



Mark Pieth

Strafrechtsgeschichte

2. Auflage

Helbing Lichtenhahn Verlag



Mark Pieth

Strafrechtsgeschichte

2. Auflage

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-3960-8

© 2020 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

Vorwort

Im Rahmen dieses Grundrisses ist keine umfassende Geschichtsbetrachtung möglich. Im Übrigen darf man nicht dem Irrtum verfallen, Geschichte verlaufe linear: Epochen sind Interpretationssache. Allerdings muss die Strafrechtsgeschichte in den Kontext der weiteren geschichtlichen Entwicklung, insbesondere der Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, gestellt werden. Entsprechend wird im Folgenden für jede Phase erst der weitere Kontext dargestellt (dabei sollen Leserin und Leser in erster Linie an ihre Allgemein- und Schulbildung erinnert werden), um anschliessend die Grundzüge der allgemeinen Rechtsentwicklung anzudeuten. Soweit dazu Material vorhanden ist, muss sodann die zeitgemässe Vorstellung von Kriminalität angesprochen werden. Damit ist der Boden bereitet für je einen Abschnitt zum materiellen Strafrecht und zum Strafprozessrecht der betreffenden Zeit. Die Betrachtung beschränkt sich auf eine eurozentrische Darstellung, da Erkenntnisziel dieses Buches eine Erklärung der Entwicklung unseres aktuellen Rechts ist. Das Altertum ist für das moderne Strafrecht allenfalls über die Rezeptionsgeschichte relevant und braucht daher aus aktueller Perspektive nicht separat behandelt zu werden. Das Buch unterscheidet sich bewusst dadurch von anderen Darstellungen der mitteleuropäischen Rechtsgeschichte, dass es den Schwerpunkt auf das 20. Jahrhundert und die Hinführung zur Gegenwart legt. Ziel der Analyse ist das bessere Verständnis des aktuellen Rechts. Es passt sich ein in eine Reihe von Lehrbüchern zum Bachelor-Unterricht im Strafrecht an Schweizer Universitäten, ist aber auch für ein weiteres Publikum von Interesse.

Basel, im November 2019

Mark Pieth

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Dank	IX
Literaturverzeichnis	XIX
Abbildungsverzeichnis	XXXVII
Abkürzungsverzeichnis	XLI
I. Das Frühmittelalter (500–1000)	1
II. Das Hochmittelalter (1000–1300)	7
III. Das Spätmittelalter und die frühe Neuzeit (1300–1600)	23
IV. Die Reformation und der Absolutismus (1500–1800)	39
V. Die Aufklärung (1600–1800)	51
VI. Die bürgerliche Revolution und das 19. Jahrhundert	59
VII. Die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts	77
VIII. Die Nachkriegszeit (1945–1990)	93
IX. Die Gegenwart	115
X. Neues Vertrauen in die Institutionen?	147
Register	149

I. Das Frühmittelalter (500–1000)

1. Zum Begriff und zur Periodenbildung

Der Begriff des Mittelalters entstammt einer nachträglichen – durchaus abwertend gemeinten – Definition der italienischen Renaissance¹. Er bezeichnet die Phase vom Untergang des (West-)römischen Reichs um 476 bis zur Wiederentdeckung des Altertums in der Renaissance (*medium aevum*). Die moderne Geschichtsbetrachtung unterscheidet drei Phasen²: das Frühmittelalter (500–1000), das Hochmittelalter (1000–1300) und das Spätmittelalter (1300–1500). Daran schliesst sich die frühe Neuzeit an. Der Begriff des Mittelalters wird wohl zu Unrecht so stark negativ besetzt (*aetas obscura*³); im Laufe der langen Periode wurden – gerade im Recht – viele für uns heute wichtige Schritte vollzogen.

2. Die allgemeine Entwicklung

Nach dem Zusammenbruch des Weströmischen Reichs setzte in Mitteleuropa, vor allem unter dem Druck von Einwanderungswellen aus dem Osten, die Völkerwanderung ein⁴. Die ersten Jahrhunderte sind geprägt von einer Vielzahl sich rasch ablösender germanischer «Reiche»⁵, bis mit dem Entstehen des Fränkischen Reichs eine gewisse Stabilisierung eintrat. Den Merowingern⁶ und dann vor allem den Karolingern⁷ (Höhepunkt: Karl der Grosse, 747–814) gelang es, einen grossen geografischen Raum unter einer Herrschaft zu vereinen. Die neue Reichsidee griff Elemente des Römischen Reichs, der Germanischen Herrschaften, aber auch des neuen Glaubens, des Christentums, auf: Der Kaiser (erst Karl der Grosse um 800 und später auch der Sachsenkönig Otto der Grosse liessen sich vom Papst zum Kaiser krönen⁸) verstand sich als weltlicher Vertreter Christi auf Erden⁹. Damit war ein Konflikt mit der Kirche vorpro-

1 Graus (1971, 569) verweist bereits auf Francesco Petrarca (1304–1374).

2 Duden 2011, 140 ff.; Graus 1971, 572; Wesel 2010, 135 ff., 179 ff.

3 Hinweise bei Senn 2007, 49 f.; vgl. auch Senn/Gschwend/Pahud de Mortanges 2012, 25.

4 Duden 2011, 142 ff.; Carlen 1988, 9; Rüping/Jerouschek 2011, 2; Senn/Gschwend/Pahud de Mortanges 2012, 7.

5 Vgl. die Herrschaften der Alemannen, Sueben, Langobarden, Goten, Wandalen, Burgunder und später der Franken.

6 Pahud de Mortanges 2017, 14 ff.

7 Duden 2011, 159 ff.; Morerod/Favrod, in: Kreis 2014, 92 ff.; Senn/Gschwend/Pahud de Mortanges 2012, 18 ff.

8 Wesel 2010, 143.

9 Senn 2007, 55 f.; Senn/Gschwend/Pahud de Mortanges 2012, 28 ff.

grammiert, der mit dem Erstarken des Papsttums¹⁰ gut zwei Jahrhunderte später im Investiturstreit¹¹ gipfeln sollte. Mit dem Auseinanderfallen des Fränkischen Reichs in mehrere Teile (vor allem das Westfranken-, das Burgunder- und das Ostfrankenreich) war im Osten die Basis für das «Heilige Römische Reich Deutscher Nation» unter der Führung der Sachsenkönige geschaffen¹².

3. Die Sozial- und Wirtschaftsgeschichte

Die überwiegend bäurische Kultur (erst Zwei-, später Dreifelderwirtschaft¹³) lässt sich durch die Elemente der Sippe, der Feudalstruktur und der Organisation des Königshofes charakterisieren:

a) Haushalte und Sippe

Für die Entwicklung des Rechts ist die Bedeutung der Sippe entscheidend. Sie entsprach der Grundstruktur der germanischen Gesellschaftsorganisation. Sie baute auf kleineren Einheiten, den Haushalten, auf, in denen der Hausherr die Verfügungsgewalt (*Munt*) über Frau, Kinder und Dienstboten ausübte¹⁴. Innerhalb der Sippe waren die Haushalte zu Beistand verpflichtet, aber auch an Erträgen und Kriegsbeute beteiligt. Die Sippe war die Grundlage der Verteidigung der Angehörigen gegen Übergriffe von aussen (s.u. S. 5 zur Fehde)¹⁵.

b) Der Feudalismus

Die von agrarischen und militärischen Gesichtspunkten dominierte Gesellschaft des Frühmittelalters baute auf der Belehnung von Gefolgsleuten mit Land im Austausch für (militärische) Gefolgschaft auf¹⁶. Vom König, zu weltlichen und geistlichen Fürsten, zum niedrigeren Adel, hin zu «freien» Bauern, die ihrerseits über rechtlose Leib-eigene herrschten, lässt sich eine Lehenspyramide beschreiben, die durch persönliche Treueverhältnisse zusammengehalten wurde.

10 Senn 2007, 71.

11 S.u. S. 7.

12 Duden 2011, 177; Senn 2007, 60 ff.; Morerod/Favrod, in: Kreis 2014, 98 ff.

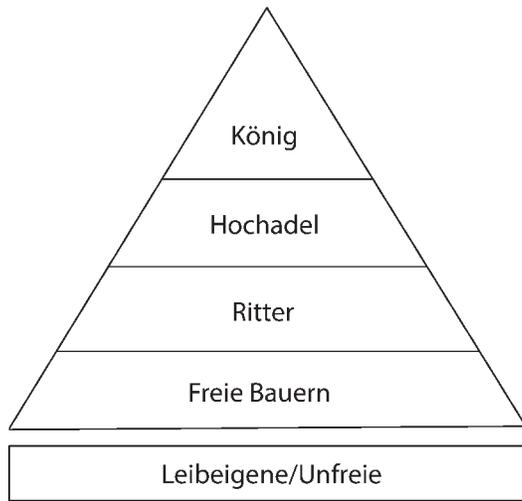
13 Duden 2011, 191 ff.; Wesel 2010, 312.

14 Pahud de Mortanges 2017, 29.

15 Carlen 1988, 9, 36 f.; Pahud de Mortanges 2017, 26; Rüping/Jerouschek 2011, 3; Senn 2007, 42 ff.

16 Senn/Gschwend/Pahud de Mortanges 2012, 50 ff.

Die Lehenpyramide



Der Lehensnehmer empfing das *beneficium*, die Leihe des Grundes, das es ihm erlaubte, sich und seinen Hausstand zu ernähren bzw. seine politische Herrschaft zu erhalten. Im Gegenzug versprach der *Vasall* dem Lehensgeber Heerfolge. Das Lehen verlieh kein Eigentum im heutigen Sinne, es musste periodisch, spätestens im Todesfall (sei es des Herrn oder des *Vasallen*) erneuert werden. Nach unten etablierte sich eine Kaste von Hörigen, die nicht lehensfähig waren¹⁷. Sie waren «an die Scholle gebunden» und schuldeten ihrem Herrn Abgaben (Fron, Zehnten). Ausserdem bedurften sie zur Verheleichung der Einwilligung des Herrn¹⁸.

Auch die Kirche etablierte im Laufe der Zeit ein Lehenssystem.

c) Der Königshof

Unter den Karolingern¹⁹ wurde die Leitung des Hofes in die Hände von vier «Erzämtern» gelegt (Kämmerer, Marschall, Seneschall, Mundschenk), die als eine Art Minister agierten. Aus ihnen sind später die Kurfürsten des Deutschen Reichs hervorgegangen²⁰. Hinzu traten ein Kanzler mit Verwaltungsaufgaben und ein Pfalzgraf, der dem König in seiner richterlichen Funktion als Beisitzer diente²¹. Dieser «Hofstaat» diente Karl dem Grossen und seinen Nachfolgern als essentielles Herrschaftsinstrument.

¹⁷ Wesel 2010, 150 ff.

¹⁸ Carlen 1988, 27, 61 ff.; Duden 2011, 171 f., 158; Hattenhauer 2004, 313 ff.; Pahud de Mortanges 2017, 20 ff.; Friedrich Pieth 1982, 54 ff.; Senn 2007, 79 ff., 127 ff.; Wesel 2010, 146 ff., 192.

¹⁹ Senn/Gschwend/Pahud de Mortanges 2012, 18 ff.

²⁰ Duden 2011, 168.

²¹ Duden 2011, 169 f.

4. Die Leges Barbarorum

Die Gegend der heutigen Schweiz wurde ebenfalls von der Völkerwanderung erfasst und sie wurde Teil des Fränkischen Reichs. Die komplexe Entwicklung hinterliess Spuren in den verschiedenen Volksgesetzen, den sogenannten *Leges Barbarorum*²²: Es handelte sich um praxisnahe Regelsammlungen aus germanischer und römischer Quelle. Entsprechend dem damals geltenden **Personalitätsprinzip**²³ waren unterschiedliche Rechte für verschiedene Volksgruppen am selben Ort (vgl. die *Lex Burgundionum*, die für Germanen, und die *Lex Romana Burgundionum*, die für Römer im Burgunderreich galt²⁴) anwendbar. Im Westen der heutigen Schweiz siedelten sich die Burgunder an (und brachten ihre Rechtsquellen mit sich). Die heutige Deutschschweiz wurde von den Alemannen besiedelt (vgl. den *Pactus Alamannorum* aus dem siebten Jahrhundert und die *Lex Alamannorum*²⁵ aus dem achten Jahrhundert). In den Südtälern etablierten sich die Langobarden (es galt das *Edictus Rothari* von 643, das das entsprechende Stammesrecht kodifizierte²⁶). In Rätien galt vulgärrömisches Sonderrecht²⁷.

Die Fränkischen Könige regierten mit Hilfe einer dezentralisierten Verwaltungsstruktur, den *comitates* (Grafschaften). Einheitliches Recht entstand in der kurzen Zeit des Fränkischen Reichs nur beschränkt²⁸. Der nächste Schritt grossräumiger Rechtsentwicklung, der sich auch auf die heutige Schweiz auswirken sollte, wurde erst mit der Aufzeichnung der Gerichtsgebräuche im 13. Jahrhundert (dem Sachsenspiegel und dem Schwabenspiegel²⁹) vollzogen. Mit diesen sog. «Landrechten» wurde das alte personale Stammesrecht verdrängt³⁰.

5. Das Strafrecht

Das Straf- und das Zivilrecht waren im Frühmittelalter noch nicht klar geschieden. Allerdings findet sich in den *Leges Barbarorum* ein detailliertes Erfolgsstrafrecht mit eigentlichen Tarifen zumal für verschiedene Formen von Körperverletzung:

«[1] Wenn jemand einen anderen aus Zorn schlägt, wozu die Alemannen Beulenschlag sagen, büsse er es mit einem Schilling. [2] Wenn er aber [dadurch] Blut vergiesst, so dass es auf die Erde tropft, büsse er mit einem und einem halben Schilling. [3] Wenn er ihn aber schlägt, dass die Hirnschale sichtbar und verletzt wird, büsse er mit 3 Schillingen. [...] [6] wenn aber die Hirnschale durchhauen ist, so dass das Gehirn sichtbar wird und der Arzt mit einer Feder oder einem Tuch das Gehirn berühren kann, büsse er mit 12 Schillingen. [7] Wenn aber aus der Wunde das Gehirn heraustritt, wie es oft geschieht, dass der Arzt

22 Wesel 2010, 153.

23 Pahud de Mortanges 2017, 23.

24 Carlen 1988, 9; Pahud de Mortanges 2017, 24; Senn 2007, 37.

25 Pahud de Mortanges 2017, 25.

26 Hattenhauer 2004, 165 ff.

27 Carlen 1988, 9 f.; Pahud de Mortanges 2017, 24; Senn 2007, 36 ff.

28 Vgl. die *Lex Ripuaria* von 613/623; dazu Rüping/Jerouschek 2011, 5; Senn 2007, 43.

29 Carlen 1988, 11; Pahud de Mortanges 2017, 98 ff.; Rüping/Jerouschek 2011, 25 ff.

30 Senn 2007, 113.

es mit einem Heilmittel oder einem weichen Tuch behandelt und es später heilt und wenn bewiesen wird, dass es wahr ist, so büsse er mit 40 Schillingen.»³¹

Dieser Gesetzestext steht im **Kontext von Fehde und Versöhnung**: Fehde ist lediglich die *ultima ratio*, allerdings ist sie nicht nur ein Recht sondern auch eine Pflicht der Sippe³². Häufig wurde sie allerdings mit der *Versöhnung* abgewendet³³. Die *Leges Barbarorum* hatten nicht etwa das Ziel, die Selbsthilfe zu verbieten, sondern zu kanalisieren, um das Zusammenleben zu ermöglichen³⁴. Sogenannte *Compositiones*³⁵, Busstarife, wurden zu diesem Zweck in Gesetzessammlungen vorgesehen. Allerdings waren die Bussen exorbitant hoch, in vielen Fällen existenzvernichtend³⁶. Bereits der eine Schilling der ersten Stufe der Erfolgsskala – in unserem Beispiel – soll dem Wert einer Kuh entsprochen haben. Immerhin deutet die Quelle an, dass schon im germanischen Recht der Übergang zur Geldwirtschaft erneut (wie zur Römer Zeit) vollzogen worden war. Ziel des Fehde-Versöhnungssystems soll vor allem die Selbstdisziplinierung ungestümer Sippenangehöriger durch die Sippe gewesen sein³⁷. War die Sippe nicht bereit, für den Heisssporn einzustehen, hatte sie im Übrigen die Möglichkeit ihn auszuschliessen (Friedlosigkeit)³⁸. Peinliche Strafen wurden sodann bereits damals auf Unfreie angewandt³⁹.

6. Der Strafprozess

Die Landesfürsten, an oberster Stelle der König, agierten als Gerichtsherren. Während sich das königliche Gericht mit sog. *Causae maiores* beschäftigte, überliess man die *causae minores* dem Centenargericht (Centenar war der Hauptmann über hundert Fränkische «Familienoberhäupter», der über Buss- und Geldschulden urteilte)⁴⁰. Justiz war allerdings (mit Ausnahme der *laesio maiestatis*⁴¹) vorerst **keine Staatsaufgabe**. Es galt der Anklageprozess⁴². Allerdings standen die Richter als Mediatoren zur Verfügung, um die Fehde wenn immer möglich abzuwenden und durch einen Friedenseid zu ersetzen. Verschiedene Gesetze enthalten im Übrigen Sühnegebote, so etwa das langobardische Recht⁴³.

31 Senn 2007, 42; Senn/Gschwend/Pahud de Mortanges 2012, 15; zur *Lex Alamannorum*: deutsche Übersetzung nach Clausdieter Schott (Hrsg.), *Lex Alamannorum*. Das Gesetz der Alamannen. Faksimile – Text – Übersetzung – Kommentar zur Wandalgarius-Handschrift des *Codex Sangallensis* 731, Augsburg: Schwäbische Forschungsgemeinschaft 1993.

32 Friedrich Pieth 1982, 69 ff.; Senn 2007, 44.

33 His 1967, 57 ff.; Rüping/Jerouschek 2011, 3.

34 Schmidt 2006, 79 f.; Senn/Gschwend/Pahud de Mortanges 2012, 13 ff.

35 Carlen 1988, 36; His 1967, 69; Rüping/Jerouschek 2011, 4 ff.

36 Pahud de Mortanges 2017, 25; Rüping/Jerouschek 2011, 4.

37 Senn 2007, 43 f.

38 His 1967, 69, 75 ff.; Rüping/Jerouschek 2011, 2.

39 Rüping/Jerouschek 2011, 6 ff.

40 Dazu Heusler 1920, 13 ff.; ders. 1922, 11; Rüping/Jerouschek 2011, 9.

41 Rüping/Jerouschek 2011, 9.

42 Piquerez/Macaluso 2011, 43 ff.; Rüping/Jerouschek 2011, 9.

43 Rüping/Jerouschek (2011, 5) verweisen auf die *Leges Liutprandi* von 733.

Das damalige **Beweisrecht** hat nichts mit unserer heutigen Vorstellung der «materiellen Wahrheit» zu tun: Es beruhte auf einer Art Leumundszeugen («**Eideshelfern**»⁴⁴) oder auf **Gottesbeweisen**⁴⁵ (insb. der sog. Barprobe, der Wasserprobe, der Feuerprobe oder dem Zweikampf). Das Gottesurteil wurde erst von Papst Innozenz III. auf dem IV. Laterankonzil um 1215 in Frage gestellt. Papst Innozenz III. gilt auch als «Erfinder» des Inquisitionsprozesses.

Wurde aber ein Täter auf frischer Tat ertappt, riskierte er das «**Handhaftverfahren**»: Entweder wurde er im Schnellverfahren abgeurteilt oder er konnte gar, unter Beizug von Zeugen, vom Geschädigten auf der Stelle getötet werden⁴⁶.

44 Rüping/Jerouschek 2011, 10.

45 Rüping/Jerouschek 2011, 10.

46 His 1967, 51, 83; Pieth 2016a, 22 f.; Rüping/Jerouschek 2011, 10.

3. Das Strafrecht

Unterschiedliche Gründe werden für den Übergang zu einem öffentlichen Strafrecht angeführt. Wesel weist darauf hin, dass das Privatstrafrecht einer egalitären Stammesgesellschaft entsprach, während eine Herrschaftsgesellschaft nach staatlichem Engagement verlangte¹⁸⁵. Unmittelbarer Auslöser für die Gesetzgebung im Deutschen Reich im 16. Jahrhundert war einesteils das Bedürfnis der Landesfürsten und des Kaisers nach **Rechtsvereinheitlichung**. Die universitär gebildeten «Doctores» wurden beauftragt, das geltende Straf- und Strafprozessrecht zu sammeln und zu systematisieren (so etwa der Auftrag des fürstbischöflichen Beamten Johann von Schwarzenberg an die Bamberger Juristen, der zur Schaffung der *Bambergensis* führte)¹⁸⁶. Das zweite Motiv war die **grassierende Selbsthilfe**, die oftmals zu **Justizmorden** führte¹⁸⁷. Die von Kaiser Karl V. in Auftrag gegebene Sammlung (die Carolina oder abgekürzt CCC) erwähnt in Art. 218 selbst die ungerechten und unhaltbaren Zustände, die zur Gesetzgebung führten («von missbreuchen und bösen unfernünftigen gewohnheyten, so an etlichen orten und enden gehalten werden»)¹⁸⁸. Die Carolina bemühte sich aber, den Vorrang des tradierten Landesrechts hervorzuheben (die sog. «salvatorische Klausel» findet sich in der «Vorrede»¹⁸⁹), trotzdem hat sich die Carolina in der Folge durchgesetzt, so sehr, dass sie bis 1800 das Strafrecht des gesamten deutschen Sprachraums bestimmte¹⁹⁰. Sie wirkte sich auch in der Schweiz aus, obwohl die Alte Eidgenossenschaft faktisch bereits aus dem Deutschen Reich ausgeschieden war.

Auch wenn uns an der **Carolina** vieles fremd ist und die Strafen drakonisch erscheinen, stellte sie einen wichtigen Schritt zu einem modernen Strafrecht und zu einem rationaleren Straf- und vor allem Strafprozessrecht dar.

Unter Rückgriff auf die Vorarbeiten der Kanonisten im Hochmittelalter setzte sich das **Schuldprinzip** gegenüber der germanischen Erfolgshaftung weiter durch¹⁹¹: Vorsatz und Fahrlässigkeit werden tatbestandsweise unterschieden. Mord erfordert nun «bösen Vorsatz», Totschlag «immerhin noch Mutwillen» (vgl. Art. 48 ff., 137 CCC). Die fahrlässige Tötung ist in Art. 146 CCC separat geregelt. Eine Notwehrregelung findet sich in Art. 140 CCC bezüglich verschiedener Tatbestände. Bei Jugendlichen wird in Art. 179 CCC die Schuldfähigkeit thematisiert. Die Versuchsregelung in Art. 178 CCC erfordert subjektive und objektive Elemente.

¹⁸⁵ Wesel 2010, 281.

¹⁸⁶ Pieth 2016a, 24.

¹⁸⁷ Pahud de Mortanges 2017, 137; Rüping/Jerouschek 2011, 41.

¹⁸⁸ Vgl. dazu Senn 2007, 99.

¹⁸⁹ Dazu Senn 2007, 100; Senn/Gschwend/Pahud de Mortanges 2012, 62.

¹⁹⁰ Pieth 2016a, 24; vgl. zum kantonalen StGB in Fribourg noch im 19. Jh. (!) u. S. 85.

¹⁹¹ Rüping/Jerouschek 2011, 18 f.



Abb. 12 Constitutiones criminales vulgo Peinliche Halsgerichts-Ordnung, Halae Magdeburgicae [Halle a. d. Saale] 1716

4. Das Strafprozessrecht

Noch in der Carolina wird der Akkusationsprozess als *processus ordinarius* tituliert, während der Inquisitionsprozess als *processus extraordinarius* gilt¹⁹². In der Praxis dürfte sich aber der Inquisitionsprozess rasch durchgesetzt haben¹⁹³.

Der Begriff der **Inquisition**¹⁹⁴ muss vorab aber problematisiert werden. Es gibt mindestens drei Inquisitionsbegriffe: Hier soll die Rede von einem zeitlich verankerten historischen Phänomen sein, im Laufe der späteren Entwicklung, insb. im Rahmen der bürgerlichen Revolution und der Ablösung des Inquisitionsprozesses durch den «reformierten Parteienprozess»¹⁹⁵ wurde der Inquisitionsbegriff als Kampfterminus verwendet¹⁹⁶. Abermals in kritischer Absicht – vor allem gegen die Erfahrungen mit autoritären Regimen im 20. Jahrhundert (zumal des NS-Regimes) – wurde dieser kritische Begriff vom bekannten Rechtshistoriker Eberhard Schmidt benutzt¹⁹⁷. Heute wird er viel neutraler verwendet. Der dritte Begriff, «das Inquisitionsprinzip», dient der Abgrenzung zum angelsächsischen «akkusatorischen Prozess», mit parteilicher Beweispräsentation¹⁹⁸.

a) Der Inquisitionsprozess

Der historische Inquisitionsprozess steht zunächst für drei Grundprinzipien:

- die staatliche Verantwortungsübernahme für die Justiz (Justizgewährleistungspflicht, Art. 6 CCC),
- die staatliche Verantwortung für die Findung der materiellen Wahrheit (Art. 8 CCC), sowie
- ein neues Beweisrecht (Art. 19 ff. CCC).

Mit der Verrohung der Sicherheitslage wurden die Landesfürsten (bzw. die Stadt- oder Talschaftsverantwortlichen) herausgefordert, die **Verantwortung für die öffentliche Sicherheit** zu übernehmen. Der Inquisitionsprozess wird nicht mehr alleine auf der Grundlage einer Klage eingeleitet, die Denunziation einer Person, die vor dem Beschuldigten unter Umständen geheim gehalten wird, reicht völlig. Die Rolle des Klägers übernimmt ein öffentlicher Ankläger (der Fiskal oder Schultheiss¹⁹⁹).

Der **Wahrheitsbegriff** des alten germanischen Anklageprozesses ist aus heutiger Sicht nur schwer verständlich (vgl. den Reinigungseid oder den Gottesbeweis). Der Inquisitionsprozess brachte einen wesentlich rationaleren Ansatz, auch wenn die schlichte Gleichsetzung von Schein und Sein (die sog. «Korrespondenztheorie der Wahrheit»)

¹⁹² Art. 6 ff. und 11 ff. CCC; Ignor 2002, 41 ff.; Rüping/Jerouschek 2011, 14 f.

¹⁹³ Schmidt 1983, 198 ff.

¹⁹⁴ Pahud de Mortanges 2017, 140 ff.

¹⁹⁵ S.u. S. 70.

¹⁹⁶ Vgl. bereits Mittermaier 1827, 110.

¹⁹⁷ Schmidt 1983, 327 ff.

¹⁹⁸ Pieth 2016a, 28 f.

¹⁹⁹ Rüping/Jerouschek 2011, 45.

aus heutiger Perspektive noch immer sehr schlicht erscheinen mag (die sog. *adaequatio rei et intellectus*²⁰⁰).

Im Zentrum des neuen Verfahrens stand somit das revidierte **Beweisrecht**²⁰¹: Bewiesen wurde mit Haupt- oder Hilfstatsachen (beide werden in Art. 19 CCC «anzeigen» genannt). Vollen Beweis erbrachten zwei vollwertige Wissenszeugen²⁰² oder ein Geständnis. Das Geständnis galt geradezu als die Wahrheit (*confessio pro veritate habetur*). Frauen und Kinder konnten Teilbeweise erbringen. Die Folter galt zur Erlangung des Geständnisses (*confessio regina probationum est*²⁰³) als unverzichtbar²⁰⁴. Allerdings verlangte das System der CCC, wenn korrekt verfahren wurde, ein besonderes «Folterinterlokut», in dem geprüft wurde, ob die vorhandenen Indizien ausreichten. Art. 20 CCC sprach davon, dass «*on redliche anzeigung niemant soll peinlich gefragt werden*». Illustrativ ist das Gutachten der Basler Juristischen Fakultät aus dem Jahre 1650:

Der Lothringische Rat ersuchte Basel (im «Rechtshilfeverfahren») darum, einen Basler Bürger der Folter zu unterwerfen, «weil eine in Lothringen (illegal) gefolterte Komplizin ausgesagt hatte, er habe geholfen, in Lothringen ein Einhorn zu entwenden. Die Juristische Fakultät stellte nicht etwa die Frage, ob es denn Einhörner überhaupt gäbe, vielmehr wurde ausführlich, unter Bezugnahme auf Benedikt Carpzov, hin und her erwogen: Die Folter sei zwar nötig, aber gefährlich und müsse mit grosser Zurückhaltung und Vorsicht angeordnet werden. Die Professores gingen sogar so weit zu sagen, es sei besser «*dass ein Schuldiger von der tortur loss gesagt werde, als dass ein Unschuldiger durch die tortur also misshandelt werde*».²⁰⁵

Der Beschuldigte verfügte im Verfahren nach CCC durchaus auch über Verteidigungsrechte. Er konnte einen Beistand beiziehen. Nicht von ungefähr sagt Benedikt Carpzov in seinem Kommentar zur Carolina von 1635, dass die *defensio* ein *Naturrecht* darstelle, das man *nicht einmal dem Teufel* versagen dürfe²⁰⁶.

Der Prozess begann typischerweise mit der Anzeige eines Denunzianten an den Fiskal. Falls die *inquisitio generalis* bestätigte, dass ein Delikt vorlag und falls sie Hinweise auf die Täterschaft einer bestimmten Person ergab, begann die *inquisitio specialis*²⁰⁷. Damit peinlich befragt (gefoltert) werden durfte, bedurfte es (es sei denn bei *crimina excepta*) des erwähnten Folterinterlokuts. Vielfach war dazu bereits das Gutachten eines juristisch gebildeten Beamten oder einer Universität nötig. Gestand die beschuldigte Person unter Folter, musste das Geständnis ohne Folter wiederholt werden. Verweigerte der Beschuldigte die Wiederholung, durfte aber erneut gefoltert werden²⁰⁸. Zwischen der Untersuchungs- und Entscheidungsinstanz bestand im Übrigen Perso-

200 Hassemer 1990, 131; Pieth 1984, 5.

201 Ignor 2002, 62 ff.

202 Art. 69 CCC.

203 Heusler 1922, 10 ff.; Rüping/Jerouschek 2011, 45.

204 Die Folter wurde ab 1250 systematisch praktiziert: Wesel 2010, 282 ff., 284, 347 ff.

205 Pieth 2016a, 26 u.V.a. Suter 1990, 87.

206 Vgl. Ignor 2002, 115 ff.; Rüping/Jerouschek 2011, 50.

207 Ignor 2002, 94 f., 131; Senn 2007, 216 f.

208 Senn 2007, 217 f.; Rüping/Jerouschek 2011, 45 (zu Art. 57 CCC); zu dieser Praxis vgl. bereits den Jeanne d'Arc Prozess von Rouen 1431, dazu Wesel 2010, 246.

nalunion²⁰⁹. Das Urteil wurde aber rechtlich vielfach durch ein Gutachten im Aktenversendungsverfahren vorbereitet²¹⁰. Abschliessend fand eine «öffentliche Gerichtsverhandlung», der *endliche Rechtstag* statt, an dem das Urteil verlesen und gleich vollstreckt wurde²¹¹. Gelang es dem Inquisiten nicht, sich vollständig von Schuld zu befreien, riskierte er – bei Fortbestehen des Verdachtes – die *absolutio ab instantia*²¹², eine Art Einstellung, die aber jederzeit zur Wiederaufnahme des Verfahrens führen konnte, oder eine *poena extraordinaria* (eine Verdachtsstrafe, d.h. z.B. anstelle der Todesstrafe lebenslänglichen Kerker)²¹³.

b) Die Strafen

Die Carolina markiert den Übergang zum peinlichen Strafrecht. Die frühe Neuzeit steht für ein äusserst brutales Strafrecht, in dem sich die ganze Gewalt der sinnfälligen und spiegelnden Strafen entlädt. Verschiedene Formen der qualifizierten Todesstrafe (Feuer, Rad etc.) standen zur Verfügung²¹⁴. Leibesstrafen sahen Abhacken von Gliedmassen und dergleichen vor²¹⁵. Daneben bestand ein breites Spektrum von Ehrenstrafen: sog. Schellenwerke, Kettenstrafen und das Stockhaus²¹⁶. Die Blutrünstigkeit der Strafen wird mit einer von der akuten Wirtschaftskrise des Spätmittelalters ausgelösten Welle der Kriminalität erklärt²¹⁷: An den wenigen Delinquenten, die erwischt wurden, sollte ein Exempel statuiert werden.

209 Schmidt 1983, 99 f.

210 Senn/Gschwend/Pahud de Mortanges 2012, 63; Suter 1990.

211 Pieth 2016a, 25; Rüping/Jerouschek 2011, 43, 47.

212 Gschwend 2006, 172.

213 Gschwend 2006, 169; Pieth 2016a, 28; Wesel 2010, 352.

214 Rüping/Jerouschek 2011, 42; Wesel 2010, 352.

215 Pahud de Mortanges 2017, 145.

216 Carlen 1988, 39 ff., 77 ff.; Pahud de Mortanges 2017, 147.

217 Wesel 2010, 281.

1. Die allgemeine politische und wirtschaftliche Lage

a) Technologische Revolution

Nach den frühen industriellen Entwicklungsschüben in der Renaissance, im England nach 1750 und um 1900 herum steht die Gegenwart vor allem für die «**informatische Revolution**»⁸⁰². Von «Revolution» zu sprechen ist deshalb berechtigt, weil die neuen informatischen Möglichkeiten das gesamte Leben erfasst haben. Man kann per Computer Güter erwerben, in Beziehung treten, ja, das Leben insgesamt virtuell abbilden. Man ist ein Stück weit auch den neuen Medien ausgeliefert: Sie haben ein unbeschränktes Gedächtnis. Sie offerieren allerdings auch Gelegenheiten zu kriminellen Aktivitäten, sei es die Begehung klassischer Delikte mit Hilfe des Computers (z.B. «Computerbetrug»⁸⁰³) oder das unberechtigte Eindringen in fremde Datensysteme oder die heimliche akustische oder virtuelle Überwachung⁸⁰⁴. Auch für Stalking, für den Handel und Konsum von Kinderpornografie oder «Brutalos» werden Computer typischerweise verwendet⁸⁰⁵. Die neuen Möglichkeiten erweitern auch das Arsenal der Strafverfolgungsbehörden und werfen eine Reihe heikler strafprozessualer Fragen, insb. im Bereiche der Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen (z.B. Trojanern und ähnlicher informatischer Hilfsmittel) und der entsprechenden Verwertungsprobleme auf⁸⁰⁶.

b) Die Beschleunigung der Globalisierung

Mit der Öffnung des Ostens schien man sich zunächst einig, dass sich der Kapitalismus durchgesetzt hatte. Es folgte eine Phase der **Privatisierung** (zumal im Osten, zum Teil unter dubiosen Vorzeichen⁸⁰⁷). Parallel dazu wurde, nicht nur im Osten, sondern auch im Süden systematisch **dereguliert**. Liberale Wirtschaftstheoretiker erfreuten sich erneut grosser Beliebtheit (man erinnerte sich etwa an David Ricardo [1772–1823]). Mit den Administrationen Reagan in den USA und Thatcher in Grossbritannien setzte die aktuelle Politik auf «Neo-Liberalismus». Inzwischen wurde ca.

802 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 296 ff., 310 ff.

803 Pieth 2016b, 128 ff.

804 Pieth 2018, 123 ff.

805 Pieth 2018, 53 ff., 57, 93.

806 S.u. S. 141 f.; sowie Pieth 2016a, 165 f.

807 Vgl. etwa den tschechischen MUS-Fall, BStGer, 10.10.2013, SK.2011.24; NZZonline vom 10.10.2013, Geldwäscherei «in astronomischer Höhe».

ein Drittel der Güterproduktion der Welt exportiert⁸⁰⁸. Einzelne multinationale Unternehmen setzten gar 70% ihrer Produkte weltweit ab. Allerdings gelang es nur unvollkommen, den **Freihandel** weltweit umzusetzen. Zwar entwickelte sich das GATT zur WTO⁸⁰⁹, allerdings kamen die Verhandlungen – zumal über den freien Zugang des Südens zu den Märkten des Nordens – nicht vom Fleck (in der sog. Doha-Runde⁸¹⁰).

Verschiedene Spannungen und Krisen liessen Zweifel am rein marktwirtschaftlichen Modell aufkommen: Nach 1990 brachen diverse Staaten im Süden auseinander, es kam zu blutigen Bürgerkriegen und **schwersten Menschenrechtsverletzungen** (insb. in Afrika: Kenia, Ost-Kongo, Ruanda und Sudan⁸¹¹; im Nahen Osten und in Zentralasien: insb. Afghanistan, Irak, Palästina und Syrien⁸¹²; in Südostasien: Timor-Leste, Kambodscha und Myanmar⁸¹³). In Europa zerbrach Jugoslawien in seine ethnischen Einzelteile⁸¹⁴. Serbien, das an der alten Planwirtschaft festhalten wollte, suchte den Konflikt mit Kroatien, das sich der Marktwirtschaft zuwandte. Rasch nahm der Konflikt eine nationalistische Dimension an, die zu Zeiten Titos noch unterdrückt blieb. Auch in Ex-Jugoslawien kam es zu schwersten Menschenrechtsverletzungen (vor allem das Massaker von Srebrenica⁸¹⁵). Bei diesen Bürgerkriegen ging es nur zum Teil um ethnische oder religiöse Auseinandersetzungen. Zumal in Afrika stand auch der Zugang zu essentiellen Rohstoffen und den entsprechenden finanziellen Mitteln im Zentrum (in Nordkivu im Ost-Kongo ging es vor allen Dingen um die Gewinnung von Coltan und andere «seltene Erden»).

Spannungen ergaben sich aber auch im **Norden**, zumal wegen der Verlagerung von Arbeitsplätzen in Billiglohnländer (nach Osteuropa, etwa nach Polen, aber auch nach Ostasien und Lateinamerika), aber auch wegen der andauernden Wirtschaftskrise ab 2008⁸¹⁶ und wegen der immer intensiver werdenden Migrationsbewegung aus Krisenregionen nach Europa. Insgesamt hat sich die Lohnschere weltweit wieder geöffnet. Die Unterschiede zwischen arm und reich zwischen Süden und Norden, aber auch innerhalb des Südens und des Nordens sind grösser geworden, die Chancenungleichheit zwischen Arbeit und Kapital ist manifester geworden⁸¹⁷.

Die Spannungen haben sich auch im Norden **Ventile** gesucht. Nachdem es bereits in den 1970er Jahren (die «Grenzen des Wachstums» des «Club of Rome») und den 1980er Jahren (Ablehnung des *Multilateral Agreement on Investment* [MAI] der OECD) zu globalisierungskritischen Bewegungen gekommen war, setzten nun, um 2000, erneut heftige Demonstrationen gegen Repräsentanten «des Kapitals» ein (Demonstrationen gegen die Gipfeltreffen der G7/G8, gegen das World Economic Forum

808 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 434.

809 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 231, 239, 434 f.; Duden 2011, 464.

810 Dazu: http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm [7.11.2019].

811 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 368 ff., 474 f.

812 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 469 ff., 478 f.; Duden 2011, 467 ff.; Wesel 2010, 649.

813 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 424 ff.

814 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 467 ff.; Wesel 2010, 648 f., 654.

815 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 437 f., 467 ff.; Simms 2014, 499 ff.

816 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 439.

817 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 440 ff.

[WEF], die Ausschreitungen in den *Banlieue* von Paris, der Aufstand in London und auch die *Occupy Wall Street*- oder die *Occupy Paradeplatz*-Bewegung⁸¹⁸). Zugleich haben die allgemeinen Verlustängste in der europäischen Bevölkerung zu einem erneuten Erstarken rechtsgerichteter Parteien (vgl. in Frankreich den *Front National*; in Grossbritannien die *British National Party*; in den Niederlanden die *Partij voor de Vrijheid*; in Österreich die FPÖ und die BZÖ; in Ungarn die *Jobbik*; in der Schweiz die SVP) und rechtsextremer Gruppierungen (in Deutschland die *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* und die AfD) geführt.

Parallel zu der sich verschärfenden wirtschaftlichen Lage im Norden und gewissen Teilen des Südens haben andere Staaten, die sog. «**Tigerstaaten**»⁸¹⁹ des Fernen Ostens und vor allem die **BRICS-Staaten**⁸²⁰ wirtschaftlich Boden gutgemacht. Auch wenn Staaten wie Indien oder Brasilien nach wie vor zugleich Entwicklungsstaaten und Staaten «im Aufbruch» sind, verzeichnen sie gegenwärtig hohe wirtschaftliche Zuwachsraten. Das herausragendste Wirtschaftswunder aber hat China erlebt, das mittlerweile zur zweitgrössten Wirtschaftsmacht der Welt angewachsen ist⁸²¹.

Zur Unterstützung derjenigen Teile der Dritten Welt, die bisher vom wirtschaftlichen Aufschwung nicht profitieren konnten, ist ein elaborates System multilateraler⁸²² und bilateraler **Entwicklungszusammenarbeit** aufgebaut worden⁸²³. Trotz erheblicher Anstrengungen steht die Entwicklungszusammenarbeit allerdings nicht ausser Anfechtung. Sie wird einerseits von «rechts» kritisiert, weil sie Steuergelder beansprucht. Von «links» und aus dem Süden wird sie deswegen kritisiert, weil sie zum Teil politisch motiviert sei, insb. den wirtschaftlichen und politischen Interessen des Nordens diene und besser durch echten Freihandel auch für den Süden ersetzt würde⁸²⁴.

Auch im Norden wurde angesichts der Krise der 2010er Jahre **Finanzhilfe** der Europäischen Zentralbank (EZB) und des Internationalen Währungsfonds (IWF) notwendig (vgl. insb. für Griechenland, Irland, Island, Portugal und Spanien⁸²⁵). Auf nationaler Ebene mussten diverse Banken gerettet werden.

Sowohl im Norden wie im Süden hat ab 2000 sodann eine **Re-Regulierungswelle** eingesetzt, mit der wirtschaftliche Abläufe nun wieder an rechtliche Regeln gebunden und beaufsichtigt werden sollen. In diesem Kontext wird auch das Strafrecht bemüht. Diverse Auseinandersetzungen zwischen dem Norden und dem Süden hatten Auswirkungen auf das Leben im Norden. Insb. haben sich die gewaltsamen Auseinandersetzungen in Palästina, im Irak und in Afghanistan noch verschärft und auch zu **terroristischen Angriffen** auf Ziele im Norden (zumal den Angriff auf die «Twin Towers» vom

818 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 439.

819 Neben den grossen Wirtschaftsnationen Südostasiens auch Südkorea und Taiwan; Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 414.

820 Brasilien, China, Indien, Russland und Südafrika; dazu Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 462.

821 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 463.

822 Ausgehend von sog. Entwicklungsbanken (*Multilateral Development Banks*), namentlich die Weltbank und die regionalen Entwicklungsbanken.

823 Für Deutschland die Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ); für die Schweiz die Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit (DEZA).

824 Moyo 2009; Bueno de Mesquita/Smith 2011, 161 ff.

825 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 438 f.

11. September 2001) geführt⁸²⁶. Solche Angriffe haben es geschafft, den gesamten Alltag auch im Norden zu beeinflussen (am deutlichsten spürbar an den Sicherheitsvorkehrungen beim Fliegen, aber auch den Vorschriften im Finanzsektor etc.). Ebenfalls ausgehend vom arabischen Raum hat sich allerdings eine weitere Entwicklung abgezeichnet: Der «arabische Frühling»⁸²⁷ hat eine Reihe despotischer Regime im arabischen Raum hinweggefegt. An einzelnen Orten sind sie allerdings durch nicht minder autokratische Herrscher ersetzt worden (Ägypten) oder die Auseinandersetzungen haben zu einer Pattsituation in einem gewalttätigen Bürgerkrieg geführt (Syrien und Libyen). Viele dieser Entwicklungen beeinflussen auch unsere gegenwärtige (Rechts-)Lage.

c) Die aktuelle Entwicklung in der Schweiz

Was in der Periode zwischen 1945 und 1990 als ein grosser Vorteil erschien, die weltpolitische Neutralität gekoppelt mit einer hohen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (insb. der Exportwirtschaft), liess die Schweiz in den letzten 15–20 Jahren unter Druck geraten. Insgesamt hatte sich die Bedeutung der Industrienationen zu Gunsten der Schwellenländer verschoben. Die Schweiz wurde wirtschaftlich mehr und mehr in eine «Spezialistenecke» gedrängt, als Finanzplatz und – eng damit verbunden – als einer der bedeutendsten Rohstoffhandelsplätze der Welt⁸²⁸. Demgegenüber ist sie im Pharmabereich und in der Maschinenbranche zwar nach wie vor ein relevanter Player, aber einer neben anderen.

Die Leichtigkeit, mit der Arbeitsplätze wegrationalisiert oder verlagert werden, aber auch die Intensivierung der Immigration hat in der Schweiz wie andernorts zu erheblichen Ängsten in der Bevölkerung geführt und einen politischen Rechtsruck begünstigt. Einen weiteren Dämpfer versetzte dem kollektiven ökonomischen Selbstbewusstsein der Schweizer das «Swissair»-Grounding am 2. Oktober 2001 und der anschliessende Konkurs der nationalen Fluggesellschaft⁸²⁹. Zugleich rächte sich die Kurzsichtigkeit der offiziellen Politik angesichts erheblicher Risikofelder. Die Schweiz hatte auch in der Nachkriegszeit ihr Territorium immer wieder dubiosen Akteuren zur Verfügung gestellt (man denke an den Handel mit Raubkunst⁸³⁰, die Haltung der Banken angesichts von nachrichtenlosen Vermögen⁸³¹, Embargoverletzungen im Falle

826 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 469 ff., 478 f.; Simms 2014, 511 ff.

827 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 476 ff.; Hottinger 2013.

828 Grundlagenbericht Rohstoffe, Bericht der interdepartementalen Plattform Rohstoffe an den Bundesrat vom 27.3.2013; Berichterstattung zum Stand der Umsetzung der Empfehlungen vom 26.3.2014; 2. Berichterstattung zum Stand der Umsetzung der Empfehlungen vom 19.8.2015; 3. Berichterstattung zum Stand der Umsetzung der Empfehlungen vom 2.12.2016; Rohstoffsektor Schweiz: Standortbestimmung und Perspektiven, Bericht des Bundesrates vom 30.11.2018.

829 Boesch/Schlöpfer/Utz 2017, 459; Kreis, in: Kreis 2014, 593 f.

830 Dazu das Abkommen von Washington, abgeschlossen durch Briefwechsel vom 25.5.1946, i.Kr. seit 27.6.1946 (SR 0.982.1).

831 Dazu die Arbeit des Independent Committee of Eminent Persons (ICEP) oder Volcker-Komitee, Bericht vom 6.12.1999 des ICEP über die nachrichtenlosen Konten von Opfern des Nationalsozialismus bei den Schweizer Banken (Bericht ICEP).

von Südafrika⁸³², Waffenexporte in Krisengebiete⁸³³, Drogen-Geldwäsche⁸³⁴, Insiderhandel⁸³⁵, die Annahme von Potentatengeldern⁸³⁶, organisierte Steuerhinterziehung, unterregulierte Sportdachverbände⁸³⁷ und eben den nicht regulierten Rohstoffhandel⁸³⁸). Immer wieder hat sich die Schweiz durch ihre Regulierungsabstinenz politisch so sehr exponiert, dass sie zum Schluss durch Druck von aussen zur Regulierung resp. zur Kooperation gezwungen werden musste⁸³⁹. Das vorläufig letzte Beispiel ist die Rücknahme des Schweizer Bankgeheimnisses⁸⁴⁰, verbunden mit staatlichen «Retungsaktionen» zu Gunsten der Grossbanken.

2. Gesellschaftstheoretische Auseinandersetzung

a) Sicherheit versus Freiheit

Ein klassisches Thema, das uns seit den Anfängen des Naturrechts (vgl. Hobbes versus Spinoza) und dann während der gesamten Aufklärung beschäftigt hatte, wird erneut aktuell. Sind die Risiken des modernen Lebens (z.B. seit 9/11) so akut, dass wir nur mehr die Wahl zwischen Sicherheit **oder** Freiheit haben? Die klassische Freiheitsdebatte der Aufklärung beschäftigte sich vor allem mit den Grundrechten als Abwehrrechte gegen einen übermächtigen und übergriffigen Staat (den absolutistischen Souverän)⁸⁴¹. Später kam das Element der Drittwirkung der Grundrechte⁸⁴² vor allem gegen die neuen Machthaber, die Unternehmer⁸⁴³, hinzu. Es entsprach nicht dem klassischen Modell des «Gesellschaftsvertrags», dass man so viel seines individuellen Freiheitsspielraums opfern musste, dass nur noch das Interesse an Sicherheit befriedigt werden konnte. Der Satz von der Freiheit, die man «zu Tode» schützen könne, ist durchaus nachvollziehbar⁸⁴⁴: Sicherheit können wir gar nicht maximieren, ohne andere Güter erheblich zu gefährden⁸⁴⁵. Dazu der Philosoph Peter Sloterdijk im Interview mit der Zeit:

832 Boesch/Schläpfer/Utz 2017, 382 mit Rechtfertigungsversuch von Jean-Pierre Bonny.

833 Vgl. die Bundesgerichtsentscheide in Sachen Bührle (BGE 96 IV 156) und von Roll (BGE 122 IV 103).

834 Bernasconi 1988, 1 ff.

835 Pieth 2016b, 118 ff.

836 Pieth 2016b, 94 ff.

837 Pieth 2014c.

838 Krit. Erklärung von Bern, Rohstoff – Das gefährlichste Geschäft der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2012.

839 Zu den *leges americanae* etwa Pieth 2018, 321.

840 Die Schweiz hat sich verpflichtet, dem OECD Musterabkommen, Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD Committee in Fiscal Affairs, vom 17.7.2008, beizutreten; Botschaft zum Erlass eines Steueramtshilfegesetzes vom 6.7.2011 (BBl 2011 6193); dazu Pieth 2016b, 245 ff.

841 Naucke 2012, 8.

842 Spießhofer 2014, 2475.

843 Naucke 2012, 83.

844 P.A. Albrecht 2006.

845 Pieth 2003b, 17.

«Das ist eine der bösen Seiten der letzten Jahre: Wir haben die Nonsensformulierung «Krieg gegen den Terrorismus» mehr oder weniger willenslos geschluckt. Die Menschen sind umdesertiert worden, ohne dass sie es gemerkt haben. Aus Bürgern sind Sicherheitsuntertanen geworden. Wir leben jetzt in einer sekuritären Gesellschaft, kein Mensch interessiert sich mehr für Freiheitsthemen, alles wird der Sicherheit untergeordnet. Wer heute gegen den Vorrang der Sicherheit argumentiert, wird als Feind der Menschheit wahrgenommen. Und es ist erstaunlich, wie wenig das beklagt wird: Die Freiheit ist eindeutig das Opfer dieses Jahrzehnts.»⁸⁴⁶.

Ein demokratischer Rechtsstaat muss mit einem gewissen Risiko leben können. Daher ist eine der heikelsten gesellschaftstheoretischen Auseinandersetzungen, von der sich das Straf- und Strafprozessrecht Antworten auf konkrete Fragen erhofft, die Bestimmung des vertretbaren Masses an Freiheitsbeschränkungen und der Verfahren zum Schutze der Freiheit vor einem klassischerweise überbordenden Sicherheitsdenken⁸⁴⁷.

b) «Kommunitarismus»?

Der Neo-Liberalismus der 1980er Jahre griff auf traditionelle Egoismustheorien (John Stuart Mill oder David Hume⁸⁴⁸) zurück. Mit Milton Friedman fand er einen aktuellen theoretischen Exponenten⁸⁴⁹. Nach 1990 besann man sich allerdings erneut auf das **Gemeinwohl**; in der Wirtschaft auf die *stakeholder*-Interessen neben dem reinen *shareholder-value*. Auf verschiedenen Ebenen wurde das Kollektiv betont: Der wirtschaftliche Liberalismus hatte vor allem im Süden grossen Schaden angerichtet. Die multinationalen Unternehmen waren so sehr in Verruf geraten⁸⁵⁰ und der – von der Weltbank und anderen Entwicklungshilfeorganisationen mitgetragene – Druck zur Deregulierung hatte zur weiteren Schwächung der noch fragilen Staaten im Süden geführt, dass eine Re-Regulierung unabdingbar erschien. Für die Unternehmen des Nordens ermöglichte die Politik der Deregulierung Selbstbedienung bei den Rohstoffen des Südens, ohne sich allzu sehr um Umwelt- oder Arbeitsbedingungen kümmern zu müssen⁸⁵¹.

In der nun folgenden Re-Regulierungsphase wurden zunächst internationale Modelltexte für multinationale **Unternehmen** geschaffen⁸⁵², sodann gewann der UN Global Compact tausende von Unternehmen, die willens waren, ein ethisches Gelübde abzugeben. Auf der Ebene der einzelnen Unternehmen wurde die sog. *Corporate Social Responsibility* (CSR) immer wichtiger. Das Unternehmen wollte sich nicht

⁸⁴⁶ Sloterdijk, in: Die Freiheit ist das Opfer, Die Zeit vom 11.12.2008; vgl. auch Zerbes 2010, 376.

⁸⁴⁷ Pieth 2003b, 24 f.

⁸⁴⁸ Mill, J.St., On Liberty, Stuttgart 1859/2009; Hume, D., A Treatise of Human Nature, Book III: of Morals, The Philosophical Works, vol. 2, London 1740/1886.

⁸⁴⁹ Friedman, M., Capitalism and Freedom, Chicago 1962.

⁸⁵⁰ Z.B. Levinson 1974.

⁸⁵¹ Krit. Beck 1998; Beck (Hrsg.) 1998; Hirst/Thompson 1996; vgl. auch Pieth 2019, 105 ff.

⁸⁵² So etwa die OECD Guidelines for Multinational Enterprises (erstmalig verabschiedet 1976, revidiert 2011); neuerdings auch die UN Guiding Principles on Business and Human Rights, New York/Genf 2011.

X. Neues Vertrauen in die Institutionen?

In der Nachkriegszeit durchlebte die **Schweiz** eine Phase relativ stabilen Vertrauens in die Justiz und die Polizei. Die Gesellschaft glaubte auch bei der grossen Mehrheit der Straftäter Risiken eingehen zu können, die ein Resozialisierungsmodell zuliesse¹⁰⁵⁷. Wesentlich war dabei wohl die relative Homogenität der Gesellschaft, die traditionellerweise von unten nach oben organisiert war: Die Bürger waren zuallererst in der Gemeinde und dann im Kanton verankert und entwickelten so ein Zugehörigkeitsgefühl zu der sie unmittelbar umgebenden Gemeinschaft.

Wesentlich dazu beigetragen hat in der Vergangenheit wohl auch die Volksnähe der Richter und Staatsanwälte: Traditionellerweise wurden die Richter – jedenfalls erster Instanz – in der Schweiz vom Volk gewählt¹⁰⁵⁸, die höheren Richter vom Parlament. Im Übrigen können nach wie vor juristische Laien Richter werden¹⁰⁵⁹.

Gegen Ende des 20. Jahrhunderts musste man sich darüber Rechenschaft ablegen, dass das Leben komplexer geworden ist, dass man stärker international vernetzt und abhängig geworden ist und dass auch die Schweiz nunmehr ein Immigrationsland ist.

Der aktuelle punitive Populismus¹⁰⁶⁰ lässt sich mit der Entwicklung in anderen Staaten durchaus vergleichen. Eine zunehmende Furcht vor Verbrechen, die wesentlich medial angeheizt wird¹⁰⁶¹, lässt den Ruf nach noch schärferer Abschreckung erklingen. Dabei wird vielfach die Frage nach den Gründen des eigenen rechtskonformen Verhaltens ausgeblendet: Neben reiner Abschreckung gibt es durchaus andere Gründe, weshalb die Mehrheit der Bevölkerung sich – entgegen unmittelbarer Eigeninteressen – an das Recht hält. Regulierungsspezialisten bezeichnen das Phänomen als «*governance-at-a-distance*»¹⁰⁶². Sicherheit – und noch mehr das Sicherheitsgefühl – hängen vermutlich weit stärker vom Lebensstandard, von der Homogenität und Integrationsfähigkeit einer Gesellschaft und von der Offenheit der Gemeinschaft, ökonomische, politische und kulturelle Partizipation zu ermöglichen ab, als von blosser Polizeipräsenz und scharfen Strafdrohungen¹⁰⁶³. Vielfach führt der Populismus aber zu Feldzügen gegen die ein oder andere Kriminalitätsform (*war on drugs, war on corruption, war on terror* oder Kampf den Hooligans etc.). Oftmals werden die Feldzüge mit grossem politischem Brimborium angekündigt und verlaufen aber im Sande.

1057 Schultz 1988, 198; ders. 1987, 894; dazu Pieth 2001a, 260 f.; dazu oben S. 111 f.

1058 Pieth 2016a, 75 f.

1059 Vgl. Art. 5 BGG.

1060 Maffei/Markopoulou 2013, 53 f., 135 ff.

1061 Maffei/Markopoulou 2013, 149 ff.

1062 Black 2001, 103 ff.

1063 Pieth 2003b, 16.

Sie führen typischerweise zur Marginalisierung ganzer Gruppen, insb. von Immigranten, die ihrerseits das Vertrauen in die Institution nicht fassen mögen, zumal sie immer wieder negative Erfahrungen mit Polizei oder Justiz machen. Im Übrigen haben sie zum Teil entsprechende Erfahrungen mit den Institutionen ihres Heimatlandes mitgebracht. Die Gesellschaft bricht auseinander in eine Mehrheits- und diverse Minderheitskulturen und die Institutionen haben grosse Mühe, ihre Legitimität insgesamt zu bewahren¹⁰⁶⁴.

Die moderne Kriminologie hat begonnen, sich empirisch mit dem Thema *trust in justice* und den Gründen, weshalb Menschen sich freiwillig an das Recht halten, zu beschäftigen¹⁰⁶⁵. Den *instrumental strategies*, die für Abschreckung und Repression stehen, werden *normative strategies* entgegengestellt, die danach fragen, welche Strategien Vertrauen in Institutionen bilden, ihre Legitimität unterstützen sowie die Kooperation mit den Behörden stärken¹⁰⁶⁶.

Man wird wohl – unter Rückgriff auf die Prinzipien der Aufklärung und dem seither stattgefundenen sozialstaatlichen Ausbau – die abstrakten Konzepte von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in die Betrachtung einbeziehen müssen. Hinzu tritt aber auch die persönliche Erfahrung¹⁰⁶⁷ im Umgang mit den Behörden. Empirische Studien deuten darauf hin, dass eine Mischung von Effektivität (finden Opfer unmittelbares Gehör?) und Fairness im Umgang, auch mit Verdächtigen, wesentliche vertrauensbildende Faktoren sind¹⁰⁶⁸.

Was europaweit empirisch bestätigt wird¹⁰⁶⁹, könnte der Schweiz leichter fallen, da die kleinste Einheit, die Gemeinde, nach wie vor eine wichtige Rolle im Selbstverständnis der Bürger spielt. Entscheidend ist allerdings, ob es gelingt, in einer nun viel heterogeneren Gesellschaft die notwendige Integration zu leisten, damit auch die Zuwanderer das nötige Vertrauen in die Institutionen entwickeln können.

1064 Jackson et al. 2013, 172 ff.

1065 Maffei/Markopoulou 2013, Introduction, 50, 56 ff.

1066 Jackson et al. 2013, 61 ff., 149 ff., 187 ff.

1067 Jackson et al. 2013, 72.

1068 Jackson et al. 2013, 201.

1069 Maffei/Markopoulou 2013.

Das Studienbuch unterscheidet sich von weiteren deutschsprachigen Rechtsgeschichtswerken dadurch, dass es in jeder Phase Bezüge zur allgemeinen geschichtlichen Entwicklung, zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte und zur Geistesgeschichte herstellt. Darauf aufbauend wird jeweils das Menschenbild, das sich im Bild des Delinquenten widerspiegelt, erörtert. Dann werden materielles Strafrecht, Strafprozessrecht und Sanktionenrecht der jeweiligen Epoche in den jeweiligen Kontext gestellt. Ziel des Werkes ist das bessere Verständnis des aktuellen Rechts. Daher bemüht sich der Autor insbesondere auch um eine breite Darstellung der Zeitgeschichte. Das Buch deckt den gesamten deutschsprachigen Raum ab, enthält aber in jeder Phase Vertiefungen zum Schweizer Recht.

Der Autor

Prof. Dr. iur. Dr. h. c. Mark Pieth, Ordinarius für Strafrecht an der Universität Basel

