage unwirksam.<sup>90</sup> In Betracht komme allenfalls eine mildere, außerordentliche Strafe („*poena extraordinaria*“, „*poena arbitraria*“),<sup>91</sup> das heißt eine Geldstrafe, kurze Haftstrafe oder Landesverweisung. 47
- Auch ein Befehl des Herrschers, der die Folterung anordne, entbinde das Gericht nicht von diesen rechtlichen Voraussetzungen. Zur Befolgung des rechtswidrigen Befehls sei der Richter nicht verpflichtet. Wenn er ihn gleichwohl befolge, mache er sich schadenersatzpflichtig und strafbar. Das Handeln auf fürstlichen Befehl entschuldige ihn nicht („*nec excusatur propter Principis jussum*“)<sup>92</sup> 48
- Die Schwere der Tortur bemesse sich nach der Intensität des Tatverdachts und dem Ermessen eines guten und vernünftigen Richters. Bei der Durchführung der Folter müsse sich der Richter vor Übertreibungen hüten. Keinesfalls dürfe er die Torturen unter dem Vorwand der Wahrheitserforschung auf horrende Weise erweitern („*sub veritatis ereundae praetextu horrendis modis dilanient*“).<sup>93</sup> Jeder Exzeß von Richterseite führe zur Unverwertbarkeit eines Geständnisses. 49
- Bei mehreren Angeklagten sei im Prinzip zunächst der Tatverdächtigste zu foltern. Der Leipziger Schöffentuhl ordne aber - dies in Übereinstimmung mit D. 48.18.18.pr. (Paulus) - häufig an, „*daß mit dem Schwächsten der Anfang gemacht werde*“.<sup>94</sup> Dann sei zum Beispiel der Sohn vor seinem Vater zu foltern. Es sei wahrscheinlich, daß ein Vater, der seinen Sohn leiden sehe („*qui videt cruciari filium*“), ein spontanes Geständnis ablegen 50

werde.<sup>95</sup>

- Viele altertümliche Foltertechniken seien wegen ihrer übergroßen Brutalität außer Gebrauch geraten. Aber auch in der heutigen Gerichtspraxis herrsche eine große Vielfalt an Methoden, von denen viele äußerst scharf seien.<sup>96</sup> Die Richter sollten jedoch auf neue und unerhörte Formen verzichten und den Scharfrichtern ihre Benutzung verbieten. Anderenfalls seien sie, wie Clarus schreibe, eher mit Henkern als mit Richtern zu vergleichen („*carnificibus potius, quam iudicibus sunt comparandi*“).<sup>97</sup> 51
- Geboten sei die Beschränkung auf gebräuchliche und weniger gesundheitsschädliche Methoden. Schon mit konventionellen Mitteln könne man den Angeklagten unerträglichen Schmerz zufügen und die Wahrheit entreißen („*sed quae usitata sunt, & minus periculi habent, veritas tamen per ea extorqueri potest*“).<sup>98</sup> 52
- An sächsischen Gerichten unterscheide man drei Foltergrade. Hinzu kämen zwei Vorstufen, die keine Folter im eigentlichen Sinne („*tortura ipsa*“) darstellten und daher minder strengen Voraussetzungen unterlägen. 53
- Die „*territio verbalis*“ sei noch keine eigentliche Folter. Gleichwohl zeige die Erfahrung, daß oft schon die verbale Drohung mit der Folter zur Entwindung der Wahrheit („*veritas saepius extorquetur*“) führe. Deshalb werde sie vom Schöffensstuhl angeordnet, wenn nur leichte Indizien<sup>99</sup> gegen den Angeklagten vorlägen, die keine eigentliche Folter rechtfertigten. 54
- Die „*territio realis*“ bestehe in der Entkleidung des Angeklagten, seiner Fesselung und dem Vorzeigen der Instrumente. Darüber hinaus dürfe man ihm mit den Daumenschrauben leichten Schmerz zufügen. Die *Realterritio* werde vom Schöffensstuhl gegen minderjährige Angeklagte zugelassen, die wegen ihrer Jugend von der eigentlichen Folter befreit seien.<sup>100</sup> 55
- Außerdem komme die Realterritio bei leichteren Delikten zum Einsatz, die nicht mit einer Todes- oder Körperstrafe geahndet werden könnten. Das gleiche gelte, wenn gegen den Angeklagten zwar erhebliche Indizien vorlägen, diese aber nicht vollständig bewiesen oder glaubhaft seien.<sup>101</sup> Schließlich werde sie zugelassen, wenn nach einer erfolglosen Folterung neue, aber nur schwache Indizien gegen den Angeklagten gefunden würden oder wenn die Höchstzahl an zulässigen Wiederholungen der Folter erreicht sei.<sup>102</sup> 56
- Der erste Grad der eigentlichen Tortur bestehe in Sachsen im Zudrehen der Daumenschrauben. Erfahrungsgemäß werde schon dies von manchen Angeklagten als unerträglich empfunden.<sup>103</sup> Der zweite Grad bestehe im Aufziehen auf der Folterleiter („*scala*“). Ihre Verwendung sei so üblich, daß sie nicht selten mit der Folter als solcher gleichgesetzt werde.<sup>104</sup> Der dritte Grad verbinde das Aufziehen mit verschärfenden Prozeduren, insbesondere dem Anhängen von Gewichten an den Beinen. Der Leipziger Schöffensstuhl verfare sehr zurückhaltend bei der Anordnung dieses Grades.<sup>105</sup> 57
- Denkbar sei auch der zusätzliche Gebrauch von Hitze und die Zufügung leichterer 58

Verbrennungen durch offenes Feuer. Weil ein solches Vorgehen „*atrocissimus & horribilissimus*“ sei, dürfe es nur in besonders schweren Fällen verwendet werden, namentlich bei Ausnahmeverbrechen (*crimina excepta, atrocissima*), und selbst dann nur beim Vorliegen besonders schwerer Indizien.<sup>106</sup>

• Zum Schutz des Angeklagten müsse die gesamte Prozedur der Folterung, insbesondere die angewendeten Mittel, die Dauer und die Intensität, durch einen erfahrenen Schreiber (Notar) protokolliert werden. Keinesfalls genüge ein Bericht des Scharfrichters, der die Folterung durchführe.<sup>107</sup> 59

• Die Stellung von Suggestivfragen sei untersagt.<sup>108</sup> Was die Aussage des Angeklagten angehe, seien nur seine Äußerungen *nach* der eigentlichen Folterung zu protokollieren. Es sei nämlich unwahrscheinlich, daß er auf dem Höhepunkt seiner Schmerzen eine wahrheitsgemäße Aussage machen könne.<sup>109</sup> 60

• Ein erfolgtes Geständnis taue nur unter bestimmten Voraussetzungen als Grundlage der Verurteilung. Vor allem sei notwendig, daß die Anwendung der Folter zulässig war, daß das Geständnis der Wahrheit entspreche („*veritati quoque consentanea confessio esse debet*“)<sup>110</sup> und daß es von dem Angeklagten zu einem späteren Zeitpunkt ohne Einwirkung der Folter bestätigt wurde.<sup>111</sup> 61

• Unverzichtbar sei deshalb die Überprüfung des abgelegten Geständnisses durch das Gericht, was große Gewandtheit und reifliche Klugheit erfordere („*magna dexteritas, & matura prudentia requiritur*“).<sup>112</sup> Wie Art. 56 und 60 CCC zeigten, müsse sich die Nachprüfung auf die Einzelheiten der Tatausführung erstrecken. Wegen der Gefährlichkeit der Folter und ihrer trügerischen Ergebnisse sei diese „*verificatio*“ unerlässlich, bevor man dem Geständnis glauben dürfe.<sup>113</sup> Bei Delikten, die kein dauerhaftes *corpus delicti* zurückließen, bestehe hierin fast die einzige Möglichkeit, die Wahrheit zu erforschen („*unicum fere remedium explorandum veritatis*“).<sup>114</sup> 62

• Wenn die Verifikation zu keinem eindeutigen Ergebnis führe, sei es angeraten, von der *poena ordinaria* abzusehen. An ihrer Stelle sei eine mildere *poena extraordinaria* zu verhängen. Dieser teilweise Strafverzicht sei der Gefahr vorzuziehen, einen Unschuldigen zu verdammen.<sup>115</sup> 63

• Zur Verhängung der *poena ordinaria* sei außerdem unerlässlich, daß der Angeklagte sein Foltergeständnis ratifiziere. Er müsse es mit seinem vollen Inhalt bestätigen, nachdem er sich von den Schmerzen der Tortur erholt habe. Zwischen der Folterung und der Ratifikation müsse mindestens ein voller Tag liegen. Die Bestätigung müsse in Gegenwart der Richter erfolgen, und zwar außerhalb des Folterkellers, vorzugsweise am regulären Ort des Gerichts und keinesfalls unter weiterer Gewaltanwendung. All dies sei von einem Notar sorgfältig zu protokollieren.<sup>116</sup> 64

• Die gleichen Voraussetzungen seien zu erfüllen, wenn der Angeklagte sein Geständnis schon in der Realterrition abgelegt hat. Dies sei zwar im gemeinen Recht umstritten,<sup>117</sup> 65

aber wegen der Gefährlichkeit der Folter („*quia tortura res periculossissima est, & saepius fallit*“) unerlässlich. Ohne gebührende Ratifikation verdiene auch das Ergebnis einer *territio realis* keinen Glauben.<sup>118</sup>

- Verweigere der Angeklagte die Ratifikation und widerrufe statt dessen sein Geständnis, so sei die Folter grundsätzlich zu wiederholen. Dies entspreche auch Art. 27 CCC. Zu den Einzelheiten bestünden freilich viele Streitfragen. Dazu gelte folgendes:<sup>119</sup> 66
- Erstens stehe außer Frage, daß die Folter gegen einen Angeklagten, der die Tortur ohne Geständnis überstanden habe, nicht wiederholt werden dürfe. Eine Ausnahme greife allerdings dann ein, wenn nach der Folterung neue, hinreichende Indizien gefunden würden, die sich von den früheren in ihrer Art unterschieden („*nunquam quaestio sit repetenda absque novis indiciis ad torturam sufficientibus*“).<sup>120</sup> Von den alten, ursprünglichen Indizien, welche die erste Folterung legitimierten, habe sich der Angeklagte nämlich durch das geständnislose Überstehen der Tortur gereinigt. 67
- Neue Indizien müßten sich nach ihrer Art bzw. Substanz von den ursprünglichen unterscheiden.<sup>121</sup> Im Zweifel sei Zurückhaltung geboten („*in dubio pro non repetitione, & sic in mitiorem partem pronunciare debet*“).<sup>122</sup> 68
- Anders liege der Fall beim Widerruf eines Geständnisses. Dieses Geständnis bilde ein neues Indiz, das als „*semiplena probatio*“ gewertet werde.<sup>123</sup> Obendrein habe der Angeklagte die erste Folter nicht überstanden und damit die alten Indizien nicht purgiert. Bereits diese ursprünglichen Indizien genügten daher immer noch zur Anordnung einer weiteren Tortur.<sup>124</sup> Das entspreche auch der ständigen Praxis des Leipziger Schöffensstuhls.<sup>125</sup> Würde ein einfacher Widerruf genügen, um freizukommen, würde kaum einmal ein Angeklagter verurteilt werden und die Verbrechen blieben ungestraft („*nullus unquam puniretur reus atque ita crimina manerent impunita*“).<sup>126</sup> 69
- Widerrufe der Angeklagte sein Geständnis allerdings sofort im Folterkeller, also gleichsam noch während der fortdauernden Folter, könne man sagen, daß das Geständnis durch die Gewalt der Folter erpreßt worden sei. Dann sei der Angeklagte eher freizusprechen als einer neuerlichen Tortur zu unterziehen.<sup>127</sup> 70
- Widerrufe der Angeklagte sein Geständnis dagegen erst unmittelbar vor seiner Hinrichtung, so sei das unbeachtlich. Er sei nach Verlesung seines früheren Geständnisses unverzüglich hinzurichten. Das entspreche Art. 91 CCC und sei unvermeidlich, weil sonst nicht wenige Verbrechen ungestraft blieben („*sed etiam haud pauca delicta impunita remanerent*“).<sup>128</sup> 71
- Für frühere Zeiten werde von bis zu acht oder gar mehr Wiederholungen berichtet.<sup>129</sup> Dies sei aber keineswegs zulässig.<sup>130</sup> Als Obergrenze seien maximal zwei Wiederholungen anzusehen. Dies entspreche einer internen Anordnung des sächsischen Kurfürsten aus dem Jahr 1572, die feste Obergrenzen gesetzt habe.<sup>131</sup> 72
- Zwei Wiederholungen seien zudem nur bei schwersten Delikten („*delicta atrocissima*“) 73

angänglich. Dies seien Verbrechen, die mit verschärfter Todesstrafe bedroht seien, etwa die absichtliche Tötung eines Menschen, Gift- oder Raubmord, Kirchenraub, Tötung der eigenen Eltern oder Kinder, Sodomie oder Brandstiftung.<sup>132</sup>

- Bei bloßen „*delicta atrocita vel atrociora*“, die mit einer nicht verschärften Todesstrafe oder einer Leibesstrafe geahndet würden,<sup>133</sup> sei nur eine einzige Wiederholung zulässig.<sup>134</sup> So verhalte es sich unter anderem bei Totschlag, Diebstahl, Meineid, Blasphemie, homosexuellem Verkehr, Vergewaltigung, Ehebruch, Bigamie und Inzest.<sup>135</sup> 74
- Die feste Obergrenze beseitigte nicht das Ermessen des Gerichts zu der Frage, ob im konkreten Einzelfall überhaupt eine Wiederholung gerechtfertigt sei.<sup>136</sup> 75
- Überstehe der Angeklagte auch die zulässige Wiederholung der Folter ohne Geständnis, sei er vom Tatverdacht gereinigt und freizulassen.<sup>137</sup> 76
- Weniger klar sei der Fall, daß nach der letzten zulässigen Wiederholung wiederum neue Indizien ermittelt würden. Handele es sich um starke, beweiskräftige Indizien, sei es angemessen, nunmehr eine *poena extraordinaria* zu verhängen und das Strafverfahren damit abzuschließen.<sup>138</sup> 77
- Umstritten sei auch der Fall, daß der Angeklagte bei jeder Folterung ein Geständnis ablege, dieses aber auch jeweils widerrufe. Hier dürfe nur eine *poena extraordinaria* verhängt werden, weil die Folter ein trügerisches Instrument sei, das oft die Wahrheit verfehle. Bekanntlich würden viele Angeklagte lieber ein falsches Geständnis ablegen, als die Folter zu erleiden.<sup>139</sup> Deshalb sei es besser, in dieser Fallgestaltung einen Schuldigen mit einer milderen Strafe davonkommen zu lassen, als einen Unschuldigen zum Tode zu verurteilen.<sup>140</sup> 78
- Ein kluger Richter werde versuchen, der Gefahr vorzubeugen, daß ein Angeklagter jeweils zu Beginn der Folterung ein Geständnis ablege, um es außerhalb des Folterkellers sogleich zu widerrufen. Dieser sogenannten *ars fatendi et revocandi*<sup>141</sup> sei dadurch vorzubeugen, daß die Angeklagten soweit wie möglich in Einzelhaft gehalten werden. Inhaftiere man in gemeinsamen Zellen, könnten sie sich gegenseitig über die Chancen des Widerrufs belehren („*facili unus docere potest alium*“).<sup>142</sup> 79

## VI. Zwei besondere Komponenten dieser Kompromißstrategie

### 1. Die Strafverteidigung

Eine wichtige Rolle bei der Beschränkung der Gefahren der Folter wies Carpzov der Strafverteidigung zu.<sup>143</sup> Wenn man die einschlägigen Kapitel in Carpzovs *Practica nova rerum criminalium* studiert, wird verständlich, warum es am Schöffentuhl Leipzig zu zahlreichen Freisprüchen und relativ milden Strafen kommen konnte.<sup>144</sup> Auf 15 Folioseiten<sup>145</sup> referierte er über die Rechte der Verteidigung, die er in einem Grundprinzip der ‘*höchsten Begünstigung der Verteidigung*’ („*summum favor defensionis*“) begründet 80

sah.<sup>146</sup>

Ein rechtmäßiger Inquisitionsprozeß setzte nach Carpzov voraus, daß der Angeklagte mit seiner Defension, seiner Verteidigungsschrift und seinen Beweismitteln gehört werde („*cum defensione sua audiatur, ejusque deductio & probatio legitima admittatur*“). Sein Vorbringen sei vom Gericht sorgfältig zu erwägen, weil die Verteidigung schon als solche vorzugswürdig sei („*verum etiam Reorum & inquisitorum firmamenta & argumenta defensionis, quae per se favorabilis est, accurate ac diligenter intueri ac considerare necesse est*“).<sup>147</sup> Das natürliche Recht fordere, daß jeder Angeklagte gehört werde („*Hoc enim jus naturale postulat, ut quivis Reus audiatur*“). Dieses Recht könne auch ein Fürst oder Imperator nicht entziehen.<sup>148</sup> 81

Nach Carpzovs Meinung bestand ein öffentliches Interesse an der Verteidigung Unschuldiger („*quia publice interest innocentium causas defendi*“).<sup>149</sup> Es stehe außer Frage, daß der Angeklagte einen Advokaten beauftragen könne, der ihn verteidige und mit seinem Rat unterstütze.<sup>150</sup> Zudem müsse der Richter den Angeklagten von Amts in seiner Verteidigung unterstützen („*judex ex officio pro defensione rei laborare debet*“), insbesondere wenn jener zur selbständigen Verteidigung nicht in der Lage sei. Diese Pflicht werde von den Gerichten leider häufig mißachtet.<sup>151</sup> 82

Grundsätzlich sei die Führung der Defension in allen Phasen des Prozesses zulässig, und zwar selbst dann noch, wenn der Angeklagte schon ein Geständnis abgelegt habe.<sup>152</sup> Nur dadurch werde garantiert, daß kein Unschuldiger bestraft werde („*ne innocens ad poenam trahatur*“). So sei es stets denkbar, daß das Geständnis unter der Folter erpreßt worden sei, ohne daß ihre Anwendung durch hinreichende Indizien gerechtfertigt gewesen wäre („*vel facta in tormentis absque legitimis indiciis praecedentibus*“).<sup>153</sup> 83

Das gelte sogar dann, wenn das Gericht bereits ein Todesurteil gefällt und den Hinrichtungstermin festgesetzt habe. Die rechtliche Begünstigung der Defension überrage die Strenge des Rechts („*quando de inquisiti defensione agitur, cuius favor juris rigorem superat*“).<sup>154</sup> Mache der Verurteilte neue Verteidigungsgründe geltend, so könne die Vollstreckung des Todesurteils vorläufig ausgesetzt werden. Dann setze ihm der Schöffentuhl eine angemessene Frist von ein bis zwei Monaten, in denen er seine Unschuld beweisen könne, etwa durch neue Entlastungszeugen.<sup>155</sup> 84

Wegen des *summum favor defensionis* sei zum Beweis der Unschuld vieles erlaubt, was andernfalls keineswegs gestattet sei („*multa conceduntur in probatione innocentiae, quae alias neutiquam permitterentur*“).<sup>156</sup> Das betreffe namentlich das Beweisrecht, wo zugunsten des Angeklagten vieles zulässig sei, was im Widerspruch zu allgemeinen Regeln stehe.<sup>157</sup> So genügten zum Beweis der Unschuld auch unvollständige Beweismittel („*probationes imperfectae*“).<sup>158</sup> Zum Beispiel werde bereits einem einzigen Entlastungszeugen geglaubt, der nicht einmal vereidigt sein müsse.<sup>159</sup> 85

Besondere Bedeutung besaßen diese Regeln bei der „*defensio pro avertanda tortura*“, die auch als „*Haupt-Defension*“ bezeichnet wurde.<sup>160</sup> Wie bereits ausgeführt, hatte Carpzov 86

den Beweiswert belastender Indizien vorrangig in das richterliche Ermessen gestellt.<sup>161</sup> Diese Indizien sollten gegen entlastende Umstände abgewogen werden. In diese Abwägung konnte sich die Verteidigung mit ihren Argumenten und Vermutungen einschalten, um das Belastungsmaterial zu entkräften.<sup>162</sup> Dabei stand es - so jedenfalls Carpzov - außer Zweifel, daß eine Vermutung, die gegen die Täterschaft des Angeklagten sprach, eine gegenteilige Vermutung entkräftete („*hoc tamen certissimum est, quod praesumptio non delicti excludat praesumptionem delicti*“). Außerdem sollten Präsumtionen im Zweifel immer zugunsten der milderer Seite erfolgen („*et quod semper in mitiorem partem sit praesumendum*“).<sup>163</sup>

## 2. Die Aktenversendung

Carpzovs Folterlehre stellte auch an anderen kritischen Punkten auf das Ermessen und die Klugheit der Richter ab. Das richterliche *arbitrium* sollte aber keine ungebundene, willkürliche Entscheidungsmacht gewähren, sondern rechtlichen Bindungen unterliegen. Dieses Postulat brachte Carpzov mit folgenden Formeln immer wieder zum Ausdruck: „*Quorum tamen arbitrium legibus conforme esse debet*“; „*hoc tamen arbitrium iudicis non absolutum & irregulatum, sed juri conforme esse debet*“; „*judex secundum arbitrium & moderamen rectae rationis faciet, ut ...*“; „*ex cerebro suo inducere non posse, sed ea jure approbata esse debere*“; „*sed juri & aequitati adstrictum, atque secundum leges regulatum*“.<sup>164</sup>

87

Die Richter benötigten, so Carpzov, vor allem zwei Eigenschaften, um beim Gebrauch der Folter nicht teuflisch zu handeln („*ne sint diabolici*“): Rechtsgelehrtes Wissen („*scientia*“) und Gewissen („*conscientia*“).<sup>165</sup> Bezogen auf die deutsche Richterschaft des 16. und 17. Jahrhunderts wirkt zumindest die erste dieser beiden Forderungen unrealistisch. Es war keineswegs gewährleistet, daß die Mehrzahl der Strafsachen von Richtern entschieden wurden, die über volle juristische Kompetenz verfügten. Außer Zweifel stand die Fachkunde der Richter nur am Reichskammergericht, am Reichshofrat und an den Obergerichten der größeren Territorien des Alten Reichs.

88

Carpzov hegte in dieser Hinsicht keine optimistischen Erwartungen. Er verhehlte keineswegs, daß in der Gerichtspraxis massive Mißstände herrschten, und zwar nicht nur was den Mißbrauch der Folter anging.<sup>166</sup> Dies zeigt zum Beispiel sein deutschsprachiges Lehrbuch des Strafprozeßrechts, in dem er über die Defizite von Laienrichtern klagte. Die Erfahrung bezeuge, daß besonders die unteren Gerichte auf dem Land nur mit inkompetenten Richtern besetzt seien, die nicht selten befangen seien und zu ihrem eigenen „*Nutz und Vortheil*“ entschieden.<sup>167</sup> Von ihnen gehe die Gefahr aus, daß die Strafgerichtsbarkeit „*mit Blutschulden und Ungerechtigkeit*“ geradezu überhäuft werde.<sup>168</sup>

89

In seinem lateinischen Werk über das Prozeßrecht äußerte er sich in gleicher Weise über die Lage in den größeren Städten. Dort liege die Gerichtsbarkeit häufig in den Händen reicher Kaufleute und Emporkömmlinge, die sachkundigen Männern nicht ohne schweren

90

Schaden für das Gemeinwesen vorgezogen würden.<sup>169</sup>

Eine noch schärfere Kritik formulierte er in seiner *Practica Nova rerum criminalium*.<sup>170</sup>

91

Ganz allgemein mangle es in Deutschland an gottesfürchtigen und wahrheitsliebenden Richtern.<sup>171</sup> Die meisten von ihnen seien zu hart, um nicht zu sagen grausam. Sie betrieben die Strafverfahren auf rücksichtsloseste Weise. Erbarmungswürdige, unschuldige Menschen würden im Widerspruch zu allen Rechtsbegriffen, Rechtsbräuchen und Rechtsgewohnheiten („*contra omnes juris terminos, approbatos mores, & usus consuetudinarios*“) zugrunde gerichtet. Jene Richter seien in Wahrheit Henker, die jeden Verdächtigen sofort in den Kerker werfen, foltern und hinrichten würden, ohne auch nur zu ermitteln, ob überhaupt ein Verbrechen geschehen sei.<sup>172</sup> Hinzu komme schiere Ignoranz, wenn rechtsunkundige Richter auf nebulöse Denunziationen, im Glauben an Hexenwerk („*veneficiae fidentes*“) sowohl Frauen wie Männer trotz ihrer Unschuld in schmutzigste Kerker würfen („*tam foeminas quam masculos, etiam innocentes in squalidissimos carceres detrudunt*“) und solange folterten, bis man ihnen alle erwünschten Geständnisse abgepreßt habe.<sup>173</sup> Sehr oft seien die Richter zudem geldgierig („*saepissime Judices avaritiosi sunt*“) und ließen alle rechtliche Rücksichten fallen, sowohl zum Nachteil Unschuldiger als auch zum Vorteil Schuldiger.<sup>174</sup>

Wie man sieht, warf die Hexenverfolgung durchaus einen langen und düsteren Schatten auf Carpzovs Ausführungen zur Folter. Die Perspektive war freilich eine andere als jene, die von der Legende von den 10.000, 20.000 oder 40.000 Todesurteilen des angeblichen Blutrichters Carpzov vorgegaukelt wird. Damit drängt sich eine Frage auf: Wie konnte er unter diesen Voraussetzungen die Rechtsansicht vertreten, daß es bei der Zulässigkeit der Folter vor allem auf das richterliche Ermessen ankommen solle?

92

Die Antwort ist eindeutig. Sein Regelungsmodell war vollständig auf eine Institution zugeschnitten, die charakteristisch für die kursächsische Rechtspflege in der frühen Neuzeit war: die sogenannte Aktenversendung (*transmissio actorum*).<sup>175</sup> Die meisten Gerichte des Alten Reichs pflegten die maßgeblichen Entscheidungen in Straf- und Zivilsachen nicht selbst zu treffen. Vielmehr delegierten sie die Urteilsfindung an die Spruchkollegien der juristischen Fakultäten oder - dies vor allem im mittel- und ostdeutschen Raum - an große Schöffenstühle wie in Leipzig, Wittenberg und Halle, die spätestens seit dem 16. Jahrhundert ebenfalls mit rechtsgelehrten Juristen besetzt waren.

93

Die wichtigste Grundlage für diese Institution, die den gemeinrechtlichen Strafprozeß prägte, bildet Art. 219 CCC.<sup>176</sup> Die sächsische Gesetzgebung des 16. und frühen 17. Jahrhunderts hatte alle Gerichte, die ihrer *jurisdictio* unterlagen, dazu verpflichtet, ihre vollständigen Strafprozeßakten dem Schöffenstuhl Leipzig zur Entscheidungsfindung vorzulegen.<sup>177</sup> Das galt nicht nur für die Endurteile, in denen über die Schuld des Angeklagten und das Strafmaß entschieden wurde. Die Versendungspflicht erstreckte sich vielmehr auch auf verfahrensleitende Zwischenentscheidungen,<sup>178</sup> namentlich über die Zulässigkeit der Folter und den zulässigen Foltergrad. Ausgenommen waren im

94

wesentlichen nur Obergericht, die mit rechtsgelehrten Richtern besetzt waren.<sup>179</sup> Niederen Richtern war es „*in foro Saxonico*“ dagegen generell untersagt, ohne das zustimmende Konsilium des Schöffentuhls über die Anwendung der Folter zu entscheiden.<sup>180</sup>

Die Gerichte, an welche die Sache versandt worden war, waren zur genauen Befolgung des *consilium iudiciale* verpflichtet, insbesondere im Hinblick auf den für zulässig erklärten Foltergrad („*dum iudices ad praescriptam Scabinorum sententiam, ac definitum tormentorum gradum, torturam praecise exequi tenentur*“).<sup>181</sup> Jede Überschreitung des vorgegebenen Grades („*torturae modum a Scabinis praescriptum*„) führte zur Nichtigkeit des Geständnisses.<sup>182</sup> Richter, die sich über diese Regeln hinwegsetzten, mußten - wie Carpzov nachdrücklich betonte - mit ihrer zivilrechtlichen Haftung und Bestrafung rechnen. Bei genauer Beachtung der Vorgaben der Schöffentühle waren sie dagegen vor jeglicher Verantwortung in zivil- und strafrechtlicher Hinsicht geschützt.<sup>183</sup> 95

## VII. Rechtshistorische Bewertung

Dadurch unterlagen die Entscheidungen über die Folter in Sachsen im Ergebnis einem Zuständigkeitsmonopol von zwei Schöffentühlen.<sup>184</sup> Das erklärt, warum Carpzov - der berühmteste aller sächsischen *iurisconsulti* - die Folter als ein brauchbares Instrument rechtsgebundener Strafrechtspflege ansah,<sup>185</sup> Herrn professoros sHerr und das in vollem Bewußtsein um die Gefahren der Folter und ihres Mißbrauchs. Er vereinigte folterbejahende Effizienz und folterkritische Skepsis in einem Regelungsmodell, das aus damaliger Sicht einzuleuchten vermochte. 96

Dieses Regelungsmodell war durch eine hochgradige Ambivalenz gekennzeichnet. Aktenversendung, Strafverteidigung und die rechtliche Beschränkung der Folter - sowohl in ihrer prinzipiellen Zulässigkeit wie in ihrer konkreten Durchführung - gewährleisteten einen einigermaßen brauchbaren Schutz der Angeklagten. Der Inquisitionsprozeß Carpzovscher Prägung war keineswegs eine Vernichtungsmaschinerie, die unausweichlich zur Folterung, Aussageerpressung und Hinrichtung aller Angeklagten führte. 97

Andererseits konnte die Zulässigkeit der Folter - bis hin zum dritten Grad, bis hin zur zweiten Wiederholung - nahezu jedes kriminalpolitische Bedürfnis nach kompromißloser, effizienzbetonter Strafverfolgung befriedigen. In dieser - wenn man will: historisch fatalen - Synthese liegt ein entscheidender Grund dafür, daß die strafprozessuale Folter in der deutschen Jurisprudenz und Rechtspraxis bis weit ins 18. Jahrhundert akzeptiert wurde,<sup>186</sup> aller erfahrungsgesättigten Einsicht in ihre inhumanen Prämissen und Folgen zum Trotz. In Kursachsen erfolgte ihre Abschaffung erst im Jahr 1770, und zwar auf gesetzlichem Weg und gegen den erklärten Widerstand der Schöffentühle Leipzig und Wittenberg. An ihre Stelle trat die Einweisung der Tatverdächtigen in Zucht- und Arbeitshäuser.<sup>187</sup> 98

Die außerordentliche Ambivalenz des Carpzovmodells trägt auch zur Erklärung eines Phänomens bei, das in der Erforschung der Hexenprozesse immer wieder zu Irritation führte. In unmittelbarer Nachbarschaft zu Territorien, in denen unzählige Opfer gefoltert 99

und zu Tode gebracht wurden, finden sich Regionen ganz anderer Art. In manchen Gebieten, nicht zuletzt in Kursachsen, ist eine auffallend niedrige Quote an Hexenprozessen und vor allem an Todesurteilen zu beobachten. Aber auch in Gegenden mit zahlreichen Todesopfern sind scharfe Zäsuren zu unterscheiden. Selbst in den Zentren massenhafter Prozesse konnten Verfolgungen größeren Umfangs über Jahrzehnte hin ausbleiben.<sup>188</sup>

Im ganzen trifft man in den vielgestaltigen Territorien des Alten Reiches auf „*enorme graduelle und qualitative Varianten*“,<sup>189</sup> Anderes als pauschale Thesen in der älteren Literatur glauben machen, bildeten Freisprüche in Hexenprozessen keine singulären Ausnahmen. Sie waren Teil der forensischen Normalität. Wenn man die normativen Vorgaben von Benedict Carpzov betrachtet, ist dies gar nicht so verwunderlich. 100

Das Carpzovmodell läßt sich auch als Beispiel für eine generelle Eigenart der frühen Neuzeit deuten, nämlich für ihre Funktion als ‘*Laboratorium der Moderne*’. In gewissem Sinne kann man diese Epoche als Versuchsfeld deuten, in dem divergierende Strukturelemente der künftigen Gesellschafts- und Rechtsordnung ersten Erprobungen unterzogen wurden. Wenn man diesen Blickwinkel einnimmt, erweckt die Carpzovsche Synthese von brutaler Aussageerpressung, kriminalpolitischem Zweckdenken, richterlicher Ermessensfreiheit und rechtlicher Kontrolle eigenartige Assoziationen. Sie erinnert dann an das wechselhafte Schicksal der Strafrechtspflege im 19. und 20. Jahrhundert, wenn man will: an die Tragödien dieser Strafrechtspflege. Auch hier trifft man auf eine beklemmende Mischung von skrupellosem Effizienzdenken - phasenweise gesteigert zu monströser Barbarei -, weitreichende Bündelung der Verantwortung in Richterhand und angestrebtem Bemühen um die Wahrung rechtlicher Garantien zum Schutz des Angeklagten. 101

### **Fußnoten:**

- 1 Der Text beruht auf einem Vortrag des Verf. vom 1.2.2001 an der Humboldt-Universität Berlin. Der Verf. ist Referent am Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt a.M. und vertritt einen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Mannheim.
- 2 Einen gerafften Gesamtüberblick gibt Andreas Blauert, Die Epochen der europäischen Hexenverfolgung, in: Gisela Wilbertz / Gerd Schwerhoff / Jürgen Scheffler, Hexenverfolgung und Regionalgeschichte, Bielefeld 1994, S. 28-43.
- 3 Einen Überblick über den Forschungsstand geben z.B. Jürgen Michael Schmidt, Glaube und Skepsis. Die Kurpfalz und die abendländische Hexenverfolgung, Bielefeld 2000, S. 11-22, und Günter Jerouschek, Die Hexen und ihr Prozeß. Die Hexenverfolgungen in der Reichsstadt Esslingen, 1992, S. 15-54. Zu diesen Arbeiten vgl. die Rezensionen von Falk, Rechtshistorisches Journal 12 (1993), S. 119-130, bzw. SZ Germanistische Abt., Bd. 118 (2001), S. 665-669.
- 4 Mit den mehr oder weniger verfolgungsfreien Zonen und dem wellenförmigen Verlauf der Prozesse hängt es zusammen, daß die Gesamtzahl der Opfer zumindest im Alten Reich erheblich niedriger liegt, als häufig angenommen. Vor allem die ältere Literatur rechnete von den Verhältnissen, die an stark betroffenen Orten auf dem Höhepunkt von Prozeßwellen herrschten, auf die Gesamtzahl der Verurteilten hoch. Nach Schätzung von Gerhard Schormann, Hexenprozesse in Deutschland, Göttingen

1981, S. 8 ff., ist für Deutschland allenfalls mit 100.000 Opfern zu rechnen.

- 5 Dazu jetzt vor allem Mathias Schmoeckel, *Humanität und Staatsräson. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, 2000; reiches Material enthält auch der Sammelband *Droit et torture judiciaire: perspectives historiques*, ed. Bernard Durand / Leah Otis-Cour, Montpellier 2001 (im Druck).
- 6 Vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage Göttingen 1967, § 13 II 1, S. 217; Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 8. Aufl. Heidelberg 1996, § 1 VII 1 b.
- 7 Zu dieser Thematik insb. Heinrich Gehrke, *Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur Deutschlands*, Frankfurt a.M. 1974, und Guido Kisch, *Consilia*, Basel 1970.
- 8 Gehrke, *Entscheidungsliteratur* (Anm. 7), S. 20, 57, 60 f.; ders., *Konsiliensammlungen*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Band II, 2. Teilband, hrsg. von Helmut Coing, München 1976, S. 1347, 1376.
- 9 Zu erinnern wäre unter anderem an Modestinus Pistoris (1516-1565), Jakob Thoming (1518-1576), Emil Schneidewein (1519-1568), Joachim von Beust (1522-1597), Matthias Coler (1530-1587), Virgilius Pingitzer (1541-1619), Hartmann Pistoris (1543-1601), Nikolaus von Reusner (1545-1602), Johann Zanger (1557-1607), Matthias Berlich (1586-1634), Christoph Philipp Richter (1602-1673), Johann Strauch (1612-1679) und Nicolaus Christoph von Lyncker (1643-1726).
- 10 Vgl. Ernst Böhm, *Der Schöppenstuhl zu Leipzig und der sächsische Inquisitionsprozeß im Barockzeitalter*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* Bd. 59 (1940), S. 390-397, 370-410, 620-639; Bd. 60 (1941), S. 155-249; Bd. 61 (1942), 300-493.
- 11 Roderich Stintzing / Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 2. Abtheilung, Leipzig 1884, S. 55-100; Gerd Kleinheyer / Jan Schröder, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 4. Aufl. Heidelberg 1996, S. 53-57.
- 12 Gehrke, *Konsiliensammlungen* (Anm. 8), S. 1345 f.; ders., *Entscheidungsliteratur* (Anm. 7), S. 11 f.
- 13 Vgl. auch Dietrich Oehler: Vorwort zu Benedict Carpzov, *Practica nova Saxonica rerum criminalium*, Ausgabe Wittenberg 1635, Nachdruck Goldbach 1996, S. II\*.
- 14 Vgl. Gehrke, *Entscheidungsliteratur* (Anm. 7), S. 132-136, Nr. 118-122; Kleinheyer/Schröder, *Juristen* (Anm. 11), S. 87 f.; Böhm, *Schöppenstuhl* (Anm. 10), *ZStW* 61, S. 310.
- 15 Böhm, *Schöppenstuhl* (Anm. 10), *ZStW* 59, S. 408 f., 580.
- 16 Kleinheyer/Schröder, *Juristen* (Anm. 11), S. 87. Zur Deutung von Carpzovs Werk vgl. zuletzt die Beiträge in dem Sammelband von Günter Jerouschek / Wolfgang Schild / Walter Gropp (Hrsg.), *Benedict Carpzov, Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen*, 2000.
- 17 Stefan Suter, *Die Gutachten der Basler Juristenfakultät in Straffällen*, Frankfurt a.M. 1990, S. 27-30.
- 18 August Hegler, *Die praktische Thätigkeit der Juristenfakultäten des 17. und 18. Jahrhunderts*, Freiburg im Breisgau 1899, S. 9.
- 19 Augustin Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, vol. 1, spec. 690, cap. 13 der Ausgabe Leipzig 1748; vgl. auch Johann Friedrich Jugler, *Beyträge zur juristischen Biographie*, Bd. 1, Leipzig 1773, S. 284, 288.
- 20 F.A.G., *Der geschickte Advocat*, Jena 1751, cap. 5, § 24, p. 76.
- 21 Zu diesem Werk Gehrke, *Entscheidungsliteratur* (Anm. 7), S. 133, Nr. 118.
- 22 F.A.G., *Advocat* (Anm. 20), cap. 6, § 25, p. 95.
- 23 Franz Helbing, *Die Tortur*, neubearb. und ergänzt von Max Bauer, Berlin 1926, S. 324.
- 24 Vgl. Böhm, *Schöppenstuhl* (Anm. 10), *ZStW* 59, S. 371-410 (394-397); *ZStW* 61, S. 300-403 (370 f.); Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* (Anm. 6), S. 217; Wolfgang Sellert, *Carpzov - Ein fanatischer Straffjurist und Hexenverfolger?*, in: *Vom Unfug des Hexen-Processes*, hrsg. von Hartmut Lehmann / Otto Ulbricht (Hrsg.), Wiesbaden 1992, S. 325-340 (325-330, 339).
- 25 Einzelheiten bei Böhm, *Schöppenstuhl* (Anm. 10), *ZStW* 59 (1940), S. 395 f.
- 26 Sönke Lorenz, *Benedict Carpzov und die Hexenverfolgung*, in: *Jerouschek / Schild / Gropp, Carpzov* (Anm. 16), S. 91-109 (Zitat 101); vgl. auch Oehler, *Vorwort* (Anm. 13), S. III\*; Sellert, *Carpzov* (Anm.

- 24), S. 333, 335.
- 27 Lorenz, Carpzov (Anm. 26), 101-103.
- 28 Lorenz, Carpzov (Anm. 26), 105.
- 29 Benedict Carpzov, *Practica nova Imperialis Saxoniae rerum criminalium*, qu. 117, n. 12-18 (16), hier zitiert nach der Ausgabe Leipzig 1723.
- 30 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 125, n. 52. Zu Carpzovs Strafmodell Karl Härter, Zum Verhältnis von Policity und Strafrecht bei Carpzov, in: Jerouschek/Schild/Gropp, Carpzov (Anm. 16), S. 181-224 (184-187)
- 31 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 1-2; vgl. Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 405 Anm. 2.
- 32 Vgl. Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 2; qu. 125, n. 9, 22.
- 33 Vgl. z.B. Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 10.
- 34 Mommsen, *Strafrecht* (Anm. 31), S. 405-407.
- 35 Gerd Kleinheyer, Tradition und Reform in der *Constitutio Criminalis Carolina*, in: Peter Landau / Friedrich-Christian Schroeder (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption*, Frankfurt a.M. 1984, S. 25; Friedrich Schaffstein, Die Bedeutung der Carolina für die Entwicklung strafrechtlicher Deliktstatbestände, ebenda, S. 145-159 (158).
- 36 Kleinheyer, Tradition (Anm. 35), S. 7-27 (11, 17, 23 f.). Zu gemeinrechtlichen Grundlagen der *Carolina* Winfried Trusen, Strafprozeß und Rezeption, in: Landau/Schröder (Anm. 35), S. 92-112, insb. 104, 112.
- 37 Carl Georg von Wächter, *Beiträge zur deutschen Geschichte*, Tübingen 1845, Neudruck Aalen 1970, S. 104. Unhaltbar sind die Wertungen, die Wächter aus seiner Feststellung ableitete („*kein eigentlich denkender Kopf*“, „*voll Befangenheit in der Verehrung*“).
- 38 Zum Bsp. Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 127, n. 3; qu. 123, n. 3; vgl. auch Oehler, Vorwort (Anm. 13), S. II\*.
- 39 Zum Bsp. Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 3, 5, 41, 58, 62, 65, 68, 69; qu. 126, n. 1, 2, 5, 7, 9, 10, 11, 17.
- 40 Angaben nach Jugler, *Beyträge* (Anm. 19), S. 362-369 (362-364).
- 41 Ernst Landsberg, Johann Zanger, in: *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. 44 (1898), S. 685.
- 42 Zum Bsp. Johann Zanger, *Tractatus de quaestionibus seu torturis*, Wittenberg 1593, cap. 2, n. 177.
- 43 Trusen, Strafprozeß (Anm. 36), S. 29-118; speziell zur Folter S. 33-69. Im Bereich sächsischen Rechts wurde die Folter bis ins 15. Jh. abgelehnt. Ihre Erwähnung in der Glosse zum sächsischen Weichbildrecht (Art. XXVII) war Folge der Rezeption des römisch-kanonischen Rechts (S. 68).
- 44 Das besagt natürlich nichts über gelegentliche Ausnahmen; z.B.. Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 19-20; qu. 127, n. 32-42.
- 45 Charakteristische Formulierungen, mit denen Carpzov nach der Beantwortung einer Streitfrage des *ius commune* die Konkordanz mit dem deutschen Recht behauptete: „*quod sane in Imperio Romano-Germanico hodie minus dubium habet*“ (*Practica nova*, qu. 121, n. 42-43); „*quae sententia in foro Sax absque dubio verissima est*“ (qu. 119, n. 7-8); „*quod in foro Saxon. eo magis verum est*“ (qu. 119, n. 7-8); „*quae regula in foro Saxonico minorem difficultatem habet*“ (qu. 125, n. 74); „*ab hac sententia alienus non est Imp. Carolus in Ordin. Crim.*“ (qu. 123, n. 6); „*idque certo certius est in Imperio Romano-Germanico, propter verba clara sanctionis Carolinae crim.*“ (qu. 121, n. 2).
- 46 Sellert, Carpzov (Anm. 24), S. 326; Stintzing/Landsberg, *Geschichte* (Anm. 7) S. 66; Lorenz, Carpzov (Anm. 26), S. 105.
- 47 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 3.
- 48 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 3.
- 49 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 4.
- 50 Zur Lehre vom *corpus delicti* zuletzt Lorenz Schulz, *Normierter Verdacht*, Frankfurt a.M. 2000, S. 121-

127.

- 51 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 119, n. 58; vgl. auch qu. 119, n. 9-11, unter Hinweis auf Novelle 134, cap. 13.
- 52 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 5; zu Carpzovs *Folterskepsis* vgl. auch Sellert, Carpzov (Anm. 24), S. 337 f.
- 53 Die römischen Quellen waren an diesem Punkt indifferent; zur Entwicklung seit den Glossatoren Piero Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto commune*, vol. 2, Milano 1954, S. 108-110; vgl. auch Art. 56 CCC.
- 54 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 126, n. 19; entsprechend qu. 117, 2-3; qu. 120, n. 71-88; qu. 123, n. 43-47; qu. 124, n. 31; qu. 126, n. 5, 13.
- 55 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 5; ähnlich qu. 125, n. 64-66, unter Berufung auf D. 48.18.23 (Ulpian) und D. 48.18.18.1 (Paulus). Trusen, *Strafprozeß* (Anm. 36), S. 59-63 zeigt, daß die Folterbestimmungen im Digestentitel 48.18 schon die Grundlage der Argumentation im Brünner Schöffnenbuch aus dem 14. Jahrhundert bildeten.
- 56 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 5; vgl. auch Carpzov, *Peinlicher Sächsischer Inquisition- und Achtsprocess*, Leipzig 1638, Nachdruck Goldbach 1996, Titel 10, Art. 4, Ziffer 1, p. 151.
- 57 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 123, n. 8.
- 58 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 3.
- 59 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 124, n. 21.
- 60 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 6-7; zu ähnlichen Klagen über eine exzessive Folterpraxis, die im 15. Jahrhundert vorgebracht wurden, Trusen, *Strafprozeß* (Anm. 36), S. 85, 86-90.
- 61 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 124, n. 22.
- 62 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 124, n. 21.
- 63 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 127, n. 18.
- 64 So verurteilte der Leipziger Schöffnenstuhl im Juni 1585 einen Richter zu 500 Talern Schadenersatz wegen einer rechtswidrigen Folterung nebst 12-wöchiger Inhaftierung; im August 1624 bemaß er die Entschädigung wegen einer zweimaligen rechtswidrigen Folterung auf 1.000 Gulden; Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 127, n. 44 s
- 65 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 127, n. 2, 13-17; zur Haftung im *ius commune* Fiorelli, *Tortura* (Anm. 53), vol. 2, p. 175-177; vgl. auch Art. 20 CCC.
- 66 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 120, n. 71-88 (Zitat n. 78).
- 67 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 8.
- 68 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 117, n. 8.
- 69 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 119, n. 6; qu. 125, n. 53.
- 70 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 119, n. 6-8.
- 71 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 119, n. 14-15.
- 72 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 119, n. 54-58.
- 73 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 126, n. 10; zum Beweisrecht des *ius commune* Schmoeckel, *Humanität* (Anm. 5), S. 187-294.
- 74 Zur gemeinrechtlichen Indizienlehre vgl. Schmoeckel, *Humanität* (Anm. 5), S. 216-228.
- 75 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 119, n. 60.
- 76 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 119, n. 61-63; vgl. Schmoeckel, *Humanität* (Anm. 5), S. 228-232.
- 77 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 123, n. 41; qu. 121, n. 1.
- 78 Carpzov, *Practica nova* (Anm. 29), qu. 123, n. 1; ähnlich qu. 120 n. 1.

- 79 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 117, n. 2-4.
- 80 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 9. Die Carolina rezipierte die Indizienlehre bekanntlich aus der italienischen Doktrin des *ius commune*, Kleinheyer, Tradition (Anm. 35), S. 17.
- 81 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 52 unter Hinweis auf Art. 30 CCC. Zu den *probationes semiplenae* vgl. Schmoeckel, Humanität (Anm. 5), S. 210-216.
- 82 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 53; qu. 121, n. 10-19 (Zitate n. 10, 15, 19).
- 83 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 57.
- 84 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 58.
- 85 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 121, n. 3; qu. 123, n. 59-69, 127; vgl. auch qu. 120, n. 2, 75. Dieses Abwägungsgebot liegt auch der Carolina zugrunde, z.B. Art. 18, 24, 27 CCC.
- 86 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 70.
- 87 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 11 s.
- 88 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 12-13.
- 89 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 14.
- 90 Zur *poena extraordinaria* und Verdachtsstrafe Schmoeckel, Humanität (Anm. 5), S. 295-360; vgl. auch Härter, Carpzov (Anm. 30), S. 200-206; nach der Leipziger Gerichtspraxis bestand sie regelmäßig in einer Geldstrafe oder einer kurzen Haftstrafe oder einer Landesverweisung, ggf. nach vorheriger Auspeitschung.
- 91 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 17-20.
- 92 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 23-24.
- 93 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 124, n. 65; ders., Inquisition- und Achtsprocess (Anm. 56), Titel 10, Art. 2, Ziffer 3, p. 145, unter Berufung auf Art. 58 CCC und D. 48.18.7.
- 94 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 124, n. 15; ders., Inquisition- und Achtsprocess (Anm. 56), Titel 10, Art. 2, Ziffer 2, p. 145.
- 95 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 124, n. 13-18 (Zitat 18); zur Folterpraxis vgl. Uwe Danker, Räuberbanden im Alten Reich um 1700, Frankfurt a.M. 1988, S. 128-130.
- 96 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 117, n. 38.
- 97 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 117, n. 41; zu den Verhältnissen in Sachsen um 1700 Danker, Räuberbanden (Anm. 95), S. 137-145.
- 98 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 117, n. 39 s.
- 99 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 117, n. 49-51.
- 100 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 117, n. 53.
- 101 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 117, n. 53; vgl. auch ders., Inquisition- und Achtsprocess (Anm. 56), Titel 10, Art. 3, Ziffer 1, p. 148.
- 102 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 125, n. 60-63.
- 103 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 117, n. 59-61.
- 104 Bei dieser Methode wurden die Arme des Angeklagten hinter seinem Rücken zusammengebunden. Dann wurde er mit einem Seil, das an den Handgelenken befestigt wurde, in die Höhe gezogen, was häufig zur Ausrenkung der Schultergelenke führte. Weil sich meistens große Blutergüsse bildeten, war eine Wiederholung der Folter noch erheblich schmerzhafter.
- 105 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 117, n. 65.
- 106 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 117, n. 65 s.; zu einem Fall, in dem diese fürchterlichen Methoden zum Tod des Folteropfers führten, vgl. Lorenz, Carpzov (Anm. 26), S. 101-103.
- 107 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 124, n. 68.

- 108 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 124, n. 46 unter Berufung auf D. 48.18.1.21. und Art. 56 CCC.
- 109 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 124, n. 57; ders., Inquisition- und Achtsprocess (Anm. 56), Titel 10, Art. 3, Ziffer 2, p. 148.
- 110 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 12.
- 111 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 3, 7; ders., Inquisition- und Achtsprocess (Anm. 56), Titel 10, Art. 3, Ziffer 3, p. 149.
- 112 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 13.
- 113 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 13. Danker, Räuberbanden (Anm. 95), S. 107-110, zeigt, daß das Verifikationsgebot in Kursachsen um 1700 konsequent befolgt wurde.
- 114 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 15.
- 115 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 16.
- 116 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, 17-32; ders., Inquisition- und Achtsprocess (Anm. 56), Titel 10, Art. 4, Ziffer 1-4, p. 148-53. n. 20.
- 117 Vgl. Fiorelli, Tortura (Anm. 53), vol. 2, S. 104-106.
- 118 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 19; ders., Inquisition- und Achtsprocess (Anm. 56), Titel 10, Art. 4, Ziffer 1, p. 151 s.
- 119 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 37-39. D. 48.18.16.pr. erwähnt ein kaiserliches Rescript, das die Wiederholung einer Folterung für zulässig erklärt. D. 48.18.18.1. läßt die Wiederholung bei „*evidentioribus argumentis*“ zu.
- 120 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 40.
- 121 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 125, n. 42-43.
- 122 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 125, n. 45.
- 123 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 41; das entsprach der *communis opinio*, die bis zur *glossa ordinaria* zurückreicht, vgl. Schmoeckel, Humanität (Anm. 5), S. 264 f.
- 124 Anders entschied der Schöffentuhl Jena in einem Totschlagsprozeß um 1700. Zweifelhaft war hier nur der Tötungsvorsatz; die Tötungshandlung stand außer Frage. Der Angeklagte gestand eine vorsätzliche Tötung unter der Folter, widerrief aber später. Der Schöffentuhl lehnte eine neuerliche Folterung ab, weil es an neuen Indizien fehle. Die „*bloße revocation*“ sei hierzu nicht genügend, weil die Folter eine „*res fragilis*“ sei. Der Zweifel, „*daß solche confessio per cruciatus expressa, und non sincera*“ sei, könne auch durch ein neuerliches Foltergeständnis nicht beseitigt werden. Deshalb sei eine Befragung wegen fahrlässiger Tötung vorzuziehen. Das Strafmaß lautete auf ewige Landesverweisung nach vorheriger Auspeitschung; zitiert nach Nicolaus Christoph von Lyncker, Consultationes Iuris Selectae, cons. 24, p. 89-92 der Ausg. Jena 1715.
- 125 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 43-47.
- 126 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 45.
- 127 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 61-72.
- 128 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 63-72.
- 129 Beispiele aus der Folterpraxis im 15. Jahrhundert bei Trusen, Strafprozeß (Anm. 36), S. 80. Das ältere *ius commune* kannte keine festen Obergrenzen. Die Gegenmeinung, die sich im 16. Jahrhundert durchsetzte, fand ihren Niederschlag u.a. in den Kursächsischen Konstitutionen von 1572; vgl. Fiorelli, Tortura (Anm. 53), vol. 2, p. 153 s.
- 130 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 125, n. 49.
- 131 Die Vorschrift gehört zu den Kursächsischen Konstitutionen von 1572, wurde aber nicht öffentlich verkündet, da man fürchtete, daß die Bekanntmachung die Widerrufsbereitschaft der Angeklagten erhöhen werde; vgl. Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 51; qu. 125, n. 35-37.
- 132 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 125, n. 55.

- 133 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 125, n. 53 s.
- 134 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 125, n. 47, 59.
- 135 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 53.
- 136 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 125, n. 50-51.
- 137 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 125, n. 71.
- 138 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 125, n. 73-74.
- 139 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 54-55.
- 140 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 54-55; vgl. auch qu. 126, n. 71.
- 141 Dieses Problem beschäftigte die sächsische Gesetzgebung noch in der Mitte des 18. Jahrhunderts; vgl. eine Verfügung vom 28.8.1753, in: Fortgesetzter Codex Augusteus oder neuvermehrtes Corpus Juris Saxonici, Leipzig 1772, Sp. 381 f.
- 142 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 22.
- 143 Die Ressourcen der Strafverteidigung im Inquisitionsprozeß werden häufig unterschätzt; dagegen Falk, Strafverteidigung (Anm. 24), zusammenfassend S. 433-439.
- 144 In 423 inquisitorischen Strafverfahren aus der Carpzov-Zeit verhängte der Schöffensteinstuhl 43 Todesurteile. 65 Angeklagte wurden freigelassen. Die anderen traf eine *poena extraordinaria* in Form einer Geld- oder Gefängnisstrafe bzw. Landesverweisung; Böhm, Schöffensteinstuhl (Anm. 10), ZStW 61, S. 369 f.; Danker, Räuberbanden (Anm. 95), S. 110 f., zeigt, daß das Recht auf Verteidigung in Sachsen auch um 1700 beachtet wurde; vgl. auch die Urteile des Jenaer Schöffensteinstuhls bei Nikolai Christoph von Lyncker, Consilia seu responsa, vol. 1, Jena 1704, responsum 39, p. 300-309; ders., Consultationes (Anm. 124), cons. 24, p. 89-92.
- 145 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 33, p. 159-167; qu. 115, p. 119-127; qu. 121, n. 7-9; qu. 123, n. 63-68; vgl. auch Sellert, Carpzov (Anm. 24), S. 338.
- 146 Insb. Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 33, n. 9-15, 40-49; qu. 115, n. 9-15, 30-38, 74-78. Vgl. auch ders., Inquisition- und Achtsprocess (Anm. 56), tit. 8, p. 113-125. Carpzovs Lehre zur Defension folgte z.B. Christopherus Blumblacher, Commentarius in Kayser Carl des Fünfften und des Heiligen Römischen Reichs Peinliche Halsgerichtsordnung, Salzburg 1670, Art. 47, p. 136-147.
- 147 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 115, vor n. 1.
- 148 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 115, n. 4-5.
- 149 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 115, n. 9.
- 150 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 115, n. 89 s., 92.
- 151 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 33, n. 9; qu. 115, n. 13.
- 152 Zu Einzelheiten Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 115, n. 21-28.
- 153 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 115, n. 30-33.
- 154 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 33, n. 12.
- 155 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 33, n. 14, 16; qu. 115, n.33 s.; vgl. auch n. 85-88.
- 156 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 33, n. 15.
- 157 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 33, n. 10 s., 40-48; qu. 115, n. 75 s.
- 158 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 33, n. 40.
- 159 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 121, n. 7-9; vgl. auch qu. 115, n. 75 s.
- 160 F.A.G., Advocat (Anm. 20), cap. 6, §§ 18-20, S. 89-92; vgl. auch Böhm, Schöffensteinstuhl (Anm. 10), ZStW 61, S. 361; Julius Vargha, Die Vertheidigung in Strafsachen, Wien 1878, S. 184.
- 161 Vgl. auch Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 60; qu. 120, n. 75.
- 162 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 62.

- 163 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 123, n. 69 s.
- 164 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 117, n. 9 s., 27, 69; qu. 123, n. 31; qu. 120, n. 4; ebenso Blumblacher, Commentarius (Anm. 146), p. 162, im Anschluß an Carpzov. Zur richterlichen Entscheidungsfreiheit im *ius commune* Schmoeckel, Humanität (Anm. 5), S. 267-294.
- 165 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 127, n. 1; qu. 123, n. 67.
- 166 Dazu s.o. unter III.; Carpzovs Richterkritik entspricht weitgehend den Klagen über den Mißbrauch der Folter, die der sog. „Klagspiegel“ schon gegen Ende des 15. Jhs. vorgetragen hatte; dazu Trusen, Strafprozeß (Anm. 36), S. 86-90 (Zitat 87).
- 167 Carpzov, Inquisition- und Achtsprocess (Anm. 56), Titel 11, Art. 1, Ziffer 1 (3) und (4), S. 126 f.
- 168 Carpzov, Inquisition- und Achtsprocess (Anm. 56), Titel 11, Artic. 1, Ziffer 1 (4), S. 126.
- 169 Carpzov, Processus iuris, tit. 16, cap. 1, n. 29; ders., Practica nova (Anm. 29), pars 3, qu. 116, n. 19.
- 170 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 116, n. 5, 16.
- 171 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 116, n. 6.
- 172 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 116, n. 11.
- 173 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 116, n. 18.
- 174 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 116, n. 15; vgl. auch ders., Responsa juris electoralia, praefatio ad lectorem, Ausgabe Leipzig 1709.
- 175 Zur Aktenversendung in Strafsachen Carpzov, Practica Nova (Anm. 29), qu. 116, n. 1-33.
- 176 Kleinheyer, Tradition (Anm. 35), S. 14.
- 177 Vgl. Carpzov, Inquisition- und Achtsprocess (Anm. 56), Titel 11, Art. 1, Ziffer 1 (1), S. 126; ders., Practica nova (Anm. 29), qu. 116, n. 26.
- 178 Vgl. Fiorelli, Tortura (Anm. 53), vol. 2, S. 53 f.
- 179 Carpzov, Processus iuris in foro Saxonico, tit. 16, cap. 1, n. 22-23 b, p. 559 der Ausgabe Jena und Helmstedt 1690.
- 180 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 127, n. 28; qu. 116, n. 24-28, p. 129 s.; ders., Processus iuris in foro Saxonico, tit. 16, cap. 1, n. 22-23b, p. 559 der Ausgabe Jena/Helmstedt 1690; zu den unteren Strafgerichten in der kursächsischen Gerichtsverfassung Härter, Carpzov (Anm. 30); S. 207-212.
- 181 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 124, n. 25.
- 182 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 126, n. 11.
- 183 Carpzov, Practica nova (Anm. 29), qu. 127, n. 28. Manche Eigentümlichkeit des Strafprozeßrechts war ganz auf die Aktenversendung zugeschnitten, u.a. das *artikulierte Verhör*. Vgl. Carpzov, Practica nova, qu. 124, n. 30-50 (Zitat 30): „*Hoc enim observantia fori Saxonici introduxit, ut in quavis inquisitione articulate procedatur, formatis nempe articulis inquisitionalibus, factoque certis positionibus incluso, quo exactius veritatis delicti indagari & exquiri possit*„. Vgl. auch Carpzov, Inquisition- und Achtsprocess (Anm. 56), Titel 10, Artic. 3-4, p. 141 s.; zu den kanonistischen Wurzeln des artikulierten Verhörs Trusen, Strafprozeß (Anm. 36), S. 68.
- 184 Bezeichnend ist Carpzovs These, daß den Entscheidungen des Leipziger Schöffenstühls gesetzesgleiche Kraft zukomme - „*consuetudinem facit, ac vigorem legis habet*„; Carpzov, Jurisprudencia forensis Romano-Saxonia, pars 4, const. 42, def. 16, n. 56, p. 1464 der Ausgabe Frankfurt/Leipzig 1650.
- 185 Vgl. auch Sellert, Carpzov (Anm. 24), S. 338. Für ein Gegenbeispiel - die Verhältnisse in Braunschweig-Lüneburg um 1700, wo man eine schrankenlose Folterpraxis betrieb - vgl. Danker, Räuberbanden (Anm. 95), S. 139-144, 150 f.
- 186 Die Kontinuitätslinie reicht z.B. bis Regner Engelhard, Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechtes aus den Grundsätzen der Weltweisheit und besonderst des Rechts der Natur, Frankfurt und Leipzig 1756, Nachdruck Goldbach 1996, §§ 451-461, S. 643-662: „*Nun ist zwar freylich die Folter kein ganz sicheres Mittel die Wahrheit herauszubringen ... Da aber nun dem gemeinen Wesen daran gelegen ist, daß besonderst große Verbrechen nicht ungestrafet bleiben ... So ist die Folter an und für sich für*

*zulässig zu halten*.,. Unverzichtbar sei andererseits „*eine große Behutsamkeit und Einschränkung*“, (§ 451, S. 644 f.). Vgl. auch Johannes Paul Kress, *Commentatio in Constitutionem criminalem Caroli V*, Hannover 1736, Nachdruck Goldbach 1996, *notae ad art. 45-47*, p. 156-194; Blumblacher, *Commentarius* (Anm. 146), p. 131 ff.

- 187 Rescript des Kurfürsten Friedrich August an die Schöffenstühle in Leipzig und Wittenberg vom 20.2.1770 „*wegen Abstellung der Marter, auch der Einschränkung des Gebrauchs der Eide*„; Instruktion vom 2.12.1770, in: *Zweyte Fortsetzung des Codicis Augustei oder anderweit vermehrtes Corpus Juris Saxonici*, Leipzig 1805, Sp. 329 f. (Zitat 329), 331 f.
- 188 Vgl. z.B. den Überblick bei Andreas Blauert, *Die Epochen der europäischen Hexenverfolgung*, in: Wilbertz/Schwerhoff/Scheffler, *Hexenverfolgung* (Anm. 2), S. 28-43; s. auch Schmidt, *Glaube* (Anm. 3), S. 12.
- 189 Wolfgang Behringer, *Hexenprozesse in Bayern*, München 1988, S. 4; vgl. zuletzt Falk, *Rezension zu Schmidt, Glaube und Skepsis* (Anm. 3).