



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

**„Die historische und aktuelle Bedeutung des Geständnisses
im Zivil- und Strafprozess“**

Eine rechtsvergleichende Untersuchung

Verfasserin

Mag. iur. Martina Fasching

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

emer. o. Univ.-Prof. Dr. Peter Böhm †

Meinen Eltern
in Liebe und Dankbarkeit gewidmet!

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	IX
VORWORT	1
EINLEITUNG	3
I. DAS GESTÄNDNIS IM ANTIKEN GRIECHENLAND	5
1. Die Entwicklung des attischen Prozessrechts	5
2. Das Geständnis im Kontext der Verfahrensformen „ <i>apagoge, endeixis</i> und <i>ephegesis</i> “	8
3. Das Geständnis im Blutgerichtsverfahren	12
3.1. Das indirekte Geständnis durch Flucht vor dem Urteil	13
3.2. Die Wirkung des Geständnisses auf die Zuständigkeit der attischen Blutgerichtshöfe	14
4. Das Geständnis im Vorverfahren	18
4.1. Das ausdrückliche Geständnis	20
4.2. Die Ablehnung einer Proklesis	22
4.2.1. Die Ablehnung der <i>proklesis eis basanon</i>	22
4.2.2. Die Ablehnung der <i>proklesis eis horkon</i>	23
II. DAS GESTÄNDNIS IM ANTIKEN ROM	29
1. Das Geständnis im römischen Zivilverfahren	29
1.1. Die <i>confessio in iure</i> und die <i>interrogatio in iure</i> im Legisaktionen- und Formularverfahren	29
1.2. Die <i>confessio in iudicio</i> im klassischen und im justinianischen Zivilprozessrecht	33
2. Das Geständnis im öffentlichen Strafverfahren	37
2.1. Das Geständnis zu Beginn der staatlichen Strafgerichtsbarkeit	37
2.2. Das durch Folter erzwungene Geständnis	41
2.3. Das Geständnis im Rahmen der magistratischen Strafjustiz	44
2.3.1. Die Wirkung der <i>confessio</i> im Duumviralverfahren und vor den <i>tresviri capitales</i> in der Hauptstadt Rom	44

2.3.2. Die Wirkung der <i>confessio</i> vor dem Statthaltergericht in den Provinzen	47
2.4. Die Behandlung des <i>confessus</i> im ordentlichen Gerichtsverfahren	49
2.4.1. Im Komital- und Quästionenprozess der Republik	49
2.4.2. In den Gerichten der Kaiserzeit	55
 III. DAS GESTÄNDNIS IM MITTELALTER UND IN DER FRÜHEN NEUZEIT	 58
1. Das Geständnis im altdeutschen Prozessrecht	58
1.1. Das Geständnis in den germanischen Stammesrechten des frühen Mittelalters	60
1.2. Das Geständnis in den Stadtbüchern und Rechtsaufzeichnungen des Hochmittelalters	65
2. Das Geständnis im ausgehenden Spätmittelalter	67
2.1. Das Geständnis im strafrechtlichen Inquisitionsprozess	67
2.1.1. Die Rolle des Schuldbekenntnisses in den Halsgerichtsordnungen einschließlich der <i>Constitutio Criminalis Carolina</i>	68
2.1.2. Seine Bedeutung im gemeinen Inquisitionsprozess	71
2.2. Das Geständnis im gemeinen Zivilprozess	74
2.2.1. Der Streit um die rechtliche Natur des Geständnisses	76
2.2.1.1. Die Dispositionstheorie in der Version des Verzichtswillens	78
2.2.1.2. Die Dispositionstheorie in der Version des Feststellungswillens	79
2.2.2. Das qualifizierte Geständnis	80
 IV. DAS GESTÄNDNIS IN ÖSTERREICH	 82
1. Das Geständnis im Zivilverfahren	82
1.1. In der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1781 und in der Westgalizischen Gerichtsordnung von 1796	82
1.1.1. Das Geständnis als Beweismittel oder als Dispositionsakt?	84
1.1.2. Das stillschweigende Geständnis	90
1.1.3. Das außergerichtliche Geständnis	92

1.1.4. Das qualifizierte Geständnis	95
1.2. Im Bagatellverfahren von 1873	98
1.3. Im sozialen Zivilprozess von Franz Klein	99
1.3.1. Das Wesen und der Zweck des neuen Zivilprozesses	99
1.3.2. Die Verfechter der Bindungswirkung	101
1.3.2.1. Das Geständnis als Willenserklärung	101
1.3.2.2. Das Geständnis als Wissenserklärung	104
1.3.2.3. Die Rechtsprechung	106
1.3.3. Die Verfechter der freien Beweiswürdigung	108
2. Das Geständnis im Strafverfahren	114
2.1. Im inquisitorischen Strafprozess	114
2.1.1. In den Peinlichen Halsgerichtsordnungen einschließlich der <i>Constitutio Criminalis Theresiana</i> von 1768	114
2.1.2. In der Allgemeinen Kriminalgerichtsordnung von 1788	120
2.1.3. Im Strafgesetzbuch von 1803 und in der Strafprozessordnung von 1853	121
2.2. Im reformierten Strafprozess	125
2.2.1. Von der Strafprozessordnung 1850 zur Strafprozessordnung 1873	125
2.2.2. Das Geständnis als Beweismittel	128
2.2.2.1. Die Verwertung des im Vorverfahren abgelegten freiwilligen Geständnisses	130
2.2.2.2. Die Verwertung rechtswidrig erlangter Geständnisse	132
2.2.2.3. Die freie Würdigung des Geständnisses und der Umfang der Beweisaufnahme	144
2.2.3. Das Geständnis als verfahrensbeendendes Verständigungsmittel	148
V. DAS GESTÄNDNIS IN DEUTSCHLAND	155
1. Das Geständnis im Zivilverfahren	155
1.1. In der Civilprozeßordnung für das Königreich Württemberg von 1868 und im Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund von 1869	155

1.2. In der deutschen Zivilprozessordnung seit der Einführung der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht im Jahr 1933	160
2. Das Geständnis im Strafverfahren	167
2.1. In den partikularrechtlichen Verfahrensordnungen des 16. bis 19. Jahrhunderts	167
2.2. In der Reichsstrafprozessordnung von 1877- von ihrer ursprünglichen bis zur geltenden Fassung	173
VI. DAS GESTÄNDNIS IN DER SCHWEIZ	181
1. Das Geständnis im Zivilverfahren	181
1.1. In den kantonalen Zivilprozessordnungen	182
1.1.1. Das Geständnis als Willenserklärung	182
1.1.2. Das Geständnis als Wissenserklärung	184
1.2. In der Eidgenössischen Zivilprozessordnung	186
2. Das Geständnis im Strafverfahren	190
2.1. In den kantonalen Strafprozessordnungen	190
2.1.1. In den Kantonen mit dem Untersuchungsrichtermodell I	190
2.1.2. In den Kantonen mit dem Untersuchungsrichtermodell II	194
2.1.3. In den Kantonen mit dem Staatsanwaltsmodell I	200
2.1.4. In den Kantonen mit dem Staatsanwaltsmodell II	202
2.2. In der Eidgenössischen Strafprozessordnung	206
ZUSAMMENFASSUNG	209
LITERATURVERZEICHNIS	215
QUELLENVERZEICHNIS	277
RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT	279
ABSTRACT DEUTSCH/ENGLISCH	283
CURRICULUM VITAE	285

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946
Abs	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AdC	Archiv des Criminalrechts
aF	alte Fassung
AG	Aargau
AGO	Allgemeine Gerichtsordnung, JGS 1781/13
AI	Appenzell-Innerrhoden
AK-ZPO	Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung
aM	andere Meinung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AR	Appenzell-Außerrhoden
Art	Artikel
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, BGBl 1991/51
BE	Bern
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Sammlung von Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BL	Basel-Landschaft
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BS	Basel-Stadt
BUR	Besonderes Untersuchungsrichteramt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1930/1

BZPO	Bundeszivilprozessordnung
bzw	beziehungsweise
Cat	Sallusts Bericht über den Prozess gegen den Senator Catilina
CCB	Constitutio Criminalis Bambergensis
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CCTh	Constitutio Criminalis Theresiana
CFM	Codex Fridericiani Marchici
CIC	Code d'instruction criminelle
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CPT	Committee for the Prevention of Torture, Europäisches Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe
Dem	Rede des Demosthenes
dens	denselben
ders	derselbe
dies	dieselbe(n)
Dig	Digesten
Diss	Dissertation
Dipl	Diplomarbeit
dBGBI	deutsches Bundesgesetzblatt
dRGBI	deutsches Reichsgesetzblatt
dStPO	deutsche Strafprozessordnung
dZPO	deutsche Zivilprozessordnung
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, BGBl 1991/50
EGMR	Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 1958/210
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen

f	und der, die folgende
ff	und der, die folgenden
FN	Fußnote
FR	Freiburg
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GE	Genf
gem	gemäß
gF	geltende Fassung
GIU	Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k.k. obersten Gerichtshofes
GIUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. obersten Gerichtshofes – Neue Folge
GL	Glarus
GP	Gesetzgebungsperiode
GR	Graubünden
GS	Der Gerichtssaal, Zeitschrift für volksthümliches Recht
GSSt	Großer Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs
Habil	Habilitationsschrift
HGO	Halsgerichtsordnung
Hrsg	Herausgeber
IG	Inscriptiones Graecae
JBl	Juristische Blätter
JcPh	Jahrbücher für classische Philologie
JGS	Justizgesetzsammlung, Gesetze und Verordnungen im Justizfach (1780-1848)
JRP	Journal für Rechtspolitik
JSt	Journal für Strafrecht
JU	Jura
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Referendariat
JZ	Juristenzeitung
KH	Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichts- und

	Kassationshofes
kk	kaiserlich-königlich
KK-StPO	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
LGO	Landgerichtsordnung
lit	Buchstabe
LO	Landesordnung
LPC	Loi de procédure civile
LRO	Landrechtsordnung
LU	Luzern
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MK-ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
MRStW	Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft mit besonderer Rücksicht auf das österreichische Kaiserreich
mwN	mit weiteren Nachweisen
NA	Neues Archiv der Gesellschaft für Ältere Deutsche Geschichtskunde zur Beförderung einer Gesamtausgabe der Quellenschriften deutscher Geschichten des Mittelalters
n. Chr.	nach Christus
NE	Neuenburg
NJPhP	Neue Jahrbücher für Philologie und Pädagogik
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NS	Neue Serie
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport
NW	Nidwalden
NZ	Österreichische Notariatszeitung
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
öZPO	österreichische Zivilprozessordnung
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
ÖVS	Österreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und

	Staatswissenschaft
OW	Obwalden
PCPhS	Proceedings of the Cambridge Philological Society
PGO	Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.
RDG	Richterdienstgesetz, BGBl 1961/305
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RG	Reichsgesetz
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen
RLR	Ritsumeikan Law Review
Rsp	Rechtsprechung
RStPO	Reichsstrafprozessordnung 1877, dRGBI 1877, 253
RZ	Randzahl bzw Österreichische Richterzeitung
SG	Sankt Gallen
SH	Schaffhausen
sic	wirklich so
SO	Solothurn
SR	Systematische Rechtssammlung
SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten
SSV-NF	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Sozialrechtssachen – Neue Folge
StGB	Strafgesetzbuch
St-Modell	Staatsanwaltschaftsmodell
StPÄG	Strafprozessrechtsänderungsgesetz, BGBl 1993/526
StPO	Strafprozessordnung
StPO CH	Eidgenössische Schweizerische Strafprozessordnung
StPRG	Strafprozessreformgesetz, BGBl 2004/19
StR	Revisionen in Strafsachen (BGH)
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte bzw Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-) sachen

	bzw Schwyz
Tab	tabula, Tafel
TG	Thurgau
TI	Tessin
u	und
ua	und andere
UR	Uri
UR-Modell	Untersuchungsrichtermode
v. Chr.	vor Christus
VD	Waadt
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
Vol	Volume
VS	Wallis
VstG	Verwaltungsstrafgesetz, BGBl 1991/52
WGO	Westgalizischen Gerichtsordnung, JGS 1796/329
WK-StPO	Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung
WV	Wiederverlautbarung
zB	zum Beispiel
ZdCP	Zeitschrift für deutschen Civilprozess
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZG	Zug
ZH	Zürich
zit	zitiert
ZöRPG	Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPO CH	Eidgenössische Schweizerische Zivilprozessordnung
ZPÖRG	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Vorwort

Für das Gelingen meiner wissenschaftlichen Arbeit schulde ich neben meinen Eltern auch mehreren engagierten Professoren einen herzlichen Dank.

Besonders Herrn Prof. Dr. Böhm bin ich für seine freundliche und hilfreiche Unterstützung und Betreuung zu tiefstem Dank verpflichtet. Mit seiner ruhigen und liebenswürdigen Art hat er mich stets in meiner Arbeit bestärkt. Aufgrund seines unerwarteten und viel zu frühen Ablebens im Dezember 2012 kann ich ihm meinen aufrichtigen Dank leider nur mehr posthum aussprechen.

Mein besonderer Dank gilt auch Frau Prof. Dr. Bajons, die sich freundlicherweise bereit erklärte, anstelle von Herrn Prof. Dr. Böhm als drittes Kommissionsmitglied an der Verteidigung und Präsentation meiner Dissertation teilzunehmen.

Sehr dankbar bin ich aber auch Herrn Prof. Dr. h.c. Dr. Rechberger und Herrn Prof. Dr. Schütz für die fachkundige Beurteilung meiner Dissertation, ohne die der zeitnahe Abschluss meiner Arbeit nicht möglich gewesen wäre, sowie für ihre Teilnahme als Kommissionsmitglieder an der Defensio.

Einleitung

„*Confessio est regina probationum*“¹ – Das Geständnis ist die Königin der Beweismittel. Dieser lateinische Satz spiegelt die überlegene Bedeutung des Geständnisses wider, die diesem Rechtsinstitut in längst vergangener Zeit im Prozess zukam. Seine goldene Ära ist lange vorüber, doch welche Relevanz hat das Geständnis in den Gerichtsverfahren der heutigen Zeit?

Diese Untersuchung verfolgt das Ziel, die Rolle des Geständnisses in den einzelnen Entwicklungsstadien des Zivil- und Strafprozesses aufzuzeigen. Von der Antike bis zur Gegenwart wird ergründet, ob das Zugeständnis im Gerichtsverfahren bloß eine formelle Wahrheit bewirkte oder auf seine Richtigkeit überprüft wurde und damit der Aufklärung des wirklichen Sachverhalts diene. Die zentrale Forschungsfrage lautet demnach:

„War/Ist das Geständnis ein Instrument zur Wahrheitsfindung oder stellt(e) es lediglich ein Mittel dar, um den Prozess rasch zu einem Ende zu führen?“

Die zusammenfassende Betrachtung des Geständnisses beider Prozessarten ist sinnvoll und interessant, weil sein Stellenwert eng mit den obersten Prinzipien, die die jeweilige Prozessordnung beherrschen, verflochten ist. Die Verschiedenheit der Prozessgrundsätze, nämlich Offizial- und Untersuchungsprinzip im Strafprozess sowie Dispositions- und Verhandlungsmaxime im Zivilprozess, spiegelt sich in der unterschiedlichen Bewertung des zivil- und strafrechtlichen Geständnisses wider²:

„*Das civilrechtliche Geständniss enthält die Privatwillkür, das criminalrechtliche die höchste Wahrheit.*“³

Für eine umfassende Analyse über die Bedeutung des Geständnisses im Wandel der Zeit ist es daher notwendig, die verschiedenen Verfahrensordnungen im Kontext ihrer Zeit und im Lichte ihrer leitenden Verfahrensprinzipien genau zu durchleuchten und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Rechtsnatur und Wirkung des

¹ Dieser Grundsatz des Beweisrechts des Inquisitionsprozesses wird von LIEBS in seiner Sammlung lateinischer Rechtsregeln nachgewiesen; vgl. *dens*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter 42. Es handelt sich dabei vermutlich um kein Originalzitat; bei vielen Rechtsgelehrten (zB Carpzow) finden sich aber ähnliche Formulierungen; vgl. SCHILD in CORDES, Handwörterbuch 877f.

² BUCHEGGER/DEIXLER-HÜBNER/HOLZHAMMER, Praktisches Zivilprozeßrecht 106; SCHAUBERG, Vergleichung 1, 16f u 27.

³ SCHAUBERG, Vergleichung 16.

Geständnisses näher zu betrachten. Eine isolierte Auseinandersetzung nur mit dem geltenden Geständnisrecht, ohne Kenntnis der geschichtlichen Wurzeln und der schrittweisen Veränderungen in der Vergangenheit, wäre bloß fragmentarisch. Denn das Wissen um die einzelnen Entwicklungsphasen des Geständnisses im Verfahrensrecht ist für das Verständnis und die Auslegung der diesbezüglichen Normen im geltenden Recht signifikant. Aus diesem Grund ist ein geschichtlicher Überblick naheliegend, der das Wesen und die Wirkung des zivilrechtlichen und strafrechtlichen Geständnisses bis zum geltenden Prozessrecht gründlich beleuchten soll.

Diese Arbeit beschränkt sich allerdings nicht nur auf eine Darstellung der Relevanz des Geständnisses in der österreichischen Rechtsordnung, sondern bringt durch die Gegenüberstellung mit dem ausländischen Prozessrecht, Übereinstimmungen und Abweichungen bezüglich der Regeln über das Geständnis anderer Länder zu Tage. Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen dabei die Staaten Deutschland und Schweiz. Es wird erörtert, ob und aus welchen Gründen der jeweilige Gesetzgeber andere Entscheidungen als der österreichische getroffen hat, wie diese durch die Gerichte umgesetzt und ausgelegt werden und welche verschiedenen Meinungen dazu in der Rechtsdogmatik zu vernehmen sind. Zu diesem Zweck ist es auch notwendig, die wesentlichen Grundsätze der Zivil- und Strafprozessordnungen dieser beiden Länder sowie die Besonderheiten der einzelnen Rechtssysteme zu veranschaulichen und vor allem auf die wichtigsten Diskrepanzen zum österreichischen Verfahrensrecht einzugehen.

I. Das Geständnis im antiken Griechenland

Die in der Rechtswissenschaft dominierende Ansicht, dass die ursprünglichen Wurzeln der europäischen Rechtsordnungen im Recht der Römer und dessen Rezeption, die in fast allen Staaten Europas stattfand, liegen würden, wurde vom Innsbrucker Universitätsprofessor *BARTA* in einem umfassenden Werk⁴, dessen erster Band vor kurzem erschienen ist, gründlich in Zweifel gezogen. *BARTA* versucht nachzuweisen, dass die europäische Rechtskultur auch als Vermächtnis der Griechen und nicht ausschließlich der Römer anzusehen sei.⁵ Aus diesem Grund ist es mir ein Anliegen, die rechtsgeschichtliche Betrachtung des Geständnisses im Verfahrensrecht nicht mit der Untersuchung des römischen Rechts, sondern mit der des antiken griechischen Rechts zu beginnen.

Obwohl es keinen einheitlichen griechischen Staat mit nur einer für alle Griechen gleich geltenden Rechtsordnung, sondern lediglich zahlreiche Partikularrechte der einzelnen Poleis gab, kann man trotzdem von einem homogenen griechischen Recht sprechen. Denn hinter dieser Vielzahl an Rechtsordnungen standen die gemeinsamen Prinzipien und Leitgedanken der antiken griechischen Rechtskultur. Die meisten Quellen finden sich hinsichtlich des Rechts von Athen, dem wichtigsten und größten der ungefähr 700 Stadtstaaten. Vor allem die über einhundert Gerichtsreden sowie Aristoteles Werk „Die Staatsverfassung der Athener“ gewähren einen Einblick in die Rechtspraxis der Halbinsel Attika. Daneben zählen noch die Dichtungen Homers und die Inschrift der Stadt Gortyn zu den wichtigsten Erkenntnisquellen des griechischen Rechts.⁶

Um den Stellenwert des Geständnisses im attischen Gerichtsverfahren richtig erfassen zu können, ist eine kurze, überblicksartige Darstellung der Entwicklung des Prozessrechts in Athen bis zur klassischen Zeit unumgänglich.

1. Die Entwicklung des attischen Prozessrechts

Im frühen Griechenland regierten in den aufgrund der gebirgigen, zerklüfteten Landschaft zahlreichen, aber kleinen Dörfern Könige mit unumschränkter Autorität. Die Mechanismen der Konfliktlösung waren damals die Selbsthilfe und die

⁴ *BARTA*, *Graeca non leguntur*.

⁵ *BARTA*, *Graeca non leguntur* 1 u 16.

⁶ *THÜR* in *MANTHE*, *Rechtskulturen* 195; *WESEL*, *Geschichte* 15ff.

einvernehmliche Schlichtung des Streits, in dessen Rahmen der König als Richter fungierte. Diese Machtverhältnisse blieben für eine lange Zeit erhalten und begannen sich erst im Laufe des 8. vorchristlichen Jahrhunderts zu verändern, als die Monarchen aufgrund der angebrochenen Friedenszeiten ihre Hauptfunktion als Heeresführer verloren.⁷ Der Adel nutzte die Gelegenheit und übernahm allmählich die politische Führungsspitze in den Stadtstaaten.

Ein berühmter Zeuge dieser Umwälzung von der Königsherrschaft zur Aristokratie war der Dichter Homer. In der bekannten Gerichtsszene auf dem Achilleusschild aus seinem Epos Ilias werden die Anfänge in der Entwicklung der griechischen Gerichtsbarkeit gesehen. Die Verhandlung findet nicht mehr vor dem König, sondern vor den Geronten, dem Ältestenrat, statt. Trotz der vielen unterschiedlichen Auslegungen⁸ dieser Gerichtsverhandlung stimmen alle darin überein, dass durch die Mitentscheidung des Volkes bereits ein gewisser Grad an staatlicher Autorität vorhanden war. In diesem Zusammenhang wurde die Theorie, dass der Ursprung des Verfahrens vor öffentlich autorisierten Gerichten in freiwilligen Schiedsverfahren lag, die sich allmählich zu staatlichen Prozessen weiterentwickelten, jedoch widerlegt und gezeigt, dass das hoheitliche Gerichtsverfahren parallel zum privaten Schiedsgericht entstand und sich nicht aus diesem herausgebildet hatte.⁹

Nach dem Machtwechsel stand an der Spitze des Staates nach wie vor ein Einzelner, ein Adelliger mit dem Titel „Archon“, der mit lebenslanger königlicher Macht ausgestattet wurde. Allerdings konnte dieser Oberbeamte zur Verantwortung gezogen werden und musste Rechenschaft ablegen. Die politische Aufsicht über das Staatsoberhaupt hatte der Areopag inne, ein Rat, der nicht nur oberste Gerichtsbehörde in Blutprozessen war, sondern auch die Archonten ernannte¹⁰ und die Richtlinien für deren Amtsführung vorgab.¹¹ Da die Adelligen nach einem größeren Anteil an der Macht strebten, wurde die Regierungsdauer des Herrschers 752 v. Chr. auf zehn Jahre beschränkt und der Archontenstatus stand nun allen

⁷ GILBERT, Beiträge, JcPh 1897, 443 (446f); HARRISON, Procedure 1ff; WESEL, Geschichte 15.

⁸ GILBERT, Beiträge, JcPh 1897, 443 (458f); KÖSTLER, Homerisches Recht 65ff; MACHO, Anakrisis 14f; THÜR in MANTHE, Rechtskulturen 201ff; WELWEI in BURCKHARDT, Große Prozesse 15; WOLFF, Rechtsgeschichte 6ff.

⁹ WOLFF, Rechtsgeschichte 3ff.

¹⁰ SCHUBERT in BURCKHARDT, Große Prozesse 53.

¹¹ MEIER/SCHÖMANN, Der attische Process 13.

Adelsgeschlechtern offen.¹² Bald darauf teilten sich neun Adelige, die seit 681 v. Chr.¹³ für ein Jahr gewählt wurden, die Regierungsgewalt in der Polis. Seit etwa 487 v. Chr. stand das Amt der Archonten allen Bürgern offen, die durch Los bestimmt wurden.¹⁴ Durch Solon, dessen Reformmaßnahmen im 6. Jhdt. v. Chr. der erste Schritt Athens auf dem Weg zur Demokratie waren, wurde die richterliche Macht dieser obersten Amtsträger jedoch durch die Schaffung des Appellationsrechts und eines Volksgerichts, das vor allem als Berufungsinstanz fungierte, gravierend eingeschränkt. Dieses Volksgericht wurde in der klassischen Zeit in mehrere Gerichtshöfe, in die so genannten Dikasterien, aufgeteilt.¹⁵ Die 6000 Laienrichter, die Dikasten, die das 30. Lebensjahr bereits beendet haben mussten, wurden am Tag der Verhandlung durch Los auf diese Gerichtshöfe, die sich abhängig von der Streitsache aus 201, 401 oder bis zu 2501 Richtern zusammensetzten, aufgeteilt.¹⁶

Bezüglich des Ablaufs des Verfahrens gab es keinen Unterschied zwischen Zivilprozessen und öffentlichen Strafprozessen. Im 5. und 4. Jahrhundert v. Chr. gab es relativ wenig öffentliches Strafrecht, der Bereich des Privatstrafrechts dagegen war noch sehr groß. In der Form von öffentlichen Strafprozessen wurden vorwiegend politische Delikte abgeurteilt.¹⁷ Selbst Tötungsdelikte zählten noch immer zu Privatrechtsstreitigkeiten, wurden jedoch nicht vor den Dikasterien, sondern vor speziellen Blutgerichtshöfen verhandelt.¹⁸ Die Verletzung von individuellen Rechten wurde vom Betroffenen mit der privaten Klage (*dike*) geltend gemacht. Seit Solon konnte jeder unbescholtene Bürger eine öffentliche Klage (*graphe*) nicht nur bei Delikten gegen die Allgemeinheit, sondern auch wegen der Verwirklichung von zahlreichen Unrechtstatbeständen, die bloß private Interessen verletzten, erheben, selbst wenn die Rechte des privaten Anklägers nicht davon betroffen waren.¹⁹ Jeder Prozess musste noch am selben Tag beendet werden. Nach den Reden der Parteien berieten sich die Richter nicht, sondern schritten sogleich zur Abstimmung.²⁰

¹² MEIER/SCHÖMANN, Der attische Process 13; TETZNER, Geschichte 42.

¹³ TETZNER, Geschichte 42.

¹⁴ HARRISON, Procedure 2; MacDOWELL, Athenian homicide law 33.

¹⁵ KAHRSTEDT, Staatsgebiet 165 FN 1; WELWEI in BURCKHARDT, Große Prozesse 17f.

¹⁶ GILBERT, Handbuch 374ff; WELWEI in BURCKHARDT, Große Prozesse 23.

¹⁷ THÜR in BURCKHARDT, Große Prozesse 30; WESEL, Geschichte 26f; WOLFF, Demosthenes 5f; GILBERT, Handbuch 382.

¹⁸ WOLFF, Demosthenes 6 FN 12.

¹⁹ THÜR in MANTHE, Rechtskulturen 223ff; THÜR in BURCKHARDT, Große Prozesse 31f.

²⁰ WELWEI in BURCKHARDT, Große Prozesse 23. Eine detaillierte Beschreibung eines Gerichtstages im 4. Jahrhundert findet sich bei MACHO, Anakrisis 20ff.

2. Das Geständnis im Kontext der Verfahrensformen

„*apagoge*, *endeixis* und *ephegesis*“

Als Alternative zu den autoritären Akten der Selbstjustiz seitens der Opfer etablierte sich in Athen bereits in der archaischen Zeit ein rasches Arrestverfahren gegen Verbrecher.²¹ Die private Festnahme und Abführung eines Straftäters an die zuständige staatliche Behörde mittels des Verfahrens der *apagoge* oder *endeixis* war ursprünglich nur dem Opfer bzw. bei Tötungsdelikten den Verwandten gestattet. Erst Solon führte die Option der öffentlichen Verfolgung von Kriminellen durch alle attischen Bürger ein.²² Im Unterschied zur *apagoge*, der sofortigen Abführung des Übeltäters, kam es bei der *endeixis* zunächst zur Anzeige beim zuständigen Amt.²³ Wurde in weiterer Folge dem Kläger die Erlaubnis erteilt, die von ihm denunzierte Person zu verhaften, und entschied sich dieser für die Ausübung seines Rechtes, folgte der *endeixis* eine *apagoge*. Der Sinn, nach diesem modifizierten Verfahren vorzugehen lag in dem dadurch erwirkten Schutz für den Denunzianten. Aufgrund der Genehmigung seiner privaten Aktion durch die staatlichen Organe war er gegen eine spätere Anklage der Familienmitglieder abgesichert, falls der Verbrecher exekutiert wurde und seine Sippe die Rechtmäßigkeit der Abführung in Zweifel zog.²⁴ Sowohl bei der *apagoge* als auch bei der *endeixis* erfolgte die Festnahme also durch eine private Person. Die *ephegesis* dagegen war eine Sonderform der *apagoge*, bei der nicht eine private Person, sondern die Magistrate den Täter in Gewahrsam nahmen. Allerdings bedurfte es auch in diesem Fall der Offensive des privaten Verfolgers, der die Beamten zum Beschuldigten hinführte.²⁵

Die auf diese Weise festgenommenen Verbrecher wurden der zuständigen Behörde, in den meisten Fällen dem Kollegium der Elfmänner, vorgeführt. Neben der Verwahrung der Gefangenen und der Vollziehung der Todesurteile waren die Elfmänner auch dazu befugt, rechtskräftige Urteile zu fällen, denn in der vorsolonischen Zeit waren die Beamten mit unbegrenzter richterlicher Hoheit ausgestattet. Sie entschieden die jeweiligen Rechtssachen als erste und letzte Instanz.²⁶ Durch den Archon Solon wurden die rechtsprechenden Befugnisse der

²¹ HEFFTER, Gerichtsverfassung 205.

²² HANSEN, *Apagoge* 115.

²³ KRAUSE, *Kriminalgeschichte* 16.

²⁴ HANSEN, *Apagoge* 26.

²⁵ KRAUSE, *Kriminalgeschichte* 16.

²⁶ KHRSTEDT, *Untersuchungen* 201f; WESEL, *Geschichte* 24.

Amtsträger aber erheblich verringert, indem er die Möglichkeit der Berufung (*epheis*) vom Urteil der Magistrate an den neu eingesetzten Volksgerichtshof (*heliaia*) einführte.²⁷

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Elfmänner befugt waren, einige der zu ihnen abgeführten Missetäter ohne Einleitung einer Gerichtsverhandlung sofort mit dem Tod zu bestrafen, wenn sie das Delikt nicht leugneten, sondern ein Geständnis ablegten.²⁸ Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob ein Geständnis der Tat bei allen oder nur bei bestimmten Tätergruppen zu einer der Festnahme unmittelbar folgenden Hinrichtung führte und unter welchen Bedingungen dieses erfolgen musste.

Nur drei spezielle Kategorien von Rechtsbrechern, nämlich *kakourgoi*, *atimoi* und *pheugontes*, konnten durch ein Arrestverfahren den zuständigen Magistraten zugeführt und ihrer Gerichtsbarkeit unterworfen werden. Die Täter, die zur ersten Gruppe, zu den so genannten *kakourgoi*, gezählt wurden, waren meistens Angehörige der niederen Gesellschaftsklassen, die ein Leben in Armut führten und aus diesem Grund vor allem Eigentumsdelikte begingen. *HARRISON*²⁹, der sich diesbezüglich auf Aristoteles³⁰ stützt, fasst unter diesem Begriff Diebe³¹, Räuber, Entführer, Einbrecher und Beutelschneider zusammen. *HANSEN*³² zählt auch Ehebrecher³³ (*mochoi*) und bestimmte Mörder³⁴ zu dieser Gruppe von gemeinen Verbrechern. Erlaubt war den attischen Bürgern die Vornahme der *apagoge* bei diesen Gesetzesbrechern aber nur unter der strengen Voraussetzung, dass die Täter auf

²⁷ *KAHRSTEDT*, Staatsgebiet 165.

²⁸ *BUSOLT*, Griechische Staatskunde 1108; *KRAUSE*, Kriminalgeschichte 35.

²⁹ *HARRISON*, Procedure 223.

³⁰ *Athenaion politeia* 52,1; abgedruckt bei *KESEBERG*, *Athenaion politeia* 37.

³¹ Das galt nur bei der Begehung eines schweren Diebstahls; vgl. *KRAUSE*, Kriminalgeschichte 35.

³² *HANSEN*, *Apagoge* 54 u. 99.

³³ Diese Ansicht ist allerdings in der Literatur umstritten; vgl. *OMITOWOJU*, Rape 105 FN 71.

³⁴ Die gewöhnliche Vorgehensweise bei Mordfällen war die von den Angehörigen vorgenommene Einleitung eines Blutgerichtsverfahrens durch eine private Klage (*dike phonou*), das mit dem Tod oder dem Exil endete. Siehe dazu genauer im nächsten Kapitel. Die Anwendung von *apagoge* gegen Mörder war daher nur in Ausnahmefällen zulässig; vgl. *HANSEN*, *Apagoge* 99ff. Am häufigsten kam dieses Arrestverfahren gegen Raubmörder zur Anwendung, denn nur diese wurden zu den *kakourgoi* gezählt; vgl. *MEIER/SCHÖMANN*, Der attische Process 76f u. 230ff. Abgesehen von dieser Tätergruppe konnten des Mordes verdächtige Personen, wenn sie sich auf dem Markt oder in öffentlichen Heiligtümern aufhielten, von allen Bürgern privat verhaftet werden, unabhängig davon, ob die Verwandten des Opfers den ordentlichen Rechtsweg bereits eingeleitet hatten oder nicht; vgl. *MacDOWELL*, Athenian homicide law 135ff. und *HEFFTER*, Gerichtsverfassung 207. Außerdem konnten jene, die wegen nichtvorsätzlichen Mordes zum Exil oder wegen vorsätzlicher Tötung in Abwesenheit zum Tode verurteilt worden sind und nach Athen zurückkehrten, als *pheugontes* inhaftiert werden; vgl. *HANSEN*, *Apagoge* 107f. und *MacDOWELL*, Athenian homicide law 139f.

frischer Tat (*ep' autophoro*)³⁵ betreten werden konnten. Die Bedingung, den Täter in flagranti ertappen zu müssen, um ihn den Elfmännern übergeben zu können, wurde jedoch im Laufe der Zeit immer extensiver interpretiert³⁶, bis schließlich in der klassischen Zeit die bloße Notorietät ausreichte, um einen *kakourgos* zu inhaftieren. Die Offenkundigkeit der Tat und des Täters war zwar nun ausreichend und berechtigte jeden Bürger den Beschuldigten zu arrestieren, legte er jedoch ein Geständnis vor den Elfmännern ab, konnten sie ihn dennoch nicht direkt mit dem Tod bestrafen, sondern es musste über seine Schuld bzw Unschuld in einer Gerichtsverhandlung entschieden werden.³⁷ Das Geständnis eines *kakourgos* allein langte nicht für eine sofortige Exekution, sondern führte, wie bei dem, der leugnete, nur zur Untersuchungshaft bis zum Beginn der Verhandlung. Nur dann, wenn der Täter in *flagranti delicto* aufgegriffen worden war, hatte sein Geständnis die Hinrichtung ohne einen vorhergehenden Prozess zur Konsequenz.

Über die Eliten der athenischen Gemeinschaft wurde oft eine Atimie verhängt, die zur Suspendierung der Bürgerrechte führte.³⁸ *Atimoi*, die sich ihnen entzogene Rechte anmaßten, indem sie zum Beispiel eine amtliche Tätigkeit ausübten oder Heiligtümer aufsuchten, waren ebenfalls der privaten Abführung³⁹ zu den Elfmännern ausgesetzt, die überwiegend von politischen Gegnern realisiert wurde.⁴⁰ Ein Geständnis eines *atimos* vor den Beamten konnte jedoch niemals eine umgehende Bestrafung wie bei einem bei der Tat überführten gemeinen Verbrecher zur Folge haben. Denn sowohl bei der *apagoge*, als auch bei der *endeixis* gegen einen durch Atimie geächteten Athener, der den Verlust seiner Rechte nicht respektieren wollte und sich trotzdem wie ein *epitimo* verhielt, war eine obligatorische Gerichtsverhandlung vorgeschrieben.⁴¹

Des Weiteren war ein gerichtlicher Prozess immer dann verpflichtend, wenn *kakourgoi*, *atimoi* oder *pheugontes* mittels einer *endeixis* inhaftiert und der verantwortlichen Strafbehörde ausgehändigt wurden.⁴² Ein in diesen Fällen abgelegtes Geständnis konnte ebenfalls niemals geradewegs zur Todesstrafe ohne

³⁵ Dieses Erfordernis fehlte bei der *apagoge* bezüglich *atimoi* und *pheugontes* und überhaupt beim Verfahren der *endeixis*; vgl HANSEN, Apagoge 52.

³⁶ BUSOLT, Griechische Staatskunde 1108.

³⁷ HANSEN, Apagoge 52.

³⁸ KAHRSTEDT, Staatsgebiet 106ff.

³⁹ In den meisten Fällen erfolgte diese in der Arrestform der *endeixis* anstatt durch *apagoge*; vgl HANSEN, Apagoge 94.

⁴⁰ HANSEN, Apagoge 54.

⁴¹ HANSEN, Apagoge 94.

⁴² HANSEN, Apagoge 17.

eine gerichtliche Entscheidung führen.

Zur dritten Gattung von Kriminellen, die von der Festnahme einer Privatperson bedroht war, zählten Flüchtlinge und Verbannte, die ohne Begnadigung nach Athen zurückgekehrt waren. *Pheugontes*, die durch *apagoge* den Thesmotheten⁴³ überstellt wurden und vor ihnen ihren Exilstatus gestanden, wurden umgehend exekutiert. In diesen Fällen war also zur sofortigen Vornahme der Tötung nur ein Geständnis erforderlich. Die zweite strenge Voraussetzung „*ep' autophoro*“, die unbedingt notwendig war, um einem *kakourgos* das Leben ohne gerichtliches Urteil nehmen zu können, wurde hier natürlich nicht ausdrücklich gefordert, weil Exilanten, die sich unbefugt in ihrer Heimat aufhielten, schließlich jederzeit „auf frischer Tat“ ertappt wurden. Nur dann, wenn sie ihre unberechtigte Rückkehr abstritten, wurden sie vor das Volksgericht gebracht. Der private Verfolger hatte dann in der Verhandlung neben der Identität des Beschuldigten auch zu beweisen, dass dieser verbannt worden bzw. freiwillig geflüchtet war.⁴⁴

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass nur ein Geständnis von *kakourgoi*, die während ihres Vergehens gefasst wurden, und von *pheugontes*, sofern sie durch *apagoge* den Elfmännern bzw. den Thesmotheten überantwortet wurden, die unverzügliche Sanktionierung der Straftat ohne Urteilsspruch zum Resultat hatte. Interessant ist diesbezüglich, dass der Schutz des Lebens weit weniger ausgestaltet war als der Schutz des Vermögens, denn die Folge eines solchen Geständnisses vor den Magistraten war immer nur die Hinrichtung⁴⁵, niemals eine Geldbuße, die stets einen gerichtlichen Spruch erforderte.⁴⁶ Auch ein im 5. Jahrhundert v. Chr. beschlossenes Gesetz⁴⁷, welches bestimmte, dass niemand ohne Spruch des Gerichts sterben durfte, änderte nichts daran, dass die geständigen Delinquenten nach wie vor der „*Polizeijustiz*“⁴⁸ der Elfmänner und Thesmotheten unterworfen waren. Das Geständnis war nämlich ein Verzicht auf das Appellationsrecht und damit zugleich ein Verzicht auf eine Gerichtsverhandlung. Wurden die erhobenen Anschuldigungen jedoch dementiert, fällten nun nicht mehr die Beamten, sondern das

⁴³ Während bezüglich *kakourgoi* sich in der Regel die Elfmänner als zuständige Behörde verantwortlich zeigten, wurden *pheugontes* für gewöhnlich vor die Thesmotheten gebracht; vgl. HANSEN, *Apagoge* 20.

⁴⁴ HANSEN, *Apagoge* 19.

⁴⁵ Die gebräuchlichste Hinrichtungsform war die so genannte „*apotypanismos*“, die der grausamen Kreuzigung ähnlich war; vgl. KRAUSE, *Kriminalgeschichte* 22.

⁴⁶ KAHRSTEDT, *Staatsgebiet* 164ff.

⁴⁷ IG I² 114; vgl. KAHRSTEDT, *Staatsgebiet* 165.

⁴⁸ KRAUSE, *Kriminalgeschichte* 23.

Geschworenengericht die rechtsgültige Entscheidung, wodurch die Justizhoheit der Amtsträger in der klassischen Zeit zu einer rein vorbereitenden Tätigkeit in der Vorverhandlung (*anakrisis*) herabgesunken war.⁴⁹

3. Das Geständnis im Blutgerichtsverfahren

Im frühen Griechenland wurde im Fall einer Tötung der Grundsatz der Selbsthilfe in der Form der Blutrache durch die Angehörigen des Getöteten wahrgenommen. Dabei spielte es für die Ausübung der Rache keine Rolle, ob die Tat vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde, eine Notwehrsituation vorlag oder es sich nur um Totschlag und nicht um Mord handelte. Derartige Abgrenzungen wurden damals noch nicht vorgenommen, es galt die reine Erfolgshaftung. Sein Leben konnte der Täter nur retten, indem er sich in die lebenslange Verbannung begab. Wollte der Verfolgte sein restliches Leben nicht fern der Heimat im Ausland fristen, konnte er nur versuchen durch Zahlung eines Sühnegeldes die Blutsverwandten des Opfers zum Verzicht auf Blutrache zu bewegen. Ausschlaggebend für die Entwicklung von der Blutrache zum staatlich organisierten Blutgerichtsverfahren war die seit Beginn des 7. Jahrhunderts v. Chr. sich immer weiter ausdehnende Ansicht des griechischen Volkes, dass eine Bluttat zur Befleckung führe und eine Reinigung erforderlich sei. Um die Götter nicht zu erzürnen, war die Gemeinschaft verpflichtet, den Täter aus ihrer Mitte zu verstoßen oder die Tat zu sühnen.⁵⁰

In der vordrakonischen Zeit stand in Athen die Blutgerichtsbarkeit allein⁵¹ dem Rat vom Areopag⁵² zu. Eine markante Weiterentwicklung der Blutgerichtsbarkeit erfolgte im Jahr 621 v. Chr. durch die Gesetzgebung Dracons⁵³. Sein Blutgesetz, das 409 v. Chr.⁵⁴ neu und vielleicht auch mit überarbeitetem Inhalt aufgezeichnet wurde, brachte in der archaischen Zeit die ersten Veränderungen in der Gerichtsbarkeit über die Blutprozesse. Zum einen differenzierte das attische Recht seitdem zwischen

⁴⁹ KAHRSTEDT formulierte diesen Machtverlust treffend mit folgenden Worten: „Der Beamte wurde vom Rechtsfinder zum Briefträger der *Heliäia*.“; vgl. dens., Staatsgebiet 165.

⁵⁰ BUSOLT, Griechische Staatskunde 805; GILBERT, Beiträge, JcPh 1897, 443 (504f); HEITSCH, Schriften 287f.

⁵¹ BUSOLT, Griechische Staatskunde 811; GILBERT, Beiträge, JcPh 1897, 443 (491ff); SCHUBERT in BURCKHARDT, Große Prozesse 53.

⁵² Diesen Namen erhielt der Rat, weil er auf dem Ares-Hügel bei der Akropolis tagte; vgl. SCHUBERT in BURCKHARDT, Große Prozesse 50.

⁵³ Dracon gehörte nicht zu den neun Archonten, sondern erhielt diesbezüglich einen außergewöhnlichen Auftrag; vgl. BUSOLT, Griechische Staatskunde 806.

⁵⁴ THÜR in MANTHE, Rechtskulturen 206; SCHUBERT in BURCKHARDT, Große Prozesse 51.

vorsätzlicher, fahrlässiger und gerechtfertigter Tötung, zum anderen wurden neue Regelungen bezüglich des Verfahrens und der Zuständigkeit getroffen.⁵⁵

3.1. Das indirekte Geständnis durch Flucht vor dem Urteil

Dem Blutrecht von Drakon lag die Intention zugrunde, die unmittelbare Blutrache der Verwandten gesetzlich zu regulieren und damit die Gefährdung der Polis durch ständige Fehden zwischen den Phratrien möglichst gering zu halten. Das Recht zur Durchführung der Blutrache, dessen beabsichtigte Vornahme in der Agora nun angekündigt werden musste, wurde daher in diesem Gesetz an das Erfordernis einer gerichtlichen Bestätigung geknüpft. Zu diesem Zweck bestellte Drakon besondere Richter, die Epheten⁵⁶, welche die private Blutrache den Angehörigen des Opfers verwehren konnten, indem sie den Beklagten für unschuldig befanden.⁵⁷

Der archaische Gesetzestext enthält gleich zu Beginn die Regelung, dass selbst der, der ohne Vorsatz jemanden tötet, in die Verbannung gehen soll. Aufgrund des griechischen Wortes „*kai*“, das nach herrschender Ansicht mit „auch wenn“ bzw. „selbst wenn“ übersetzt wird, geht die neuere Forschung davon aus, dass die Bestimmungen dieses Gesetzes implizit auch den Mord erfassten. Drakon bestimmte als Folge einer fahrlässigen Tötung die Verbannung, wie es bereits für die Mordtat die Praxis war. In beiden Fällen konnte dem Flüchtigen aber von den Angehörigen des Opfers vergeben und ihm somit die Rückkehr nach Athen gestattet werden.⁵⁸ Die unterschiedlichen Strafen für die verschiedenen Tötungsdelikte, nämlich lebenslange Verbannung oder Tod, verbunden mit der Konfiskation des Vermögens, bei Vorsatz und die Beschränkung der Aidesis (Verzeihung) nur bei nichtvorsätzlicher Tötung wurden erst nach Drakon angeordnet.⁵⁹

Seit Drakon war jedenfalls das Leben sowohl des nichtvorsätzlichen als auch des vorsätzlichen Täters bis zum Zeitpunkt der Urteilsfindung durch den Gerichtshof geschützt, und der Angeklagte hatte das Recht, Attika zu verlassen, ohne Übergriffe seitens der Kläger befürchten zu müssen. Außerdem normierte das Blutgesetz, dass die zur Rache legitimierten Personen die Flucht des nichtvorsätzlichen Täters auch

⁵⁵ BUSOLT, Griechische Staatskunde 811; HEITSCH, Schriften 305; SCHUBERT in BURCKHARDT, Große Prozesse 51.

⁵⁶ BUSOLT, Griechische Staatskunde 811; GILBERT, Beiträge, JcPh 1897, 443 (493).

⁵⁷ HEITSCH, Schriften 309; REICHARDT, Recht und Rationalität 101.

⁵⁸ BUSOLT, Griechische Staatskunde 811; REICHARDT, Recht und Rationalität 96f.

⁵⁹ HEITSCH, Schriften 286 u 314. Vermutlich erfolgte diese Verschärfung durch Solon; vgl THÜR in MANTHE, Rechtskulturen 223.

noch nach dem Urteilsspruch der Epheten dulden und ihn unbehelligt fliehen lassen mussten, sofern er dies innerhalb einer festgesetzten Frist und auf dem angeordneten Weg tat. Der wegen fahrlässiger Tötung Verurteilte war also berechtigt, auch noch nach dem Urteil ohne Gefahr für sein Leben zu fliehen. Wurde dagegen jemand wegen vorsätzlicher Tötung verklagt, hatte er nur vor dem Urteil die Chance ohne Schwierigkeiten ins Exil zu gehen. Ein des Mordes Beschuldigter musste also schon vor dem Ende des Gerichtsverfahrens entscheiden, ob er sich selbst schuldig sprach, indem er freiwillig für immer seiner Heimat den Rücken kehrte, oder ob er das Wagnis vor Gericht eingehen und auf einen Freispruch hoffen wollte.⁶⁰

Ab der Mitte des 5. Jahrhunderts durften Kläger und Beklagter im attischen Strafverfahren zweimal eine Rede halten. Die Quellen belegen, dass der Beklagte jedenfalls auf seine zweite Verteidigungsrede verzichten und fliehen musste, um sein Leben zu retten.⁶¹ Unklar ist, ob er nach seiner ersten Verteidigungsrede die Rede der Gegenpartei noch anhören und abwägen durfte, ob die Chance auf einen Freispruch gut steht oder ob eine sich selbst verurteilende Flucht der letzte Ausweg ist.⁶²

In der Flucht des Beschuldigten ins Exil⁶³ direkt nach der Tat oder noch während der Gerichtsverhandlung lag jedenfalls ein implizites Geständnis. Dieses indirekte Eingeständnis der Tötung war der einzige Weg, bei Verdacht einer vorsätzlichen Bluttat dem drohenden Tod zu entgehen. Der attische Gesetzgeber hatte mit der Blockierung der privaten Blutrache dem Angeklagten die Möglichkeit für ein Geständnis des Mordes eingeräumt. Wenn er diese Möglichkeit ergriff, wurde er zwar in Abwesenheit verurteilt, dafür aber mit dem Erhalt des Lebens belohnt.⁶⁴

3.2. Die Wirkung des Geständnisses auf die Zuständigkeit der attischen Blutgerichtshöfe

In der klassischen Zeit wurden Blutprozesse an fünf verschiedenen Gerichtsstätten⁶⁵ verhandelt. Der Areopag war in Prozessen wegen vorsätzlicher Tötung, Giftmord und Brandstiftung zuständig. Im Gegensatz dazu urteilten die

⁶⁰ HEITSCH, Schriften 308ff.

⁶¹ GILBERT, Handbuch 367f.

⁶² HEITSCH, Schriften 313ff.

⁶³ Schon Drakon verbot die Verfolgung und Tötung von allen Flüchtigen im Ausland; vgl. HEITSCH, Schriften 304.

⁶⁴ HEITSCH, Schriften 314.

⁶⁵ Die Rede des Demosthenes gegen Aristokrates (Dem 23, 63–78) gibt einen guten Einblick in die Zuständigkeiten der fünf Blutgerichtshöfe.

Epheten am Palladion, wenn jemandem ohne Vorsatz das Leben genommen wurde oder es sich um eine mittelbare Tötung handelte, und in all jenen Fällen, in denen Sklaven, Metöken⁶⁶ (in Athen ständig wohnende Ausländer) oder nicht ansässige Fremde ermordet wurden. Weiters richtete dieses Kollegium von 51 Männern am Delphinion bei Tötungen, die gesetzlich gerechtfertigt waren, und tagte darüber hinaus in Phreatto im Fall einer Mordanklage gegen aus Attika bereits Verbannte. Im Prytaneion fanden immer dann Verhandlungen statt, wenn Tiere oder Gegenstände die Ursache für den Tod eines Menschen bildeten oder es sich um unbekannte Mörder handelte.⁶⁷

Die Qualifizierung der Tat erfolgte im antiken Athen also schon im Vorfeld des Prozesses und nicht erst im Urteil. Aber wer entschied darüber, welche Art von Tötungsdelikt überhaupt vorlag, und bestimmte damit zugleich den zum Urteil berechtigten Gerichtshof? Zuständig für die Entgegennahme einer Klage wegen Mordes (*dike phonou*) war jedenfalls der Archon *basileus*⁶⁸. Die Tötungsklage musste spätestens im neunten Monat des Amtsjahres des Archons eingereicht werden, denn der Beamte hatte daraufhin drei Vorverfahren (*prodikasiai*), je eines in den drei darauffolgenden Monaten, abzuhalten. Wäre die Klage erst in den letzten drei Monaten des Jahres eingebracht worden, hätte der Archon keine Möglichkeit mehr gehabt, den Fall vor seinem Regierungsende abzuschließen.⁶⁹

Doch konnte der Basileus auch nach eigenem Ermessen entscheiden, den Fall vor das eine oder das andere Gericht zu bringen, oder gab es diesbezüglich Vorschriften, an die sich der Archon halten musste? Das Geständnis des Beschuldigten spielte bei der Frage nach der korrekten Zuweisung an den jeweiligen Gerichtshof eine wichtige Rolle.

Die Zuständigkeitsfrage war einfach zu beantworten, wenn ein Geständnis des Beschuldigten vorlag und zwischen den Parteien Einigkeit über die Qualifizierung der Tat herrschte. In diesem Fall überwies der Basileus die Angelegenheit bei Vorsatz an die Areopagiten am Ares-Hügel, bei fahrlässiger Tötung hingegen an die Epheten am Palladion. Was geschah aber, wenn der Beschuldigte die Tötung zwar gestand, es hinsichtlich der Qualifizierung der Tat zwischen dem Kläger und dem Beklagten allerdings eine Meinungsverschiedenheit gab? Zwei Konstellationen

⁶⁶ THÜR in BURCKHARDT, Große Prozesse 31.

⁶⁷ SCHUBERT in BURCKHARDT, Große Prozesse 50.

⁶⁸ HEITSCH, Schriften 306.

⁶⁹ HANSEN, Apagoge 101; MACHO, Anakrisis 27.

waren denkbar: Erstens, der Kläger behauptete Vorsatz oder Fahrlässigkeit und der Beschuldigte gab die Tat zu, wendete jedoch ein, sie sei gerechtfertigt gewesen. Zweitens, der Kläger behauptete Vorsatz und der Angeklagte legte ein Geständnis ab, erklärte aber, die Tötung sei nichtvorsätzlich geschehen.⁷⁰

Die Lösung für den ersten Fall findet sich bei Aristoteles in seiner aus dem vierten Jahrhundert v. Chr. stammenden Schrift „Die Staatsverfassung der Athener“:

„Wenn nun jemand den Mord zugibt, aber behauptet, gesetzmäßig gehandelt zu haben, [...] so spricht man dem beim Delphinion Recht.“⁷¹

Aristoteles erwähnt hier beispielsweise die Tötung eines auf frischer Tat ertappten Ehebrechers, die irrtümliche Tötung eines Kameraden im Krieg oder die versehentliche Tötung während eines Wettkampfes. Kamen die 51 Epheten am Delphinion zum Schluss, dass die Tat des Beklagten tatsächlich gerechtfertigt war, endete der Prozess mit einem Freispruch. Waren sie jedoch der Ansicht, dass die Tötungshandlung im Widerspruch zu den Gesetzen vorgenommen wurde, kam es aufgrund seines glaubwürdigen Geständnisses zur Verurteilung entweder wegen vorsätzlicher oder wegen fahrlässiger Tötung. Ein solches Geständnis beeinflusste also nicht nur die Zuweisung zur Gerichtsstätte am Delphinion, sondern konnte, wenn es glaubhaft war und der Einwand der Rechtfertigung von den Richtern nicht angenommen wurde, auch die Verhängung der Todesstrafe oder des Exils zur Konsequenz haben, je nachdem, ob das Opfer mit Vorsatz oder wegen Fahrlässigkeit des Täters getötet wurde.⁷²

Welchen Einfluss hatte dagegen ein Geständnis der Tötung eines Menschen auf die Zuweisung durch den Basileus, wenn der Beklagte die Tat nicht wie der Kläger als vorsätzliche, sondern nur als fahrlässige Handlung qualifizierte? Es stellt sich die Frage, ob er auch hier, wie im obigen Beispiel, an die Behauptung des Beklagten gebunden war und die Verhandlung vor dem Palladion einleiten musste, oder bei dieser Kontroverse zwischen den Parteien die Klägerbehauptung bestimmend war und somit der Areopag darüber zu verhandeln hatte, oder ob der Basileus sich sein eigenes Urteil bilden durfte und die Sache nach seinem Gutdünken an die Areopagiten oder an die Epheten überweisen konnte. Anders als beim ersten Sachverhalt, wo trotz der Zuweisung zum Delphinion drei verschiedene

⁷⁰ HEITSCH, Schriften 305ff.

⁷¹ KESEBERG, Athenaion politeia 41.

⁷² HEITSCH, Schriften 306f.

Prozessausgänge, nämlich Freispruch oder Bestrafung wegen vorsätzlicher bzw. fahrlässiger Tötung, zur Diskussion standen, lag im zweiten Fall in der Zuteilung auch gleichzeitig ein Präjudiz, weil mit ihr die Höhe einer allfälligen Strafe bereits feststand.⁷³

Da die Quellen keine eindeutige Antwort auf diese Frage geben, ist es nicht verwunderlich, dass es eine Fülle von unterschiedlichen Lehrmeinungen dazu gibt. Während einige die Ansicht vertreten, die Qualifizierung der Tat durch den Beklagten hätte den Gerichtshof bestimmt, behaupten andere dagegen, die Zuständigkeit hätte sich allein nach der Klagebehauptung gerichtet.⁷⁴ *WOLFF* und *HEITSCH* sind sich einig in ihrer Auffassung, dass die Bestimmung des Blutgerichtshofes am wahrscheinlichsten dem Basileus und seiner subjektiven Beurteilung des Geständnisses sowie der Aussage des Klägers oblag.⁷⁵

In all jenen Fällen, in denen die Parteien nicht über die rechtmäßige Qualifizierung des Totschlags stritten, sondern der Beschuldigte die Durchführung des ihm vom Kläger zur Last gelegten Verbrechens überhaupt leugnete, war die Unterstellung des Klägers ausschlaggebend für die Determinierung des Gerichtshofes.⁷⁶

Es lässt sich festhalten, dass die Zuweisung an einen Blutgerichtshof nur dann von einem Geständnis beeinflusst werden konnte, wenn der Kläger und der Beklagte den Typ des Tötungsdeliktes kontrovers beurteilten und der Beschuldigte sein Geständnis einschränkte, indem er beteuerte, seine Tat wäre gerechtfertigt gewesen. Füge der Angeklagte im Gegensatz dazu seinem Geständnis die Einwendung hinzu, er hätte das Delikt nur fahrlässig verwirklicht, obwohl der Kläger von Vorsatz ausging, dann war seine Aussage nicht richtungsweisend für die Bestimmung des Gerichtshofes. Ansonsten wäre es wohl, wie *HEITSCH*⁷⁷ richtig bemerkt, nicht oft zu einem Prozess vor dem Areopag gekommen, weil jeder geistreiche Beschuldigte mit einer nichtvorsätzlichen Tötung argumentiert hätte.

⁷³ *HEITSCH*, Schriften 307f.

⁷⁴ *HEITSCH*, Schriften 307 FN 5.

⁷⁵ *HEITSCH*, Schriften 307f; *WOLFF*, Rechtsgeschichte 68 FN 171.

⁷⁶ *HEITSCH*, Schriften 308.

⁷⁷ *HEITSCH*, Schriften 307.

4. Das Geständnis im Vorverfahren

Für die antiken Griechen war das Prozessieren vor Gericht eine oft praktizierte und beliebte Tätigkeit.⁷⁸ Das vor den Dikasterien ausgetragene Wettringen der Parteien war die zivilisierte Form einer die griechische Kultur auszeichnenden Eigenschaft, nämlich der Passion zum Wettkampf. So ist es nicht verwunderlich, dass der griechische Terminus „*agon*“ (Kampf) nicht nur für den olympisch-sportlichen Wettstreit herangezogen wurde, sondern gleichzeitig auch die Bezeichnung für den gerichtlichen Prozess war.⁷⁹ Die Parteien verstanden die Verhandlung vor den Geschworenengerichtshöfen als rhetorische Schlacht mit dem Ziel, den Sieg zu erringen. Die Überzeugungskraft des Plädoyers und die Zungenfertigkeit und Sprachgewalt des Litiganten⁸⁰ entschieden über Triumph und Niederlage. Es galt, durch geschickte Darstellung der eigenen Person und durch die Erläuterung der rühmlichen Verdienste um die Gemeinschaft sich selbst ins rechte Licht zu rücken und die subjektive Fallbeurteilung der Dikasten⁸¹ gezielt zu lenken und dabei die objektive Wahrheit zu verschleiern. Da in der Hauptverhandlung nur die Plädoyers und die Abstimmungen vorgenommen wurden, jedoch keine echten Diskussionen stattfanden, war ein dialektisches Vorverfahren unerlässlich, in dem der relevante Prozessstoff behandelt wurde.⁸²

Der Termin für die Vorverhandlung wurde vom zuständigen Amtsträger nach seiner Annahme der Klage festgelegt. Bei Familien- und Erbrechtsfällen war die Klage beim Archon Eponymos einzubringen. In Blutprozessen und sakralen Rechtsstreitigkeiten war nur der Basileus zur Entscheidung über die Klageannahme befugt. Beim Polemarchos musste das Verfahren dagegen anhängig gemacht werden, wenn ein Nichtbürger Partei eines Prozesses war. Die Thesmotheten wiederum waren für die Bearbeitung der Popularklagen zuständig.⁸³ Für alle nicht in die Kompetenz der neun Archonten fallenden Privatprozesse trug das nach der

⁷⁸ In der Komödie „Die Wolken“ des Aristophanes meint Strepsiades, als ihm auf einer Landkarte Athen gezeigt wird, zweifelnd: „*Was sagst du da? Ich glaub es nicht; Denn nirgends seh' ich Geschworne sitzen zu Gericht.*“; vgl. SCHNITZER, *Ausgewählte Komödien* 121.

⁷⁹ WOLFF, *Demosthenes* 8ff.

⁸⁰ Es gab in Athen keine Prozessvertretung. Die Logographen sind nicht mit Anwälten gleichzusetzen und hielten die von ihnen geschriebenen Reden nicht selbst, sondern stellten sie nur den Parteien, die sie den Geschworenen vorlasen oder auswendig aufsagten, zur Verfügung; vgl. WOLFF, *Demosthenes* 11f.

⁸¹ Die Geschworenen mussten einen Eid leisten, die Gesetze zu achten und nach ihrer gerechtesten Meinung zu urteilen; vgl. WOLFF, *Demosthenes* 15.

⁸² THÜR in MANTHE, *Rechtskulturen* 210; WOLFF, *Demosthenes* 13.

⁸³ THÜR in MANTHE, *Rechtskulturen* 209; WELWEI in BURCKHARDT, *Große Prozesse* 23.

Wiederherstellung der Demokratie 403 v. Chr. geschaffene Gremium der „Vierzig“ die Verantwortung. Neben der Bestimmung des Termins hatten die zuständigen Beamten das Vorverfahren auch durchzuführen, wobei es im Falle von Blutprozessen, wie bereits oben erwähnt, *prodikasiai* genannt wurde, während alle anderen Archonten eine *anakrisis* zur Vorbereitung der Hauptverhandlung abhalten mussten. Im Gegensatz zu den Archonten leiteten die „Vierzig“ das Vorverfahren nicht selbst. Stattdessen nahmen amtliche Schiedsrichter, so genannte *Diaiteten*, die für jeden einzelnen Rechtsstreit durch Los bestimmt wurden, diese Aufgabe wahr.⁸⁴

Trotz der verschiedenen Benennungen des Vorverfahrens je nachdem, wer für die jeweiligen Streitparteien zuständig war, entsprachen Ablauf und Regeln einander. Der einzige Unterschied lag darin, dass die amtliche *Diaita* mit einem Spruch des Schiedsrichters endete. Stimmten jedoch nicht beide Parteien diesem Spruch ausdrücklich zu, hatte das zuständige Mitglied der „Vierzig“ die Rechtssache vor ein *Dikasterion* zu bringen. Ebenso kam es zur Hauptverhandlung vor dem Geschworenengerichtshof, wenn in der *anakrisis* oder in den *prodikasiai* kein Einvernehmen zwischen den Parteien zustande kam.⁸⁵

Das Vorverfahren war für das erfolgreiche Prozessieren vor den Geschworenen unverzichtbar, denn in der Hauptverhandlung galt das Neuerungsverbot. Das Vorbringen neuer Beweismittel war also nicht mehr erlaubt. Die Parteien mussten im Vorverfahren unter Leitung des Hegemon den wesentlichen Prozessstoff sammeln; und nur die vorgebrachten Beweismittel, die in versiegelten Tongefäßen, so genannten *echinoi*, aufbewahrt und an das zuständige Gericht übermittelt wurden, waren für die Beweisführung zulässig.⁸⁶ Die in den Plädoyers der Parteien angeführten Beweismittel unterlagen der freien Beweiswürdigung der *Dikasterien*, denn das attische Prozessrecht kannte, jedenfalls seit der klassischen Zeit, im Gegensatz zum Recht von Gortyn keine formelle Beweistheorie.⁸⁷

Aristoteles unterschied fünf kunstlose Beweismittel, und zwar Gesetze, Zeugenaussagen, Urkunden, Sklavenaussagen und Eide, von den künstlichen Beweismitteln, welche durch die rhetorische Kunst des Redners erst geschaffen wurden.⁸⁸ In Anbetracht dessen, dass das Geständnis in dieser Aufzählung fehlt, wird

⁸⁴ THÜR in BURCKHARDT, Große Prozesse 36ff.

⁸⁵ THÜR in BURCKHARDT, Große Prozesse 36ff.

⁸⁶ THÜR in MANTHE, Rechtskulturen 210.

⁸⁷ HEFFTER, Gerichtsverfassung 331; LEISI, Zeuge 107ff.

⁸⁸ LEISI, Zeuge 1; LIPSIUS, Das Attische Recht 866.

anschließend der Frage nachgegangen, ob es als Beweismittel im attischen Verfahrensrecht trotzdem von Belang war.

4.1. Das ausdrückliche Geständnis

In der Vorverhandlung hatten weder die Archonten noch die amtlichen Diaiteten das Recht zur Befragung der Parteien. Nur die Parteien selbst durften einander Fragen stellen.⁸⁹ Allerdings war der Gerichtsvorstand berechtigt, den Gegner zur Beantwortung der Frage zu zwingen, denn ein in der Rede des Demosthenes wider Stephanum II erwähntes Gesetz ordnete im Vorverfahren den Antwortzwang an:

„Von den zweien Widersachern soll der eine dem andern auf dessen Frage antworten, nicht aber sollen sie einander zeugen.“⁹⁰

Die Beantwortung der Frage konnte entweder durch die Erteilung bestimmter Auskünfte oder in der Form eines Zugeständnisses erfolgen.⁸⁹ Die Wirkung eines solchen Geständnisses legte ebenfalls ein Gesetz fest:

„[...] (das Gesetz), welches anordnet, daß gegenseitige Homologien („Das-Gleiche-Sprechen“) maßgeblich sind, die vor Zeugen geleistet werden.“⁹¹

Die Lehre⁹², vor allem THÜR⁹³, kam zu dem Schluss, dass der Gegenstand dieses Gesetzes das im Vorverfahren abgelegte Geständnis bezüglich einzelner Prozessbehauptungen des Gegners gewesen sei. Demnach musste ein Zugeständnis in der *anakrisis* oder in der amtlichen *diaita* bezeugt werden, um vor Gericht nicht mehr abgestritten und als Beweismittel anerkannt werden zu können.

Des Weiteren ist das Erfordernis der Beglaubigung eines Geständnisses durch ein Zeugnis auch in der Rede des Demosthenes gegen Aphobus I belegt:

„[...] obgleich so viele handgreifliche Beweise dir die Lügen in den Hals hineintreiben, Aphobe; einmal dieser, daß du gegen Demochorem, und gegen die anderen, die als Zeugen zugegen waren, gestanden hast, das Geld in Empfang genommen zu haben; [...]“⁹⁴

⁸⁹ THÜR, Basanos 152.

⁹⁰ REISKE, Reden 5, 315.

⁹¹ Dem 42, 12; zit von THÜR, Basanos 155 FN 110.

⁹² JAKAB in RUPPRECHT, Symposium 87.

⁹³ THÜR, Basanos 155f.

⁹⁴ REISKE, Reden 4, 171.

Abgesehen von der Abgabe des gerichtlichen Zugeständnisses in der Gegenwart von Zeugen wurden keine weiteren Bedingungen an dessen Gültigkeit als Beweismittel gestellt.⁹⁵ Darüber hinaus konnte unter derselben Voraussetzung auch ein außergerichtliches Geständnis als Beweisstück vorgelegt werden.⁹⁶ In folgender Rede des Demosthenes wider Aphobus III wird das Geständnis von Aphobus, das er im Vorverfahren eines anderen Prozesses abgelegt hatte und das in der Hauptverhandlung bezeugt wurde, als Beweis geltend gemacht:

„Dieser Stephanus bezeugte nemlich vor den Richtern, daß Aphobus selber mit eigenem Munde dem Schiedsrichter gestanden hätte, daß Milyas ein Freyer sey.“⁹⁷

Obwohl ein ausdrückliches Zugeständnis in der Regel freiwillig geleistet wurde, kam es in einigen Fällen zur Folterung, um ein Geständnis zu erpressen. Während es durch ein so genanntes Psephisma⁹⁸, einem unter dem Archon Skamandrios gefassten Volksbeschluss, verboten war, attische Bürger der Tortur zu unterziehen, gab es keine Rechtsvorschrift, welche die Folterung freier Nichtbürger verboten hätte. Einige freie Fremde waren deswegen der peinlichen Befragung durch die Staatsbeamten ausgesetzt gewesen, weil sie verdächtigt wurden, Verbrechen gegen den Staat begangen zu haben, wie zum Beispiel Hochverrat oder das Eingehen eines hinterhältiger Bundes mit dem Landesfeind.⁹⁹

Abgesehen von *basanoi* an Freien in politischen Verfahren, nehmen *LIPSIUS* und *GUGGENHEIM* die rechtlich erlaubte Vornahme der Folterung freier Fremder auch in Blutprozessen an. *THÜR* dagegen spricht die Vermutung aus, dass in den überlieferten Reden, in denen Freie im Rahmen von Blutprozessen gefoltert wurden, es sich zum einen Teil sehr wahrscheinlich um Sklaven gehandelt habe und zum anderen Teil die Untersuchung von politischen Verbrechen im Mittelpunkt der Verfahren gestanden sei.¹⁰⁰

Auf jeden Fall spielte die *basanos* zum Zweck des Geständnisses im attischen Verfahrensrecht kaum eine Rolle, denn in den Gerichtsreden ist nur ein einziges Foltergeständnis belegt. Ein Sklave gestand seine Mitschuld am Mord des Herodes.

⁹⁵ *LEISI*, Zeuge 1; *LIPSIUS*, Das Attische Recht 866f.

⁹⁶ *HEFFTER*, Gerichtsverfassung 301; *PLATNER*, Process 214f.

⁹⁷ *REISKE*, Reden 4, 229.

⁹⁸ *GUGGENHEIM*, Folter 17; *LIPSIUS*, Das Attische Recht 895.

⁹⁹ Zahlreiche Quellenstellen finden sich bei *LIPSIUS*, Das Attische Recht 894 FN 118; *THÜR*, *Basanos* 15ff.

¹⁰⁰ *GUGGENHEIM*, Folter 22ff; *LIPSIUS*, Das Attische Recht 895 FN 122; *THÜR*, *Basanos* 22.

Da er ein Unfreier war, folgte aus seinem Geständnis die Hinrichtung, während ein geständiger Freier aufgrund des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung keine unmittelbare Konsequenz daraus hätte fürchten müssen.¹⁰¹

Im Anschluss daran soll nun untersucht werden, inwieweit das Recht in Athen neben dem ausdrücklichen auch ein schlüssiges Geständnis im Vorverfahren kannte und welche Auswirkungen damit verbunden waren.

4.2. Die Ablehnung einer Proklesis

Aus der Vielzahl der verschiedenen Provokationen¹⁰² ist zum Zweck der Erforschung des Geständnisses nur die Ablehnung von zwei dieser Arten maßgebend. Erstens ist die förmliche Aufforderung an den Gegner, in die Folter von Sklaven, die im Eigentum der Parteien oder Dritter stehen, einzuwilligen, und zweitens das Ersuchen, die Zustimmung zur Ablegung eines angebotenen Eides zu geben bzw selbst einen Eid zu schwören, von Interesse.

4.2.1. Die Ablehnung der *proklesis eis basanon*

In Athen durften nur volljährige und freie Männer ein Zeugnis vor Gericht ablegen, unabhängig davon, ob sie das attische Bürgerrecht genossen oder Fremde waren. Da das attische Recht grundsätzlich von der Unglaubwürdigkeit der Sklaven ausging, waren Zeugnisse von Unfreien strengstens untersagt¹⁰³. Infolgedessen waren ihre Aussagen vor Gericht nur dann als Beweismittel zulässig, wenn sie vorher der privaten Folter unterzogen worden waren.¹⁰⁴ Eine durch die Tortur erhaltene Aussage eines Sklaven hatte sogar einen höheren Beweiswert als die Zeugenaussage von Freien.¹⁰⁵

Die Tatsache, dass in den Quellen keine einzige Verwertung einer solchen Sklavenaussage vor Gericht zu finden ist¹⁰⁶, lässt den Schluss zu, dass nicht die durch die Aussage des Sklaven gewonnene Klärung eines Streitpunktes oder des gesamten Rechtsstreites das Ziel der Proklesis war. Vielmehr war sie eine schlaue Taktik der Parteien und verfolgte den Zweck, den Gegner zur Verweigerung

¹⁰¹ THÜR, Basanos 24 FN 50.

¹⁰² Eine umfassende Aufzählung findet sich bei HUDTWALCKER, Diäteten 41ff.

¹⁰³ Im Stadtrecht von Gortyn waren Unfreie allerdings zeugnisfähig; vgl THÜR, Basanos 26.

¹⁰⁴ GUGGENHEIM, Folter 1ff.

¹⁰⁵ GUGGENHEIM, Folter 66; LIPSIUS, Das Attische Recht 888.

¹⁰⁶ GUGGENHEIM, Folter 62; THÜR, Basanos 287.

derselben zu bringen. Die Nichtannahme wurde in der Rede vor dem Gericht argumentativ herangezogen, um die Geschworenen zu manipulieren, indem die Logographen die Weigerung der Basanos als indirektes Geständnis interpretierten.¹⁰⁷ Das attische Gesetz knüpfte allerdings an die Ablehnung dieser Proklesis nicht das Präjudiz des Geständnisses, sondern diese galt rechtlich nur als Indiz für das Eingestehen von Prozessbehauptungen:¹⁰⁸

*„[...] auch, wenn ihm an der Ergründung der Wahrheit gelegen, und es damit sein rechter Ernst gewesen wäre, den Sklaven zur scharfen Frage begehret habe, damit, wenn ich ihn auszuliefern mich geweigert hätte, jederman ein widriges Vorurtheil wider mich gefaßt hätte [...]“*¹⁰⁹

Die aus dem Faktum der Ausschlagung der Folter von den Rednern formulierten Beweise werden daher von *LIPSIUS* und *THÜR* richtigerweise zu den künstlichen Beweismitteln gezählt.¹¹⁰

4.2.2. Die Ablehnung der *proklesis eis horkon*

Der starke Glaube der Griechen an die Götter auf dem Olym und dessen Präsenz in praktisch allen Lebensbereichen erklärt die große Bedeutung der Eide in den Prozessen der archaischen Zeit. Da die griechische Bevölkerung große Furcht vor den im Falle eines Meineids drohenden schweren Strafen der göttlichen Bewahrer des Eides hatten, ging man im Allgemeinen davon aus, dass niemand einen solchen frevelhaften Eid schwören würde, und falls doch, die Götter durch ihre Rache am Meineidigen und dessen Nachkommen den Rechtsstreit letztendlich entscheiden würden.¹¹¹

Wurde eine Streitsache vor den Amtsträger gebracht, entschied dieser nicht selbst in der Sache, sondern formulierte in einem ersten Verfahrensabschnitt nur den Eid, den er einer der Parteien durch Spruch (*dikazein*) auferlegte. Es erging also ein Beweisurteil. War die Partei im zweiten Teil des Verfahrens bereit, den Schwur in ritualisierter Form korrekt zu leisten, verlor der Gegner den Prozess. Die freiwillige Ablegung des vorformulierten Eides hatte in der frühen griechischen Zeit daher eine

¹⁰⁷ *GUGGENHEIM*, Folter 68f; *THÜR*, Basanos 263; *WOLFF*, Demosthenes 17.

¹⁰⁸ *THÜR*, Basanos 262ff.

¹⁰⁹ *REISKE*, Reden 4, 245.

¹¹⁰ *LIPSIUS*, Das Attische Recht 867 FN 4; *THÜR*, Basanos 147.

¹¹¹ *GILBERT*, Beiträge, JcPh 1897, 443 (464).

streitbeendende Wirkung. Durch die Blutgesetze Drakons verloren die Eide ihre prozessentscheidende Funktion. Zum einen sah das Gesetz vor, dass der Basileus für beide Parteien Eide (*diomosiai*) festzulegen hatte, und zum anderen entschieden die Epheten darüber, wessen Eid der rechte sei.¹¹²

Dieser doppelte und lediglich prozesseinleitende Eid wurde später durch die solonischen Gesetze neben den Blutgerichtsverfahren für alle Prozesse angeordnet, allerdings nur dann, wenn keine Zeugenaussagen und Urkunden als Beweismittel zur Verfügung standen. Die Ausdehnung der Verwendung dieser assertorischen Eide auf alle Gerichtsverfahren führte dazu, dass im attischen Prozessrecht der klassischen Zeit der von der Behörde den Parteien aufgetragene Eid nicht mehr existierte.¹¹³

Trotz des Verlustes seines hohen Stellenwertes, welcher dem Eid¹¹⁴ in der frühen Polis zukam, spielte er aber auch ab dem 5. Jahrhundert v. Chr. noch eine wichtige Rolle, und zwar in Form des von der Gegenpartei zugeschobenen Eides. Dieser Eid soll nun im Folgenden genauer auf seinen Zusammenhang mit dem Geständnis untersucht werden.

Da im Prozess der klassischen Zeit, mit Ausnahme der im Gesetz vorgeschriebenen prozessbegründenden Eide, den Parteien ein solcher Schwur von der Behörde nicht mehr aufgezwungen werden konnte, war die Zustimmung beider Parteien zur Erbringung des Eides im Vorverfahren Voraussetzung für dessen Geltung als Beweismittel in der Hauptverhandlung. Aus diesem Grund hatte eine Partei, wollte sie neues Beweismaterial durch den Eid des Gegners schaffen, nur die Möglichkeit, ihn durch eine förmliche Aufforderung zur Vornahme der gewünschten Handlung zu bewegen. Der Gegner konnte diese Proklesis annehmen oder die Leistung des Eides verweigern.¹¹⁵

In den Quellen ist nur ein einziger Fall belegt, in dem der Provozierte eingewilligt und den geforderten Eid erbracht hat. Aufgrund dessen kam *LIPSIUS*¹¹⁶ zu dem Schluss, dass die Parteien mit einer Proklesis zur Ablegung eines Eides nicht den Zweck verfolgten, die Wahrheit ans Licht zu holen und unter Beweis zu stellen, sondern im Gegenteil den geforderten Eid so geschickt formulierten, dass der Gegner diesen nur ablehnen konnte. Der Provokant zog dann aus der von ihm

¹¹² THÜR in *MANTHE*, Rechtskulturen 203ff.

¹¹³ GILBERT, Beiträge, JcPh 1897, 443 (465ff); LIPSIUS, Das Attische Recht 896.

¹¹⁴ Es wird lediglich der Eid der Parteien behandelt, da nur dieser in Hinsicht auf das Geständnis von Relevanz war. Zum Zeugeneid vgl. GILBERT, Beiträge, JcPh 1897, 443 (467).

¹¹⁵ LIPSIUS, Das Attische Recht 895.

¹¹⁶ LIPSIUS, Das Attische Recht 896.

vorausgesehenen und geplanten Weigerung der Annahme seinen Nutzen, in dem er diese Tatsache in seinem Plädoyer vor den Richtern zu Ungunsten des Gegners verwertete. Wie war die Ablehnung der Proklesis zur Eidesleistung jedoch rechtlich zu beurteilen? Um diese Frage zu beantworten, sollen nachfolgend die relevanten Stellen einiger Gerichtsreden zusammengestellt und geprüft werden, in denen die Verweigerung der Gegenpartei, den geforderten Eid abzulegen, thematisiert wurde:

I. Demosthenes wider Böotum I und II:

„Und die Sache lief für meinen Vater [...] übel ab. Er fürchtete sich nemlich, die Sache vor die Gerichte kommen zu lassen [...], und weil er dachte, daß dieser Schritt ihrem Handel ein Ende machen würde, so both er ihr den Eid an.“¹¹⁷

„[...] und so mein Vater ihr vor dem Schiedsmanne den Eid, daß diese Kinder aus seinen Lenden gekommen wären, anbieten würde, solchen abzuschlagen... Denn geschähe das, so hätten beide Theile Vorthail davon. Die Kinder bekämen das hiesige Bürgerrecht, und auch mein Vater könnte [sic] vor ihren Anfällen gesichert sein, wenn ihre Mutter den Eid wirklich verweigert hätte, wie sie zu thun angelobet hatte.“¹¹⁸

II. Demosthenes wider Callippum:

„Solte [sic] endlich wohl mein Vater so los gekommen und nicht vielmehr auf der Stelle verurtheilt worden sein, als er den Eid, den Callipus, seinem Vorgeben nach, ihm zuschob, von sich wegschob?“¹¹⁹

III. Demosthenes wider Aphobus III:

„Ich habe gewiesen, daß er dasjenige Anerbieten von mir, gleich den andern, von der Hand gewiesen hat, als ich nemlich versprach, unter einer gewissen Bedingung, endlich er härten zu wollen, daß er, Aphobus, bekannt hätte, daß Milnas ein Freyer sey, [...] und als ich zugleich versprach, ihm von der ihm gerichtlich auferlegten Schuldbuße so viel abgehen zu lassen, [...] unter der Bedingung nemlich, wenn er das Gegentheil hievon er härten, und solchen Eydschwur mit einem Fluche

¹¹⁷ REISKE, Reden 5, 24f.

¹¹⁸ REISKE, Reden 5, 66.

¹¹⁹ REISKE, Reden 5, 518.

wider seine eigne Tochter verpönen wollte. Bey Jupiter, so das nicht überweisen ist, so weiß ich in der Welt nicht mehr, was überweisen sonst heißen könne.“¹²⁰

Diese Stellen werden in der Lehre von HUDTWALCKER¹²¹ dahingehend ausgelegt, dass das attische Recht im Falle der Ausschlagung eines geforderten Eides die *poena confessi* vorsah. Nach dieser Ansicht enthielt die Nichtleistung des Schwurs also ipso iure ein Geständnis des Gegenteils dessen, was der Gegner in dem von ihm vorgelegten Eid formuliert hatte, und führte sogleich zur Niederlage des sich Weigernden im Prozess. Auch LIPSIVS¹²² vertritt diese Ansicht, zumindest in jenen Fällen, in denen eine rechtserhebliche Tatsache ohne die Ablegung des zugeschobenen Eides nicht ermittelt werden kann. Er erwähnt in diesem Zusammenhang auch die Rede des Demosthenes gegen Neaira¹²³, in der die Klage von Phrastor gegen seine Verwandten, die sich weigerten, seinen Sohn anzuerkennen und in das Familienstammbuch einzuschreiben, abgewiesen wird, weil er den verlangten Eid nicht geschworen hat.

Im Gegensatz dazu kommt GERNET¹²⁴, dem HARRISON¹²⁵ beipflichtet, zu dem Ergebnis, dass eine Weigerung der *proklesis eis horkon* lediglich vor den amtlichen Diäketen prozessentscheidende Wirkung hatte, und vor den Archonten in der *anakrisis* bzw in den *prodikasiai* nur als ein neues Beweismittel zulasten der aufgeforderten Partei angesehen wurde, dessen Beurteilung der freien Beweiswürdigung der Richter in der Hauptverhandlung unterlag. HEFFTER¹²⁶ dagegen verneint mit dem Hinweis auf die materielle Beweistheorie im attischen Prozessrecht die Möglichkeit, dass das Gesetz an das Präjudiz des schlüssigen Geständnisses, unabhängig davon, vor welcher Behörde die Provokation abgelehnt wurde, eine prozessbeendende Wirkung geknüpft hat.¹²⁷ Ebenso geht PLATNER¹²⁸ nicht vom Verlust des Prozesses als gesetzlich angeordnete Konsequenz einer nicht

¹²⁰ REISKE, Reden 4, 272.

¹²¹ HUDTWALCKER, Diäteten 53.

¹²² LIPSIVS, Das Attische Recht 898.

¹²³ LIPSIVS, Das Attische Recht 899 FN 137.

¹²⁴ GERNET, Droit et société 110f.

¹²⁵ HARRISON, Procedure 152.

¹²⁶ HEFFTER, Gerichtsverfassung 314f.

¹²⁷ Wurde der Eid bereits förmlich angenommen, danach jedoch nicht geleistet, hat diese Verweigerung der Eidesleistung nach HEFFTER allerdings schon eine dezisive Wirkung. Im Fall der Ausschlagung eines vom Gegner angebotenen Eides hatte der Ablehnende nur rhetorische Schlussfolgerungen des Gegners zu fürchten; vgl HUDTWALCKER, Diäteten 56; LIPSIVS, Das Attische Recht 898.

¹²⁸ PLATNER, Process 248ff.

angenommenen Provokation aus.

Auch wenn in den Quellen keine Rechtsvorschrift erwähnt wird, welche die Behandlung der die Aufforderung zum Eid ablehnenden Partei als *confessus* ausdrücklich anordnet, so könnte man, betrachtet man vor allem die oben angeführte Stelle in der Rede des Demosthenes wider Aphobus III, durchaus davon ausgehen, dass in der Regel, sobald der Eid verweigert wurde, das Gegenteil des zu Beschwörenden als bewiesen angenommen wurde und als zugestanden galt. Diese Annahme wird durch die Tatsache untermauert, dass abgelehnte Provokationen bezeugt wurden, um als Beweismittel vor Gericht anerkannt werden zu können:

„Es gibt zwar unter den Anverwandten Callippi Leute, die unverschämt genug sind zu bezeugen, daß mein Vater einen Eid von sich abgelehnt habe, den Callippus ihm [...] zugebracht hätte.“¹²⁹

Trotz der zahlreichen Quellenstellen, welche die streitbeendende Wirkung der ausgeschlagenen *proklesis eis horkon* zu belegen scheinen, nach *GERNET* und *HARRISON* allerdings nur dann, wenn die Aufforderung in der amtlichen *Diaita* erfolgte, sollten die Worte des Logographen nicht allzu wortgetreu aufgefasst werden, denn sie könnten auch in einem anderen Sinn interpretiert werden. So muss zum Beispiel die Aussage des Redners, die Verweigerung des von Kallipp begehrten Eides durch Pasion hätte unstreitig sofort zu dessen Verurteilung durch den Schiedsrichter geführt, nicht zwangsläufig bedeuten, dass das attische Gesetz diese Folge ohne Weiteres angeordnet hat, anstatt eine freie Würdigung des indirekten Eingeständnisses durch den *Diaiteten* vorzusehen. Vielmehr könnte diese Äußerung auch in der Weise zu verstehen sein, dass die im Eid formulierten Tatsachen von so grundlegender Bedeutung für den Rechtsstreit waren und die Geständnisfiktion des Gegenteils dieser Tatsachen dem amtlichen Schiedsrichter eine rasche und zuverlässige Beurteilung der Streitsache gestattete und er somit ohne weitere Verfahrensschritte die Verurteilung aussprechen konnte.¹³⁰

Betrafen die im Eid dargelegten Tatsachen demgegenüber jedoch nur einzelne und weniger relevante Streitpunkte, konnte die Ablehnung eines solchen Eides und dessen Behandlung als Zugeständnis allein wohl kaum ausreichend sein, um unmittelbar eine Entscheidung bezüglich des ganzen Rechtsstreits zu treffen und zur

¹²⁹ REISKE, Reden 5, 511.

¹³⁰ MACHO kommt zu einem ähnlichen Ergebnis, allerdings betreffend die Wirkung eines angenommenen Eides und nicht hinsichtlich dessen Ablehnung; vgl *dies*, *Anakrisis* 97ff.

Beendigung des Verfahrens zu führen.

Die Ergebnisse dieser Recherche zeigen, dass das Geständnis, obwohl es in der Auflistung von Aristoteles als kunstloses Beweismittel nicht aufscheint, dennoch von Bedeutung war, auch wenn es im Vergleich zum genannten Beweismaterial weniger oft vorkam und somit eine bescheidenere Rolle im attischen Gerichtsverfahren spielte. Sowohl das gerichtliche als auch das außergerichtliche ausdrückliche Geständnis mussten jedoch im Beisein von Zeugen erfolgen, damit diese es bestätigen konnten, sollte der Geständige es in der Hauptverhandlung leugnen. Ferner kannte das attische Prozessrecht auch ein stillschweigendes Geständnis. Während sich der einen geforderten Eid Ablehnende dem Präjudiz des Geständnisses unterwarf, dessen Beweiskraft dem Ermessen der Richter überlassen worden war, stellte die Nichtannahme eines angebotenen Eides und der *proklesis eis basanon* nur ein Indiz eines Zugeständnisses dar und war somit nur ein künstliches Beweismittel der Logographen.

Bezugnehmend auf die in der Einleitung aufgestellte Forschungsfrage konnte aufgezeigt werden, dass die antiken Griechen das Geständnis als ein Instrument zur Wahrheitsfindung handhabten. Dass die Ergründung des wirklichen Sachverhalts ihnen sehr am Herzen lag, beweist nicht nur die Charakterisierung des Geständnisses im ordentlichen Verfahren als materielles Beweismittel. Denn selbst im schnellen Arrestverfahren, dessen Wurzeln tief in die archaische Zeit zurückreichten, genügte das Geständnis nicht für eine Hinrichtung, sondern wurde insofern auf seine Richtigkeit überprüft, als man zusätzlich die Betretung des Geständigen auf frischer Tat forderte.

II. Das Geständnis im antiken Rom

1. Das Geständnis im römischen Zivilverfahren

1.1. Die *confessio in iure* und die *interrogatio in iure* im Legisaktionen- und Formularverfahren

Nicht nur im antiken Griechenland, sondern auch im ältesten römischen Recht war der gerichtliche Prozess in zwei Verfahrensabschnitte geteilt. Der in Athen üblichen Zweiteilung in eine *anakrisis* vor einem Archonten oder Diaiteten und in ein Hauptverfahren vor einem Dikasterion entsprach in Rom die Aufteilung in das Verfahren vor dem Prätor (*in iure*) und das Verfahren vor dem Richter (*apud iudicem*). Während jedoch in Athen die Rechtsprechung in der Hand der großen Geschworenengerichtshöfe lag, hatten in Rom dagegen Einzelrichter den Rechtsfall zu entscheiden.¹³¹

In der ältesten römischen Verfahrensart, dem Legisaktionenprozess, war das Verfahren *in iure* von strengen Spruchformeln geprägt. Für die Abfassung dieser starren Phrasen fungierten vor allem die Vorschriften im Zwölftafelgesetz und spätere Normen des Volkes als Vorbild, weshalb die Klage und Klagebeantwortung als *leges actiones* bezeichnet wurden.¹³² Im vorklassischen Verfahrensrecht mussten die Parteien die für ihren Rechtsstreit passenden komplizierten Wortwendungen aus der überschaubaren Menge an Sprüchen, die geistliche Rechtsgelehrte zur Verfügung stellten, selbst auswählen und nach einer formlos geführten Vorverhandlung vor dem Prätor exakt wiedergeben.¹³³ Das Verfahren *in iure* endete mit der *litis contestatio*, mit der die Parteien den Prozess vertraglich durch den gemeinsamen Aufruf von Zeugen und durch das daran anschließende Rezitieren der rituellen Spruchformeln begründeten.¹³⁴ Versprach sich eine Partei beim Aufsagen, bedeutete dies die Niederlage im Prozess, denn der Prätor entschied über die Zulassung der *legis actio* nur dann positiv, wenn diese in seiner Gegenwart formvollendet erfolgte. Die

¹³¹ THÜR in BURCKHARDT, Große Prozesse 36f; SEIDL, Römische Rechtsgeschichte 173f; WESEL, Geschichte 57f.

¹³² KUNKEL, Römische Rechtsgeschichte 83; KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht 35; WENGER in JÖRS, Geschichte 263.

¹³³ KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht 69f; SEIDL, Römische Rechtsgeschichte 165; WENGER in JÖRS, Geschichte 263; WESEL, Geschichte 59.

¹³⁴ KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht 75ff; SEIDL, Römische Rechtsgeschichte 161; WENGER in JÖRS, Geschichte 260f.

Formstrenge des Legisaktionenverfahrens traf jedoch nicht nur die Parteien, sondern auch die Zeugen, weil ihre Aussagen im zweiten Verfahrensteil über die Begehren des Klägers und des Beklagten vor dem Gerichtsmagistrat mit diesen ebenfalls wortgetreu übereinstimmen mussten.¹³⁵

Ob die Festlegung des Laienrichters ein Teil der Litiskontestation war oder vor bzw. nach diesem Formalvertrag erfolgte, ist umstritten. Jedenfalls wurde ein Privatmann, der den Streit entscheiden sollte, entweder durch Los nach einem *album iudicum selectorum* bestimmt oder die Parteien einigten sich auf einen ihrer Mitbürger. Hinzu trat der Judikationsbefehl des Prätors, wodurch der Richter ein doppeltes Mandat innehatte und sich vom bloßen Schiedsrichter unterschied.¹³⁶

Neben dem Legisaktionenprozess entstand im dritten Jahrhundert v. Chr. das Formularverfahren, das ebenso zweigeteilt war, jedoch die unabänderlichen ritualisierten Wortformeln durch Schriftformeln ersetzte, deren Anwendung wesentlich flexibler gestaltet wurde. Diese neue Prozessart, die zunächst nur zwischen römischen Bürgern und Fremden vor dem Fremdenprätor stattfand, wurde schon bald auch zwischen Römern erlaubt und bereits 200 v. Chr. vor dem Stadtprätor abgehalten. Der Gegensatz zum Legisaktionenverfahren wurde vor allem durch die Ausweitung der Befugnisse des Gerichtsmagistrats deutlich. Im Schriftformelverfahren wurde den Parteien die Entscheidung für eine bestimmte Klageart abgenommen, indem der Prätor selbst, nachdem ihm die Parteien formlos den Sachverhalt erläutert hatten, den er ungeprüft als wahr annehmen musste, die *actio* schriftlich determinierte. Fand sich für den jeweiligen Sachverhalt keine *legis actio*, war der Prätor frei, neue Klagearten anzubieten oder bestehende in jede Richtung abzuändern, und so entwickelte er damit das Recht weiter. Der Prätor wurde derart zum „*Richterkönig*“¹³⁷, der sich mit seinen neu geschaffenen *actiones* oft sehr weit vom Gesetz entfernte, die er jedoch in einem Edikt veröffentlichte und den Rechtssuchenden somit zur Verfügung stellte. Im Gegensatz dazu hatte sich der Laienrichter, der *iudex*, streng nach der Formel des Prätors zu richten und den Sachverhalt zu prüfen. Das Edikt eines Prätors wurde von seinen Nachfolgern oft freiwillig übernommen, erweitert und verändert. Allerdings durfte der Prätor

¹³⁵ KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht 35; WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 161; WENGER in JÖRS, Geschichte 263.

¹³⁶ KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht 79; SEIDL, Römische Rechtsgeschichte 161; WENGER in JÖRS, Geschichte 261; WESEL, Geschichte 58.

¹³⁷ SEIDL, Römische Rechtsgeschichte 165.

jederzeit von seinem Edikt abweichen. Dieser Missstand wurde erst 67 v. Chr. durch die *lex Cornelia* behoben. Mit der *lex Iulia iudiciorum privatorum* löste Kaiser Augustus 17 v. Chr. den Legisaktionenprozess endgültig durch das Formularverfahren ab.¹³⁸

Diese beiden Zivilprozessarten im republikanischen und klassischen Zeitalter Roms kannten die *confessio in iure*, die *confessio* im Rahmen der *interrogatio in iure* und die *confessio in iudicio*.¹³⁹ KASER/HACKL¹⁴⁰ vertreten den Standpunkt, dass die Römer unter dem Terminus „Geständnis“ sowohl das Anerkenntnis des Klageanspruchs als auch das reine Tatsachengeständnis verstanden haben, ohne dazwischen begrifflich zu unterscheiden, wie es im modernen Recht üblich ist. Der Zusatz „in iudicio“ für das Zugeständnis von Tatsachenbehauptungen des Gegners sei aus diesem Grund auch „nicht technisch“¹⁴¹. Ebenso berichtet SAVIGNY, dass in den Quellen des römischen Rechts nur die Beifügung *in iure* zu finden sei. In allen Fällen, in denen die Quellen das Wort *confessio* bzw *confessus* ohne einen Zusatz verwenden, sei aufgrund der besonderen Wirkung stets nur die Außerstreitstellung des Klagebegehrens gemeint.¹⁴²

Aufgrund der Zweiteilung des römischen Zivilverfahrens war die *confessio* im ersten Prozessteil, im Verfahren *in iure*, für gewöhnlich ein Anerkenntnis. Da der Prätor den Sachverhalt nicht auf seine Wahrheit überprüfen durfte, war ein Geständnis über Tatsachen in diesem Verfahrensabschnitt wenig sinnvoll, im Gegensatz zur Einräumung der Richtigkeit des Klageantrags.¹⁴³ Durch die *confessio in iure* wurde das Verfahren *apud iudicem* hinfällig, denn es ersetzte den Urteilsspruch des Richters. Dieser Effekt als Urteilssurrogat wurde mit folgendem Leitsatz ausgedrückt: „*Confessus pro iudicato est/ habetur.*“¹⁴⁴ Die *confessio* vor dem Prätor begründete formelle Wahrheit und berechtigte ebenso wie der Spruch des *iudex* zur sofortigen Vornahme der Exekution, sofern sie persönlich und in Anwesenheit des Klägers oder seines Stellvertreters abgegeben wurde, weder bedingt

¹³⁸ JAKAB/MANTHE in MANTHE, Rechtskulturen 267; KUNKEL, Römische Rechtsgeschichte 83f; WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 153ff; WENGER in JÖRS, Geschichte 263; WESEL, Geschichte 58f.

¹³⁹ GREMINGER, Das Zugeständnis 18; POLLAK, Gerichtliches Geständnis 3; SCHOOF, Entwicklung 25.

¹⁴⁰ KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht 366; vgl GREMINGER, Das Zugeständnis 18 FN 7; SCHOOF, Entwicklung 25 FN 2.

¹⁴¹ KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht 366 FN 36.

¹⁴² SAVIGNY, System VII 7.

¹⁴³ ENDEMANN, Beweislehre 126.

¹⁴⁴ Dig 42, 2, 1; zit von GIESKER, Vergleichung 37.

noch irrtümlich erfolgte und auch nicht unmöglich war. Diese Tragweite des Anerkenntnisses¹⁴⁵ war schon im Recht der Zwölftafeln schriftlich niedergelegt, welches für das Zugeständnis einer bestimmten Geldschuld (*certa pecunia*) den *confessus* mit einem Verurteilten auf dieselbe Ebene stellte. Hatte die *confessio* jedoch einen bestimmten Gegenstand oder eine unbestimmte Geldsumme zum Inhalt, also ein *incertum*, war zwar das Zugestandene dennoch formell wahr und galt als entschieden; einen unmittelbaren Exekutionstitel stellte eine solche *confessio in iure* allerdings nicht dar, weil der Urteilsspruch zur damaligen Zeit nur auf eine *certa pecunia* lauten durfte. Der Prätor musste also in den meisten Fällen trotzdem eine *formula* editieren und einen Richter bestellen. Die *confessio* wurde in die Formel des Gerichtsmagistrats einbezogen und die Klage als *actio confessoria* bezeichnet. Da der *iudex* an die *formula* und damit auch an den Inhalt der *confessio in iure* streng gebunden war, bestand seine einzige Aufgabe darin, das vom Beklagten vor dem Prätor Eingeräumte als exakte zahlenmäßige Schuld im Urteil festzulegen.¹⁴⁶

Durch ein prätorisches Edikt wurde bei gewissen Klagearten, die nicht auf eine bestimmte Geldschuld gerichtet waren, die Praxis eingeführt, in die Klageformel die Verpflichtung zur doppelten Schuldleistung im Falle der Überführung des leugnenden Beklagten aufzunehmen (*lis inficiando crescit in duplum*¹⁴⁷) bzw diese im Falle einer *confessio* auf das Einfache zu beschränken. Die Wirkung der *confessio in iure* wurde damit erweitert, denn gestand der Beklagte bei diesen bestimmten *actiones* den Rechtsanspruch seines Gegners zu, schützte sie ihn vor der Strafe, die Schuld doppelt bezahlen zu müssen.¹⁴⁸

Erst durch die *oratio divi Marci* und einen darauffolgenden Senatsbeschluss unter Kaiser Marcus Aurelius wurde im späten zweiten Jahrhundert n. Chr. auch die *confessio incerti* als Urteilssurrogat anerkannt und berechtigte daher ebenfalls zur sofortigen Vollstreckung der eingeräumten Schuld.¹⁴⁹

Obwohl, wie oben bereits erläutert, im Verfahren vor dem Prätor die *confessio* grundsätzlich ein Anerkenntnis des Klagebegehrens war, weil nur dieses *in iure*

¹⁴⁵ Nach DEMELIUS war aber die *confessio in iure* unwiderruflich; vgl DEMELIUS, *Confessio* 113; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* 270 FN 6.

¹⁴⁶ BETHMANN-HOLLWEG, *Versuche* 265ff; GIESKER, *Vergleichung* 37f u 43; GREMINGER, *Das Zugeständnis* 18f; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* 270ff; KELLER, *Der römische Civilprocess* 268f; POLLAK, *Gerichtliches Geständnis* 3f; SAVIGNY, *System* VII 8f u 12ff.

¹⁴⁷ Gaius IV § 9, 171; zit von SAVIGNY, *System* VII 13 FN c [sic].

¹⁴⁸ BETHMANN-HOLLWEG, *Versuche* 266ff; SAVIGNY, *System* VII 12ff; WALDSTEIN, *Römische Rechtsgeschichte* 162.

¹⁴⁹ POLLAK, *Gerichtliches Geständnis* 4; SAVIGNY, *System* VII 15.

sinnvoll war, kam es auch in diesem Prozessabschnitt dennoch regelmäßig zur Ablegung von Tatsachengeständnissen, und zwar während der so genannten *interrogatio*. Da diese Befragung des Prätors bzw des Klägers die Klärung von Vorfragen, vor allem der Passivlegitimation des Beklagten, zum Ziel hatte, betraf ein in diesem Rahmen abgegebenes Geständnis nicht den Streitgegenstand als solchen und ist daher vom Tatsachengeständnis vor dem Laienrichter im zweiten Verfahrensteil abzugrenzen. Erteilte der Befragte bezüglich seiner Passivlegitimation eine bejahende Antwort, wurde sie, unabhängig davon, ob die zugestandene Tatsache der Wahrheit entsprach oder nicht, für wahr erachtet. Die *confessio* wurde als Beweissurrogat in die Formel des Magistrats inkludiert und damit dem Richter die Nachprüfung entzogen. Auch die positive Äußerung des Beklagten ohne vorausgehende Frage führte zum selben Ergebnis. Schwieg der Befragte trotz der Pflicht zur Antwort auf die *interrogatio in iure*, wurde ein Geständnis fingiert und seine Passivlegitimation angenommen.¹⁵⁰

1.2. Die *confessio in iudicio* im klassischen und im justinianischen Zivilprozessrecht

Im zweiten Prozessteil des Legisaktionen- und Formularprozesses, im Verfahren *apud iudicem*, in dem der Laienrichter über Beweisfragen entschied, nachdem der Prätor zuvor über alle Rechtsfragen befunden hatte, ergab sich der passende Zeitpunkt für die *confessio in iudicio*, die der heutigen Auffassung des Begriffs „Geständnis“ entspricht. Die von den Parteien erbrachten Beweise durfte der Richter ohne formale Regeln auf ihre Wahrheit prüfen. Das römische Gesetz enthielt also keine Vorschriften darüber, wann er eine Tatsache als erwiesen anzusehen hatte und wann nicht. Trotz der freien Beweiswürdigung (Dig 22, 5, 3, 2)¹⁵¹ war ihm die Ergänzung des von den Streitparteien vorgelegten Beweismaterials allerdings nicht gestattet. Ob auch ein Tatsachengeständnis vom Richter als Beweismittel frei gewürdigt werden durfte oder für den *confessus* und den *iudex* bindend war und formelle Wahrheit schuf, ist umstritten, weil die Quellen diesbezüglich kaum etwas

¹⁵⁰ v. CANSTEIN, Anerkennung, ZdCP 1879, 257 (263); ENDEMANN, Beweislehre 123f; GIESKER, Vergleichung 38f; GREMINGER, Das Zugeständnis 18 FN 8; KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht 253f; SCHOOF, Entwicklung 25 FN 3.

¹⁵¹ Diese Digestenstelle wird vom französischen Professor LÉVY, der sich eingehend mit dem römisch-kanonischen Beweissystem beschäftigte, als „Kardinalstelle für die freie richterliche Beweiswürdigung“ bezeichnet; vgl LEPSIUS, Der Richter und die Zeugen 8 FN 19 u 24.

preisgeben.¹⁵²

Das gerichtliche Geständnis über Tatsachen im Formularprozess wird zum Beispiel von v. *CANSTEIN*¹⁵³ als Dispositionsakt der gestehenden Partei und nicht nur als bloßes Beweismittel angesehen.

Ebenso geht *SCHMID*¹⁵⁴ davon aus, dass der *iudex* an eine *confessio iudicialis* gebunden war und ihren Inhalt seinem Urteil ungeprüft zugrunde legen musste. Ein Widerruf sei nur im Falle eines Irrtums oder wenn rechtlich oder tatsächlich Unmögliches eingestanden wurde, denkbar gewesen.

*DEMELIUS*¹⁵⁵ dagegen nimmt zwar auch die bindende Kraft des Geständnisses für den Richter an, schließt jedoch eine solche gegenüber dem Prozessgegner aus. Er glaubt also, das römische Zivilverfahrensrecht der klassischen Zeit habe den bedingungslosen Widerruf der *confessio in iudicio* erlaubt und somit dem Gestehenden die Möglichkeit gegeben, bis zum Schluss des Prozesses diese Tatsachen zu bestreiten und doch noch vom Richter auf ihre Wahrheit überprüfen zu lassen.¹⁵⁶

Folgt man diesen Annahmen, dann war das Geständnis im römischen Zivilprozess kein Instrument der Wahrheitsfindung. Im Gegensatz zum Zugeständnis im griechischen Recht hätte es nicht den Zweck gehabt, die materielle Wahrheit in Erfahrung zu bringen, sondern lediglich dazu gedient, Tatsachen als formell wahr zu postulieren, um den Rechtsstreit rasch zu einem Ende führen zu können.

Im Widerspruch zu den oben genannten Autoren vermutet *POLLAK*¹⁵⁷ aufgrund der freien Gestaltung des Verfahrens vor dem *iudex* keine Dispositivwirkung, sondern nur eine Beweiswirkung der *confessio in iudicio*.

Während *GIESKER*¹⁵⁸ bezüglich der Kraft des Geständnisses im Legisaktionen- und Schriftformelverfahren keinen Standpunkt beziehen wollte, betrachten *SAVIGNY*, *BETHMANN-HOLLWEG*, *ENDEMANN*, *SCHAUBERG* und *KASER/HACKL* das Geständnis vor dem *iudex* einstimmig als Beweismittel, an das

¹⁵² v. *CANSTEIN*, Anerkennung, ZdCP 1879, 257 (262); *BETHMANN-HOLLWEG*, Versuche 259 u 284f; *DEMELIUS*, Confessio 25 u 363; *KASER/HACKL*, Das römische Zivilprozessrecht 118 u 363; *SCHOOF*S, Entwicklung 25; *SEIDL*, Römische Rechtsgeschichte 178; *WENGER* in *JÖRS*, Geschichte 270; *WESEL*, Geschichte 59.

¹⁵³ v. *CANSTEIN*, Anerkennung, ZdCP 1879, 257 (263).

¹⁵⁴ *SCHMID*, Handbuch II 218.

¹⁵⁵ *DEMELIUS*, Confessio 368f u 377f.

¹⁵⁶ *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 4 FN 16; *SCHOOF*S, Entwicklung 27f.

¹⁵⁷ *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 4.

¹⁵⁸ *GIESKER*, Vergleichung 39.

der Richter nicht gebunden war, sondern frei entscheiden konnte, welchen Beweiswert er ihm beilegen wollte.¹⁵⁹

Nach ENDEMANN kam auch einem außergerichtlichen Tatsachengeständnis, zum Beispiel einer *confessio in iudicio* in einem anderen Verfahren, diese Beweiswirkung zu.¹⁶⁰

Bedenkt man das Schweigen der Quellen bezüglich des Tatsachengeständnisses, obwohl bezüglich der *confessio in iure* und der *confessio* auf *interrogatio in iure* in vielen Quellenstellen¹⁶¹ Vorschriften über ihre besonderen Folgen enthalten sind, ist es eher unwahrscheinlich, dass auch der *confessio iudicialis* formell bindendes Gewicht zukam. Hält man sich des Weiteren den Charakter des römischen Verfahrens *apud iudicem* vor Augen und vergleicht seine freie Gestaltung mit dem attischen Prozess, ist den oben genannten Autoren zuzustimmen. Das Tatsachengeständnis des römischen Legisaktionen- und Formularverfahrens hatte, wie auch das Geständnis im attischen Recht, den Zweck, als Beweismittel die materielle Wahrheit zu erforschen.

Das so genannte Kognitionsverfahren war die dritte Art des römischen Zivilprozesses, die sich in der nachklassischen Zeit entwickelt und im Jahr 342 n. Chr. das Schriftformelverfahren für immer verdrängt hatte. Die *cognitio extra ordinem* hob das bisherige zweigeteilte Verfahren, den *ordo iudiciorum* auf und ersetzte den *iudex* durch einen Beamtenrichter, der den gesamten Prozess allein leitete. Die formelle Beweistheorie verdrängte langsam den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, der noch zur Zeit des Prinzipats voll in Geltung stand.¹⁶²

Durch die Abschaffung der Zweiteilung des Verfahrens veränderte sich die Wirkung der *confessio in iure* nur geringfügig. Da der neue Prozess stets mit einem Urteil des Richters enden musste, war sie nun nicht mehr Ersatz des Urteils, sondern wurde wie die *confessio* auf *interrogatio in iure* formell bindende Grundlage für das Erkenntnis.¹⁶³ Aufgrund ihrer Unwissenheit über den *ordo iudiciorum* in der klassischen Zeit glaubten die Kanonisten und Glossatoren, die Regeln über die *confessio* im *Corpus iuris civilis* würden für alle Geständnisarten gelten und wiesen

¹⁵⁹ BETHMANN-HOLLWEG, Versuche 283f; ENDEMANN, Beweislehre 127; KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht 366; SAVIGNY, System VII 7 FN a; SCHAUBERG, Vergleichung 72.

¹⁶⁰ ENDEMANN, Beweislehre 128.

¹⁶¹ DEMELIUS, Confessio 25.

¹⁶² JAKAB/MANTHE in MANTHE, Rechtskulturen 269; WENGER in JÖRS, Geschichte 275ff; WESEL, Geschichte 60.

¹⁶³ GIESKER, Vergleichung 40; SCHAUBERG, Vergleichung 71.

deswegen auch dem Geständnis von Fakten bindende Kraft zu.¹⁶⁴ Auch SAVIGNY¹⁶⁵ und GIESKER¹⁶⁶ begreifen es im justinianischen Prozess als Dispositionsakt des Gestehenden.

Korrekt ist es allerdings, wie DEMELIUS¹⁶⁷ nachgewiesen hat, dass trotz des Wegfalls der Zweiteilung dem Tatsachengeständnis im amtlichen Kognitionsprozess dieselbe Wirkung zukommen muss wie der *confessio in iudicio* des Formularverfahrens. Denn auch das Zugestehen von einzelnen Fakten vor dem Prätor hatte, obwohl es im Verfahren *in iure* abgelegt wurde, keine formell bindende Kraft, sondern durfte vom *iudex* genauso frei gewürdigt werden wie ein vor ihm selbst erklärtes Zugeständnis. Also schon im Schriftformelverfahren entschied über die Wirkung einer *confessio* nicht nur der äußere Rahmen, in dem es abgegeben wurde, sondern es wurde auch auf den Inhalt abgestellt, der im justinianischen Prozess nach dem Untergang des *ordo iudiciorum* als einziges Unterscheidungskriterium übrigblieb.¹⁶⁸ So ist ENDEMANN, SCHAUBERG, KASER/HACKL und WENGER beizupflichten, die das gerichtliche Geständnis auch in der *extraordinaria cognitio* als frei zu bewertendes Beweismittel deklarieren.¹⁶⁹

Als Resultat kann zusammenfassend betont werden, dass das Geständnis im römischen Zivilprozessrecht sowohl in der Republik als auch in der Kaiserzeit ebenso wenig wie das im griechischen Prozessrecht formell festgestellte Tatsachen zu Wege brachte. Stattdessen war das zivilprozessuale Geständnis auch in der römischen Antike auf die Erforschung der materiellen Wahrheit gerichtet.

¹⁶⁴ POLLAK, Gerichtliches Geständnis 4f.

¹⁶⁵ SAVIGNY, System VII 7 FN a.

¹⁶⁶ GIESKER, Vergleichung 40f.

¹⁶⁷ DEMELIUS, Confessio 357ff u 364.

¹⁶⁸ BETHMANN-HOLLWEG, Versuche 283; DEMELIUS, Confessio 358f; SEIDL, Römische Rechtsgeschichte 179. Die *confessio in iure*, also das Anerkennen des Rechtsanspruchs des Gegners, wurde im Formularprozess, wenn sie vor dem *iudex* stattfand, als bloßes Beweismittel qualifiziert. Dagegen konnte, weil das *iudicium* dem *ius* einverleibt wurde, im Kognitionsprozess bis zum Urteil eine *confessio in iure* mit ihrer bindenden Kraft erfolgen; vgl *dieselben*.

¹⁶⁹ ENDEMANN, Beweislehre 129; KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht 600; SCHAUBERG, Vergleichung 74; WENGER in JÖRS, Geschichte 276.

2. Das Geständnis im öffentlichen Strafverfahren

2.1. Das Geständnis zu Beginn der staatlichen Strafgerichtsbarkeit

Bereits in der Zeit vor der Entstehung der Republik, als in Rom noch Könige herrschten, enthielten die damals geltenden Gesetze, die so genannten *leges regiae*, Vorschriften, die als die ältesten Belege des römischen Strafrechts angesehen werden. Vom öffentlichen Strafrecht im modernen Sinn ist dieses Strafsystem jedoch zu differenzieren, da es zum überwiegenden Teil Reglements für die Ahndung privater Strafdelikte statuierte, und zum anderen die staatliche Verfolgung vom sakralen Charakter durchdrungen und aufs engste mit dem starken Glauben der antiken Bevölkerung an das Dasein und Wirken von Göttern verwoben war.¹⁷⁰

Zu den wenigen *crimina publica* wurden jene Delikte gezählt, die sich gegen die Interessen der Staatsgemeinschaft sowie gegen die bestehenden sakralen Prinzipien und Regeln richteten. Diese Verbrechen wurden als Kränkung der Götter aufgefasst und aus diesem Grund mit religiösen Vergeltungsmaßnahmen sanktioniert.¹⁷¹

Während weniger ins Gewicht fallende Zuwiderhandlungen nur leicht bestraft wurden, indem der Täter ein einfaches *piaculum*, zum Beispiel die Opferung eines Tieres, zu leisten hatte, war die Hingabe eines solchen Sühneopfers bei gravierenderen Verstößen dagegen nicht erlaubt. Stattdessen wurde der Rechtsbrecher geächtet und aus der Gemeinschaft vertrieben, wodurch der Friedlose (*sacer*) der Rachgier des beleidigten Gottes ausgeliefert wurde und von jedem getötet werden durfte, ohne dass diesem ein Mord zur Last gelegt werden konnte.¹⁷²

Ursprünglich erfolgten das Recht, den Täter als Friedlosen zu charakterisieren, und die Tötungserlaubnis direkt aus der Tat. Die Schrankenlosigkeit dieser aus der Tat automatisch abgeleiteten Sakration führte schon früh zur Notwendigkeit eines Verfahrens, in dem die Sakration rechtmäßig festgestellt wurde. Aufgrund dessen verschwand bald darauf die bisher das Leben der frühen Römer prägende Vorstellung, die Konsekration leite sich von der Tat selbst ab. Nun wurden im öffentlichen Verfahren nicht mehr die durch die Handlung bereits eingetretene Sakration, sondern die Voraussetzungen für die Anordnung einer solchen sakralen

¹⁷⁰ SANTALUCIA, Verbrechen 1f.

¹⁷¹ WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 66.

¹⁷² KASER, Das altrömische Ius 48f; SANTALUCIA, Verbrechen 3ff; WALDSTEIN, Römisches Recht 66.

Übereignung festgestellt. Die Konsekration wurde also an das Urteil anstatt an die Tat geknüpft.¹⁷³ Aber nicht nur seine Person, sondern auch das Vermögen des Täters wurde der Gottheit preisgegeben, weshalb diese Strafe als *consecratio capitis et bonorum* bekannt war.¹⁷⁴ In diesen Sakrationsverfahren wird der Ausgangspunkt für die Entwicklung der weltlichen öffentlichen Strafgerichtsbarkeit des römischen Staates vermutet.¹⁷⁵ Denn sie verloren mit dem Dahinschwinden der Gottesfurcht immer mehr ihren sakralen Charakter und sahen alsbald für jedes Staatsverbrechen als einzige, nunmehr weltliche Sanktion, die Todesstrafe vor.¹⁷⁶

In diesen frühesten römischen Strafverfahren wurden nur offenkundige Taten verfolgt.¹⁷⁷ Ein Täter konnte aus diesem Grund nur verurteilt werden, wenn er entweder auf frischer Tat ertappt worden war oder seine Schuld zugestanden hatte, da das Geständnis bis zum Gesetz der Zwölftafeln ein Fall der Offenkundigkeit war.¹⁷⁸

Unklar ist, ob in den staatlichen Strafprozessen der König allein die rechtsprechende Befugnis innehatte, die sich ursprünglich auf die Feststellung der lediglich durch Offenkundigkeit erwiesenen Tat beschränkte¹⁷⁹, oder zuvor einen Ältestenrat anhören oder gar mit diesem gemeinsam eine Entscheidung treffen musste.¹⁸⁰ *SANTALUCIA* geht davon aus, dass im Laufe der Zeit auch dem Volk eine gewisse Rolle in der Strafgerichtsbarkeit zukam, da Nachweise für die Abhaltung von Volksversammlungen zum Zweck der Rechtsprechung gefunden wurden. In frühester Zeit erschöpfte sich dieser Anteil am Verfahren natürlich in der bloßen Gegenwart des Volkes. Doch scheint es naheliegend, dass sich die passive Teilnahme des Volkes sukzessive über ein aktives Mitentscheidungsrecht bei der königlichen Urteilsfindung zur alleinigen Befugnis dieser Komitien, die Strafgerichtsbarkeit auszuüben, bereits am Ende der Königszeit entwickelte.¹⁸¹ Denn jedenfalls wurden nach der Gründung der Römischen Republik im Jahr 510 v. Chr. öffentliche Strafverfahren allein vor den Komitien abgehalten.¹⁸²

¹⁷³ KASER, Das altrömische Ius 51ff.

¹⁷⁴ *SANTALUCIA*, Verbrechen 4f.

¹⁷⁵ KASER, Das altrömische Ius 51.

¹⁷⁶ KASER, Das altrömische Ius 53; WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 67.

¹⁷⁷ KASER, Das altrömische Ius 55.

¹⁷⁸ KASER, Das altrömische Ius 54 FN 8; v. SODEN, Confessio 23.

¹⁷⁹ WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 66.

¹⁸⁰ *SANTALUCIA*, Verbrechen 9; WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 66.

¹⁸¹ *SANTALUCIA*, Verbrechen 10ff.

¹⁸² KASER, Das altrömische Ius 56; WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 66.

In den Strafprozessen der Königszeit und der frühen Republik spielten jedoch nicht nur ausdrückliche Geständnisse eine bedeutende Rolle, sondern es kamen bereits auch indirekte Schuldeingeständnisse der Täter vor. Entschied sich der Beschuldigte bis zum Zeitpunkt der gerichtlichen Feststellung der Tat für die Verbannung und ging noch vor dem Schuldspruch freiwillig ins Exil, galt die Tat als mittelbar zugestanden und der Täter als verurteilt.¹⁸³

So berichten die Schriften von Livius¹⁸⁴ und Dionysius¹⁸⁵ über den Mord am römischen König Tarquinius Priscus. Nach dessen Ermordung klagte Servius Tullius die Söhne von Ancus Marcius als Hochverräter, als *perduelles*¹⁸⁶, an. Doch die Beschuldigten flohen, um der Todesstrafe zu entgehen, und erschienen nicht vor Gericht, nachdem sie vorgeladen worden waren.¹⁸⁷ Aufgrund ihres indirekten Geständnisses galten sie als verurteilt und wurden durch ein Edikt des Magistrats mit der *aquae et ignis interdicto*, also mit der Interdiktion des Wassers und Feuers bestraft, welche die ewige Verbannung und die Einziehung des Vermögens bestimmte.¹⁸⁸

Ebenso finden sich zwei ähnliche Berichte für die Frühzeit der Republik. Der erste der beiden nachfolgenden Fälle war ein wichtiger Präzedenzfall, mit dem die Möglichkeit der Anklage eines Patriziers vor den plebejischen Volksgerichten geschaffen wurde, sofern ein zustimmender Senatsbeschluss vorlag.¹⁸⁹ Im Jahr 491 v. Chr. wurde der Patrizier Coriolanus wegen *perduellio* gegen die Plebejer angeklagt, weil er als Gegner der Volkstribune deren Abschaffung anstrebte.¹⁹⁰ Der zweite Fall ereignete sich im Jahr 461 v. Chr. und betraf den Patrizier Kaeso Quinctius, der als bekannter Gegner der Plebs auch beschuldigt wurde, das Delikt der *perduellio* begangen zu haben.¹⁹¹

In beiden Fällen waren die Volkstribune die Ankläger, welche die Patrizier vor den *consilia plebis* eines Staatsverbrechens bezichtigten und die Todesstrafe

¹⁸³ KUNKEL, Kleine Schriften 19; SCHAUBERG, Vergleichung 74; v. SODEN, Confessio 20.

¹⁸⁴ Livius I, 41; zit von REIN, Criminalrecht 471.

¹⁸⁵ Dionysius IV, 5; zit von REIN, Criminalrecht 471.

¹⁸⁶ Die staatliche Vollstreckung der Perduellionsstrafe erfolgte durch Aufhängung an einem unfruchtbaren Baum; vgl WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 67.

¹⁸⁷ REIN, Criminalrecht 470f.

¹⁸⁸ REIN, Criminalrecht 471; v. SODEN, Confessio 20 FN 45; WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 68; ZUMPT, Criminalrecht I 124f.

¹⁸⁹ BURCKHARDT, Kriminalgerichtsbarkeit 7; LANGE, Römische Alterthümer 535; ZUMPT, Criminalrecht I 246ff.

¹⁹⁰ LANGE, Römische Alterthümer 526 u 531f.

¹⁹¹ LANGE, Römische Alterthümer 535f.

forderten. Sowohl Coriolanus als auch Kaeso entrannen der Kapitalstrafe nur durch ihre freiwillige Flucht ins Exil.¹⁹² Da sie nicht zum anberaumten Termin erschienen sind, wurde ein Geständnis fingiert und die Strafe von den Volkstribunen ohne gerichtliche Entscheidung durch das Volksgericht verkündet.¹⁹³

Die Folge einer selbstgewählten Verbannung, mit der ein römischer Bürger zwar sein Leben schützen konnte, die jedoch als Bekenntnis seines Schuldbewusstseins gewertet wurde, war allerdings kein Urteil, sondern ein Komitialbeschluss, mit dem die aus eigenem Willen erfolgte Lossagung von der Heimat in eine vom Staat angeordnete Ausweisung transformiert wurde.¹⁹⁴ Erst durch dieses nachträglich geschaffene Gesetz für den jeweiligen Einzelfall wurde der autonom entschiedene Gang ins Exil zu einer rechtmäßigen Exklusion aus dem Staatsverband. In der Spätrepublik erhielt das freiwillige Exil übrigens nicht mehr durch einen Komitialbeschluss für jeden einzelnen Fall seine gesetzliche Umwandlung, sondern wurde bereits im Vorhinein per Gesetz für alle Fälle, in denen sich ein römischer Bürger dieses Vorrechtes bedienen sollte, als rechtmäßig anerkannt.¹⁹⁵ Des Weiteren wurden die Exilanten gewöhnlich mit Ächtung bestraft, indem die Interdiktion des Wassers und Feuers über sie verhängt wurde.¹⁹⁶

Als Verbannungsort kamen jedoch nur solche Städte im Ausland in Betracht, mit denen Rom diesbezüglich Übereinkommen geschlossen hatte. Da nach römischem Recht kein Bürger zugleich fremde Bürgerrechte besitzen durfte, verlor der Angeklagte durch sein freiwilliges Exil seinen Status als römischer Bürger, bekam aber automatisch die Bürgerrechte des Zufluchtsortes verliehen.¹⁹⁷ So bedeutet *exilium* streng übersetzt auch „Ort des neu erworbenen Bürgerrechts“¹⁹⁸. Selbst wenn sich später die Unschuld herausstellte, war aufgrund des Verlusts des Bürgerrechts keine Rückkehr nach Rom möglich, auch wenn das Volk dies wünschte, wie im Fall von Kaeso Quinctius.¹⁹⁹ Wählte der Angeklagte jedoch nicht einen Vertragsstaat Roms als neue Heimat, sondern ließ sich an einem Ort nieder, mit dem Rom kein Bündnis geschlossen hatte, wurden zwar ebenfalls alle

¹⁹² MOMMSEN, Die Erzählung, Hermes 1870, 1 (23).

¹⁹³ v. SODEN, Confessio 20 FN 46; ZUMPT, Criminalrecht I 274.

¹⁹⁴ FRITZSCHE, Beurtheilungen, NJPhP 1843, 243 (258); GEIB, Geschichte 121f; VARGHA, Vertheidigung 39; ZUMPT, Criminalrecht I 401.

¹⁹⁵ FRITZSCHE, Beurtheilungen, NJPhP 1843, 243 (258); v. SODEN, Confessio 20 FN 46.

¹⁹⁶ FRITZSCHE, Beurtheilungen, NJPhP 1843, 243 (258); GEIB, Geschichte 121; v. SODEN, Confessio 21 FN 46; VARGHA, Vertheidigung 39; WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 68.

¹⁹⁷ BURCKHARDT, Kriminalgerichtsbarkeit 9; VARGHA, Vertheidigung 39.

¹⁹⁸ BURCKHARDT, Kriminalgerichtsbarkeit 9.

¹⁹⁹ ZUMPT, Criminalrecht I 401.

Verhandlungen abgebrochen, aber es folgte dem eigenmächtigen Exil in diesem Fall eine sofortige Abstimmung des Gerichts über den Strafantrag des Magistrats.²⁰⁰ In Anbetracht der Beurteilung des Verhaltens des Beschuldigten als Geständnis, das vollen Schuldbeweis erbrachte, kam es also bei derartigen Handlungsabläufen zur Verurteilung des indirekt Gestehenden in Abwesenheit.

Die gleichen Konsequenzen trafen denjenigen, der sich zwar nicht für die freiwillige Bürgerrechtsentsagung entschied, aber trotzdem ohne Entschuldigungsgründe, deren Annahme oder Verwerfung nicht das Volk, sondern allein der Magistrat nach seinem Ermessen abzuwägen hatte, den festgesetzten Terminen vor dem Volksgericht fernblieb. Auch hier wurde ein Geständnis fingiert und umgehend zur Abstimmung geschritten.²⁰¹

2.2. Das durch Folter erzwungene Geständnis

Während nur der freigeborene männliche Römer als Rechtssubjekt angesehen wurde und damit der Strafgewalt des römischen Staates unterlag, waren Sklaven dagegen, ebenso wie Frauen und Kinder²⁰², aufgrund ihrer mangelnden Rechtspersönlichkeit auch in Strafsachen der unumschränkten Hausgewalt des *pater familias* unterworfen.²⁰³ Obwohl *servi* nach dem Recht der Zwölftafeln noch als Menschen, allerdings nur als halb so wertvoll wie *ingenui*, erachtet wurden, ordnete die *lex Aquilia* sie bereits im 3. Jahrhundert v. Chr. den beweglichen Sachen zu und stellte sie damit auf eine Stufe mit dem Vieh und degradierte ihre Kinder zu Sachfrüchten. Im 1. Jahrhundert v. Chr. bestand die halbe Bevölkerung in der römischen Hauptstadt aus Unfreien.²⁰⁴

Diese Strukturierung der Bewohner Roms war ausschlaggebend dafür, dass nur das freiwillige Geständnis eines freien Mannes für glaubwürdig gehalten wurde. Die ohne äußeren Zwang abgelegte Aussage eines Sklaven dagegen wurde, ebenso wie im griechischen Recht, für keinesfalls glaubhaft eingeschätzt. Für die Geltung einer

²⁰⁰ GEIB, Geschichte 132.

²⁰¹ GEIB, Geschichte 131; FRITZSCHE, Beurtheilungen, NJPhP 1843, 243 (259); SCHAUBERG, Vergleichung 74; NOWACKI, Das Geständnis 2.

²⁰² Die väterliche Gewalt über ihre Söhne endete auch nicht mit deren Volljährigkeit, also mit dem Erreichen des 25. Lebensjahres, sondern erst mit dem Ableben des Vaters. Nur durch eine so genannte *emancipatio* konnten junge Männer noch zu Lebzeiten des Vaters rechtsfähig werden; vgl. WESEL, Geschichte 72ff.

²⁰³ NOWACKI, Das Geständnis 1.

²⁰⁴ WESEL, Geschichte 73f.

Zeugenaussage und eines Geständnisses von Sklaven war daher die Folter unumgänglich.²⁰⁵

Für die Vornahme der Tortur war grundsätzlich der Eigentümer zuständig, sofern sein Sklave unter Verdacht stand, ein Verbrechen gegen seinen Herrn, gegen eine Person, die seiner *patria potestas* unterworfen war, oder gegen einen anderen Sklaven, unabhängig davon, ob dieser Sklave dem eigenen oder einem fremden Herrn gehörte, verübt zu haben. Der Herr war völlig frei in der Wahl seiner Mittel zur Erpressung eines Geständnisses und der Sklave der despotischen Peinigung hilflos ausgeliefert. Im Gegensatz dazu war die rein private Folterung eines Sklaven jedoch im Fall einer Straftat gegenüber einer dritten Person oder gegen den Staat nicht zulässig, sondern wurde auf Antrag des Opfers von den öffentlichen Gerichten durchgeführt oder zumindest unter öffentlicher Aufsicht vorgenommen.²⁰⁶ Das Opfer hatte dem Dominus im Voraus eine Kautionsleistung zu leisten für den Fall, dass sein Sklave die Marter nicht ohne Schaden überstand oder starb.²⁰⁷

In der Spätrepublik wandte man die Folter bereits etwas humaner und vorsichtiger an und pflegte über die erzwungenen Geständnisse der Sklaven formelle Protokolle aufzunehmen. Sofern es sich um eine private Folterung durch den Herrn handelte, waren diese Protokolle von so genannten *obsignatores* zu unterschreiben.²⁰⁸ Des Weiteren entwickelte sich in dieser Zeit im Fall der Tötung eines Römers die harte Praxis, ausnahmslos jeden seiner Sklaven zu foltern, um entweder eine Zeugenaussage oder ein Schuldeingeständnis zu erlangen. Begründet wurde diese hartherzige Vorgehensweise mit dem Versäumnis der Sklaven, ihrer Wachsamkeitspflicht nachzukommen.²⁰⁹

In der Kaiserzeit waren einige einschneidende Veränderungen hinsichtlich der Folterung zum Zweck des Geständnisses eingetreten. Die private Durchführung der Tortur von Sklaven war nicht mehr gestattet, sondern wurde abgeschafft. Eine Folterung durfte nur mehr auf Anordnung des Strafgerichts stattfinden. Einzige Ausnahme waren Delikte gegen den eigenen Herrn. In diesen Verdachtsfällen behielt der Dominus das Recht, seinen Sklaven durch Folterung ein Schuldbekenntnis

²⁰⁵ LOHSING, Das Geständnis 16ff; NOWACKI, Das Geständnis 1; VARGHA, Vertheidigung 40.

²⁰⁶ LOHSING, Das Geständnis 18; SCHAUBERG, Vergleichung 73.

²⁰⁷ VARGHA, Vertheidigung 40. LOHSING bezweifelt, dass eine solche Leistung auch schon vor der Zeit der *quaestiones perpetuae* verpflichtend vorgesehen war; vgl. dens., Das Geständnis 18 FN 3.

²⁰⁸ LOHSING, Das Geständnis 20; VARGHA, Vertheidigung 59.

²⁰⁹ LOHSING, Das Geständnis 20; SCHAUBERG, Vergleichung 73.

abzupressen. Eine weitere Modifikation betraf den Fall der Ermordung des Dominus. Um ein Geständnis zu erringen, wurden nun lediglich diejenigen Sklaven der Folter unterzogen, auf die sich der Verdacht der Anwesenheit am Tatort zur Tatzeit richtete, und nicht wie bisher sämtliche Sklaven des Toten. Allerdings kam es neben diesem neu angeordneten beschränkten Zugriff gleichzeitig auch zu einer Ausdehnung der peinlichen Befragung auf die Sklaven der überlebenden Ehefrau.²¹⁰

Die wichtigste und signifikanteste Änderung war aber die Tatsache, dass der römische Bürger nun nicht mehr vor der Folter bewahrt wurde. Ein Freier konnte selbst noch zu Beginn der Kaiserzeit lediglich durch die Anordnung einer Haft bzw. die Verhängung einer Geldstrafe zur Ablegung eines Geständnisses genötigt werden.²¹¹ Der bisherige Schutz für die freie Bevölkerung wurde anfänglich nur bei den *crimina laesae majestatis* aufgeweicht.²¹²

Schritt für Schritt wurde die Zulässigkeit der Folterung von Freien auch auf weitere Delikte ausgedehnt, wodurch die Tortur zu einer unerlässlichen Komponente des römischen Strafprozesses wurde. Immerhin war es rechtlich untersagt, Unmündige, Schwangere und Wahnsinnige zu martern. Ebenso waren Blinde, Taube und Stumme unter bestimmten Bedingungen vor der Folter sicher und konnten zu keinem Geständnis gezwungen werden.²¹³

An die Stelle des Bürgerrechts, welches freigeborene Römer lange Zeit vor den Qualen der Folter behütet hatte, trat in der Kaiserzeit der soziale Status als Schutz vor dem peinlichen Verhör. Denn Soldaten, Decurionen sowie Senatoren und Angehörige des Ritterstandes wurden bei den meisten Delikten von der drohenden Foltergefahr ausgenommen. Doch auch jene, die dieses Privileg nicht genossen, durften nicht ohne Weiteres gequält werden. Ohne eine Anklage durfte niemand gefoltert werden. Außerdem war die Tortur nur dann gestattet, wenn Indizien für die Richtigkeit der Anklage vorlagen. Überdies stand die Möglichkeit zur Folter nur dann offen, wenn alle anderen Beweismittel hinsichtlich der Schuld des Angeklagten erfolglos blieben. Zuständig für den Vollzug der Folter waren Soldaten, denen auch die Überwachung der Gefängnisse oblag. Diese inhumane Behandlung der Beschuldigten fand vor Beginn der Verhandlung an einem im Einzelfall festgelegten Ort statt, allerdings unter Beisein der Richter, weshalb die förmliche

²¹⁰ HELBING, Die Tortur 54; LOHSING, Das Geständnis 22.

²¹¹ BUSAM, Das Geständnis 25; SCHÖNMÜLLER, Das Geständnis 6.

²¹² HELBING, Die Tortur 55; LOHSING, Das Geständnis 22.

²¹³ LOHSING, Das Geständnis 22f.

Protokollierung der erzwungenen Aussagen, wie zur Zeit der ständigen Gerichtshöfe, nicht mehr nötig war.²¹⁴

2.3. Das Geständnis im Rahmen der magistratischen Strafjustiz

2.3.1. Die Wirkung der *confessio* im Duumviralverfahren und vor den *tresviri capitales* in der Hauptstadt Rom

Da bereits in der Zeit vor dem Untergang der Monarchie der König die rechtsprechende Gewalt nicht mehr innehatte und er nur die seinem Imperium entspringende Zuchtgewalt, die *coercitio*, bewahren konnte, hatte auch der Magistrat in der Römischen Republik, dessen Macht sich von der des Königs ableitete, keinerlei richterliche Befugnisse mehr und durfte nur polizeiliche Maßnahmen gegen römische Bürger festsetzen, die nach dem Ermessen des Beamten nicht nur Geldbußen, Auspeitschung und Pfändung, sondern auch die Kapitalexecution des Ungehorsamen umfassen konnten. Einzig das *ius provocationis*, das allerdings nur innerhalb Roms und im maximal 1000 Schritte um die Hauptstadt entfernten Areal ausgeübt werden durfte, beschränkte die Machtposition der obersten Beamten und bot einen gewissen Schutz vor ihren Zwangsmaßnahmen.²¹⁵ Allerdings unterlagen diesem Provokationsrecht nur Kapitalstrafen und Geldstrafen, die den Wert von 30 Ochsen und zwei Schafen überschritten.²¹⁶

Während man lange Zeit dem Standpunkt *MOMMSEN*²¹⁷ folgend die Ausübung dieses Provokationsrecht als Berufung gegen die Entscheidung des Magistrates und das Urteil der angerufenen Volksversammlung als Erkenntnis in zweiter Instanz qualifizierte, stellte *KUNKEL*²¹⁸ dagegen 1961 in seinen Untersuchungen eine andere These auf. Er kam zu der Überzeugung, dass die *provocatio* ein aus den Ständekämpfen hervorgegangenes rein politisches Instrument war und den Magistrat keineswegs zu einer ordentlichen Verhandlung vor den Komitien zwang. Gegen diese Betrachtungsweise äußerte sich jedoch *SANTALUCIA*²¹⁹ fast 30 Jahre später kritisch und charakterisierte die Provokation als Einspruch gegen den magistratischen Verwaltungsakt, verbunden mit der Forderung nach einem

²¹⁴ KRAUSE, Gefängnisse 292f; LOHSING, Das Geständnis 23; SCHAUBERG, Vergleichung 76.

²¹⁵ SANTALUCIA, Verbrechen 21 u 30; WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 68f.

²¹⁶ SANTALUCIA, Verbrechen 29f.

²¹⁷ MOMMSEN, Römisches Strafrecht 167ff.

²¹⁸ KUNKEL, Untersuchungen 28f.

²¹⁹ SANTALUCIA, Verbrechen 20ff.

Komitiaiprozess. *SANTALUCIA* erachtet, durchaus einleuchtend, die Ansicht *KUNKELS* vor allem deshalb als unwahrscheinlich, weil das Provokationsrecht durch die Charakterisierung als politisches Instrument ohne Zusammenhang mit einem Komitiailverfahren einem weiteren Hilfsmittel, dem *auxilium tribunicium*²²⁰, sehr ähnlich gewesen wäre und mit diesem konkurriert hätte, anstatt als ein zweiter Schutzmechanismus für die römischen Bürger zu fungieren.

*BRECHT*²²¹, dessen Anschauung von vielen Rechtshistorikern übernommen wurde²²², ging von der Existenz dieses Provokationsrechts bereits zur Zeit der Monarchie aus, und zwar im Zusammenhang mit dem Duumviralverfahren. Die Könige bzw in der Frühzeit der Republik die Konsuln bedienten sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben verschiedener Hilfskräfte. Besondere Bedeutung kam den so genannten *duumviri perduellionis* zu. Dem aus zwei Männern bestehenden Kollegium kam die Verantwortung hinsichtlich eines Täters zu, der offenkundig Hochverrat begangen hatte.²²³ Das Duumviralverfahren verschwand ungefähr ein halbes Jahrhundert nach der Schaffung der Zwölftafelgesetze.²²⁴ Da das Geständnis bis 451/450 v. Chr eine Kategorie der Offenkundigkeit war²²⁵, wurde in der Vorzwölftafelzeit nicht nur der *in flagrante delicto* ergriffene, sondern auch der geständige Hochverräter vor die Duumviri gestellt. Ohne das Recht, sich verteidigen zu können, wurde die Schuld von dem Beamtenkollegium öffentlich deklariert und der Geständige grundsätzlich sofort getötet. Kam davor jedoch unverhofft seine Unschuld zu Tage, waren diese außerordentlichen Beamten nicht dazu autorisiert, einen Freispruch zu fällen, sondern konnten nur die Verfolgung einstellen.²²⁶ War dies jedoch nicht der Fall, konnte der Hochverräter sein Leben nach *BRECHT* und seinen Anhängern nur retten, indem er mittels der *provocatio ad populum* ein ordentliches Verfahren vor den Komitien forderte. *SANTALUCIA*²²⁷ bestreitet allerdings die Möglichkeit, dass gegen die Entscheidung dieser nur für den Einzelfall herangezogenen Hilfskräfte das Provokationsrecht ausgeübt werden konnte und sieht dieses als eindeutige Errungenschaft der etablierten Republik an. Folgt man dieser

²²⁰ Das *ius auxilii* ermöglichte die Anrufung anderer Magistrate, die gegen die unverhältnismäßige Koerzitionsmaßnahme eines ihrer Kollegen einschreiten konnten; vgl. *WALDSTEIN*, Römische Rechtsgeschichte 70.

²²¹ *BRECHT*, Zum römischen Komitiailverfahren, SZ 1939, 261 (311).

²²² *SANTALUCIA*, Verbrechen 31.

²²³ *SANTALUCIA*, Verbrechen 30.

²²⁴ *BRECHT*, Zum römischen Komitiailverfahren, SZ 1939, 261 (311 FN 2).

²²⁵ *KASER*, Das altrömische Ius 54 FN 8; v. *SODEN*, Confessio 23.

²²⁶ *KASER*, Das altrömische Ius 54 FN 8.

²²⁷ *SANTALUCIA*, Verbrechen 9ff und 30f.

durchaus überzeugend dargelegten Sichtweise, wurde der den Hochverrat gestehende Täter ebenso wie der bei der Begehung der *perduellio* aufgegriffene Verbrecher nach Verkündung der Schuld sofort von den Duumviri hingerichtet.

Von der Vermutung, dass selbst dann, wenn man von der Existenz des *ius provocationis* zur Zeit der Königsherrschaft ausgeht, gegen die Entscheidung der *duumviri perduellionis* keine Provokation möglich war, kann man umso mehr ausgehen, wenn man bedenkt, welche einschneidende Wirkung ein Geständnis in der Republik auf das Provokationsrecht der römischen Staatsbürger hatte, die nun im Folgenden dargelegt werden soll.

Zu Beginn des dritten vorchristlichen Jahrhunderts, lange nachdem das außerordentliche Beamtentum der Duumviri nicht mehr existierte, wurde eine weitere bedeutende Form der magistratischen Gerichte geschaffen. Die rasant ansteigende Bevölkerungsdichte Roms und die damit verbundene Entstehung einer aufgrund der schlechten sozialen Bedingungen zur Kleinkriminalität neigenden Unterschicht in der Großstadt lösten die Verfolgung der gemeinen Verbrechen aus dem Privatrecht und seinem Bußsystem und führten zu einem über die Ahndung politischer Delikte hinausgehenden öffentlichen Strafrecht. Die zuständigen Beamten für diese Polizeijustiz waren die so genannten *tresviri capitales*. Daneben war dieses neu geschaffene Dreierkollegium ähnlich wie die Elfmänner in Athen auch für die Überwachung der Gefängnisse und die Vollstreckung von Hinrichtungen zuständig. Rigoros ahndeten sie die Straftaten von Sklaven, Fremden und von römischen Bürgern der Unterklassen, wie zum Beispiel Gewaltverbrechen, Brandstiftung, Diebstahl und ähnliches, meistens sogar mit der Todesstrafe.²²⁸ Allerdings war zumindest für die kapitale Bestrafung des Angeklagten der Schuldspruch eines *consilium* unabdingbare Voraussetzung.²²⁹

Das Geständnis eines gemeinen Verbrechers spielte in diesem Zusammenhang eine wesentliche Rolle, denn es verlieh den Tresviri die Befugnis den geständigen Täter auch ohne Beiziehung des Konsiliums zu exekutieren.²³⁰ Ordnete ein Tresvir ohne die für ihn im Allgemeinen bindende Entscheidung seines Beirats die Tötung eines römischen Staatsbürgers an, war dies grundsätzlich ein unrechtmäßiger Koerzitionsakt des Magistrats, gegen den das *ius provocationis* eingesetzt werden

²²⁸ KUNKEL, Kleine Schriften 13ff; KUNKEL, Römische Rechtsgeschichte 64f; KRAUSE, Kriminalgeschichte 44f; KUNKEL/WITTMANN, Staatsordnung 27; WESEL, Geschichte 85ff.

²²⁹ KUNKEL, Römische Rechtsgeschichte 64f; WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 69.

²³⁰ KUNKEL, Römische Rechtsgeschichte 64.

konnte. Das Geständnis des Römers setzte das Provokationsrecht aber außer Kraft, so dass er gegen die Bestrafung des Magistrats über keine Handhabe mehr verfügte. Die römischen Staatsbürger verwirkten mit einem Schuldeingeständnis ihren verfassungsrechtlich garantierten Schutz gegen die magistratische *coercitio* und durften ohne Einleitung eines komitalen Strafverfahrens getötet werden.²³¹

Im Gegensatz zum attischen Recht, nach dem der Geständige zusätzlich auf frischer Tat ertappt worden sein musste, damit die Elfänner ohne ordentliches Gerichtsverfahren die Todesstrafe vollstrecken durften, mussten diese beiden Erfordernisse in Rom nicht kumulativ vorliegen. Denn für die Hinrichtung durch die *tresviri capitales* war nämlich entweder das Bekenntnis der Schuld des Angeklagten oder die Ergreifung auf frischer Tat ausreichend.²³²

2.3.2. Die Wirkung der *confessio* vor dem Statthaltergericht in den Provinzen

Der römische Stadtstaat, der sich durch seine Expansionspolitik zur Weltmacht entwickelt hatte, betrachtete die unterworfenen Territorien nicht als dem Römischen Reich zugehörig. Das fremde Gebiet wurde also nicht dem Staatsgebiet einverleibt, sondern weiterhin als Ausland aufgefasst, dessen Verwaltung die Republik durch die Eroberung übernommen hatte.²³³ Es ist daher nicht verwunderlich, dass in diesen Provinzen die Strafgerichtsbarkeit anders als in Rom und in den Munizipien und Kolonien innerhalb Italiens ausgestaltet war. Für die Verwaltung der Provinzen wurden römische Statthalter eingesetzt, denen auch die Rechtsprechung über römische Bürger und Nichtbürger oblag.²³⁴ Das Amt des Statthalters wurde zumeist an ehemalige Konsuln oder Prätores vergeben²³⁵, denen Militärpolizisten, so genannte *stationarii*, bei der Kriminalitätsbekämpfung zur Seite standen.²³⁶

In den Provinzen herrschte also nur eine magistratische Strafjustiz, die im Vergleich zu den stadtrömischen Quästionenverfahren keinen gesetzlichen Regelungen unterworfen war. Bis zur Erstreckung des Provokationsrechtes auf die in den Provinzen ansässigen Römer durch die *leges porciae* in der ersten Hälfte des zweiten Jahrhunderts v. Chr. konnte der Statthalter sogar römische Bürger zum Tode

²³¹ WIESEHÖFER/BÖRM, Mommsen 77.

²³² KUNKEL, Römische Rechtsgeschichte 64.

²³³ SEIDL, Römische Rechtsgeschichte 135.

²³⁴ KUNKEL, Kleine Schriften 13f.

²³⁵ SEIDL, Römische Rechtsgeschichte 136.

²³⁶ KRAUSE, Kriminalgeschichte 47f.

verurteilen. Seit dieser Ausdehnung war ein Römer auch in den Provinzen vor einer magistratischen Kapitalexecution geschützt und musste zwecks Aburteilung vor dem Quästionengericht nach Rom überstellt werden. Legte ein römischer Staatsbürger jedoch ein Geständnis vor dem Statthalter ab, ging sein Recht auf die *provocatio ad populum* verloren und seine Hinrichtung konnte wie bei einem geständigen Peregrinen vom Statthalter angeordnet werden.²³⁷

Die für geraume Zeit dominierende Ansicht in der Literatur war, dass der Provinzgouverneur infolge seiner Amtsbefugnisse, seines Imperiums, abgesehen vom bürgerlichen Provokationsrecht, völlig frei in der Gestaltung des Verfahrens gewesen sei und nach seinem freien Ermessen den Urteilsspruch fällen konnte, ohne rechtlich verpflichtet zu sein, ein Konsilium, dessen beratende Mitglieder der Statthalter selbst aus dem Kreis der in der Provinz lebenden Römer auswählte, anzuhören oder sich gar nach dessen Überzeugung zu richten. Die in der Praxis oft vorgenommene Konsultierung des Konsiliums soll nur auf die Achtung von Brauch und Sitte zurückzuführen, aber gesetzlich nicht normiert gewesen sein.²³⁸

KUNKEL²³⁹ versuchte dagegen zu beweisen, dass dieses Gremium jedenfalls in Kapitalverfahren über die Schuld der Angeklagten, unabhängig davon, ob es sich um römische Bürger oder um Peregrinen handelte, allein entschied, der Magistrat also bei dem Prozess der Urteilsfindung nicht einmal mitwirken durfte. Ebenso wie die Tresviri in Rom soll der Statthalter in der Provinz nur dann berechtigt gewesen sein, einen Nichtverurteilten hinrichten zu lassen, wenn dieser entweder *in flagrante delicto* ergriffen werden konnte oder durch ein Geständnis seine Schuld einräumte.²⁴⁰

Also auch vor dem magistratischen Gericht in den Provinzen bewirkte ein Geständnis die Befugnis des Statthalters, den Geständigen hinzurichten, ohne über den Sachverhalt *de consilia sententia* zu urteilen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen geständigen Römer oder Peregrinen handelte. Im Falle eines geständigen Staatsbürgers ging mit dem Schuldbekenntnis zusätzlich noch der Verlust des Provokationsrechtes einher, das den Peregrinen ohnehin niemals zugestanden hatte.

In der Kaiserzeit kam es zu einschneidenden Veränderungen bezüglich des Provokationsrechts der Römer. Die Kaiser delegierten ihr *ius gladii*, das ihnen

²³⁷ SANTALUCIA, Verbrechen 30 u 69f; WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 70.

²³⁸ KUNKEL, Kleine Schriften 15; SANTALUCIA, Verbrechen 69f.

²³⁹ KUNKEL, Kleine Schriften 153 u 166f.

²⁴⁰ KUNKEL, Untersuchungen 79ff; ders, Kleine Schriften 153.

zustehende Recht über eine Kapitalstrafe hinsichtlich eines Staatsbürgers zu entscheiden, zunächst nur innerhalb, später jedoch auch außerhalb des Militärbereichs an ihre Statthalter. Dadurch wurde den Römern der jahrhundertlang in der Verfassung garantierte Schutz versagt. Es blieb ihnen daher im Falle der kapitalen Bestrafung durch den obersten Beamten in der Provinz nur noch die Möglichkeit, im Rahmen des Appellationsrechts den Kaiser anzurufen. Der Statthalter war jedoch berechtigt, die Annahme einer Appellation zu verweigern, wenn sich die Berufung auf einen Schuldspruch bezog, der aufgrund eines Geständnisses ergangen war, und sie nur die Verzögerung der Vollstreckung des Urteils zum Zweck hatte. Der Geständige konnte jedoch gegen diese Weigerung eine Beschwerde einlegen.²⁴¹

2.4. Die Behandlung des *confessus* im ordentlichen Gerichtsverfahren

2.4.1. Im Komitial- und Quästionenprozess der Republik

Der auf das Zwölftafelgesetz²⁴² zurückgehende römische Verfahrensgrundsatz „*confessus pro iudicato est*“²⁴³, die Regelung, dass der Geständige als Verurteilter anzusehen sei, ist auf jeden Fall im Anwendungsbereich der Zivilprozesse positivrechtlich verankert. Durch die dezemvirale Bestimmung, die jede Person, die eine bestimmte Geldschuld anerkannte, einem Verurteilten gleichstellte, war das Geständnis der Schuld nicht mehr wie vor den Zwölftafeln eine Unterkategorie der Offenkundigkeit²⁴⁴, sondern wurde zu einem eigenständigen Grund, um gleich einem Urteil die Fiktion der Wahrheit hervorzurufen.²⁴⁵ Doch ob diesem Prinzip auch im öffentlichen Strafverfahren Geltung zukam, ist umstritten.²⁴⁶ Während *MOMMSEN* grundsätzlich auch beim Geständnis einer Straftat ein Gerichtsverfahren für notwendig erachtete²⁴⁷, traten vor allem in jüngerer Zeit einige für die Gleichstellung des *confessus* mit dem *iudicatus* im öffentlichen Strafrecht ein.²⁴⁸

²⁴¹ *SANTALUCIA*, Verbrechen 90f; *KRAUSE*, Gefängnisse 229.

²⁴² Tab III, 1; zit von v. *SODEN*, Confessio 23 FN 55.

²⁴³ Dig 42, 2, 1; vgl oben 31.

²⁴⁴ *KASER*, Das altrömische Ius 54 FN 8.

²⁴⁵ v. *SODEN*, Confessio 23.

²⁴⁶ *SCHMOECKEL*, Humanität und Staatsraison 203 FN 110.

²⁴⁷ *MOMMSEN*, Römisches Strafrecht 438.

²⁴⁸ v. *UNGERN-STERMBERG*, Römische Studien 352.

Bevor nun die unterschiedlichen Lehrmeinungen auf die Stichhaltigkeit ihrer Argumente überprüft werden, ist es für das bessere Verständnis notwendig, den Verfahrensablauf vor den Komitien und den Schwurgerichten kurz zu skizzieren.

Für die Abhaltung der Komitialverfahren, in denen nur über Staatsverbrechen²⁴⁹ verhandelt wurde, hatten vermutlich seit dem Aufkommen dieser Prozessart die so genannten Zenturiatkomitien, die in fünf Vermögensklassen unterteilten Volksversammlungen²⁵⁰, die Kompetenz inne. Dieses Verfahren vor dem Volksgericht ging sehr schleppend vor sich, denn der Anklageerhebung durch die Volkstribune²⁵¹ folgten drei informelle Versammlungen des Volkes. Diese *contiones* dienten der Untersuchung, dem rechtlichen Gehör des Angeklagten sowie den Reden der Anklage und der Verteidigung. Erst in einer vierten Versammlung, die frühestens drei Markttage nach der dritten *contio* abgehalten werden durfte, schritt das Volk zur Aburteilung des Verbrechens.²⁵²

Neben diesen Komitialverfahren wurden in der Spätrepublik außerordentliche Gerichtshöfe, so genannte *quaestiones extraordinariae*, für besondere Einzelfälle ins Leben gerufen. Zunächst konnten nur Angehörige des Senats als Geschworene dieser Gerichte fungieren. Das Konsilium bestand aus höchstens 75 Senatsmitgliedern, das von Fall zu Fall neu zusammengesetzt wurde. Der erste ständige Gerichtshof entstand 149 v. Chr. durch die *lex Calpurnia de repetundis* und hatte Verfahren wegen Ausbeutung der Provinzen durch die römischen Beamten zum Gegenstand. Durch die *lex Sempronia iudiciaria* erhielten 122 v. Chr. auch Ritter die Möglichkeit, sich in die Richterliste eintragen zu lassen. Zur Zeit Sullas vermehrten sich die ständigen Schwurgerichte (*quaestiones perpetuae*) rasant und befassten sich nicht mehr nur mit politischen Straftaten, sondern urteilten auch in Fällen gemeiner Kriminalität, wie zum Beispiel Bandenkriminalität, Mord, Giftmischerei und Körperverletzung. Den Vorsitz über die ständigen Quästionen hatte ein Prätor inne.²⁵³ Der Quästionenprozess wurde nicht *ex officio* eingeleitet, sondern bedurfte einer Anzeige, zu deren Erhebung jeder unbescholtene römische Bürger berechtigt war. Nahm der Gerichtsmagistrat die Popularklage an, wurde der Anzeiger zur

²⁴⁹ Über die gemeinen Verbrechen wurde dagegen nie vor den Komitien prozessiert; vgl. WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 68.

²⁵⁰ WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 103f.

²⁵¹ In manchen Fällen führten auch Ädilen oder Quästoren dieses Verfahren; vgl. KUNKEL, Römische Rechtsgeschichte 65.

²⁵² KRAUSE, Kriminalgeschichte 68; WALDSTEIN, Römische Rechtsgeschichte 68.

²⁵³ KRAUSE, Kriminalgeschichte 68f; KUNKEL, Römische Rechtsgeschichte 65f; SCHAUBERG, Vergleichung 72; WESEL, Geschichte 88.

Prozesspartei, der dem Angeklagten vor dem Prätor Fragen stellen konnte. Beide Parteien hatten ein Ablehnungsrecht gegenüber den durch das Los gewählten Richtern. Dem Angeklagten stand das Recht zu, sich gleich von sechs Verteidigern unterstützen zu lassen. Des Weiteren wurde ihm um die Hälfte mehr Redezeit zugestanden als dem Ankläger. Die Geschworenen durften sich nicht untereinander beraten und mussten der Verhandlung schweigend folgen. Mit Hilfe von Stimmtafeln gaben sie ihr Urteil ab, wobei Stimmengleichheit zu einem Freispruch führte. Da die Strafe bereits im Gesetz festgelegt war, musste das Konsilium nur über Schuld oder Unschuld entscheiden, hatte jedoch keine Strafe zu verhängen. Nur dann, wenn das Gesetz eine Geldstrafe anordnete, die sich nach dem zugefügten Schaden richten sollte, war eine weitere Verhandlung (*litis aestimatio*) notwendig, in der die Geschworenen die Höhe der Geldstrafe bestimmten.²⁵⁴

Im Rahmen des Volksgerichts wurde der Angeklagte am Ende jeder *contio* vom Volkstribun gefragt, ob er seine Schuld zugestehe. *BAUMAN*²⁵⁵ vertritt die Ansicht, dass im Falle einer Anerkennung der Schuld der Geständige unverzüglich und ohne ein Urteil durch die organisierte Volksversammlung vom Magistrat hingerichtet worden war.

Gleichermaßen nimmt auch *KUNKEL*²⁵⁶ die Behandlung des *confessus* als *iudicatus* sowohl im Komitialverfahren als auch im Quästionenprozess an. Ausgehend von seiner Prämisse, dass jedes römische Gerichtsverfahren nur den Zweck hatte, die Schuld des Angeklagten festzustellen, hält *KUNKEL* die Abhaltung eines Strafverfahrens immer dann für gegenstandslos, wenn die Schuld bereits feststand, weil die Begehung des Strafdelikts entweder offenkundig oder bereits vom Täter eingestanden worden war. Während er jedoch aus der Nichterwähnung des *manifestus* in der *lex Iulia de vi publica* des ersten römischen Kaisers Augustus, die explizit nur die Hinrichtung von Römern erlaubte, die entweder verurteilt oder geständig waren, schlussfolgert, dass zumindest seit dieser Zeit auch im Falle eines manifesten Täters ein Strafverfahren vor dem Schwurgericht durchgeführt werden musste, ist er der Meinung, dass ein Geständnis nach wie vor die Abhaltung eines Gerichtsverfahrens entbehrlich machte.

²⁵⁴ *DEPPENKEMPER*, Beweiswürdigung 78ff; *KUNKEL*, Römische Rechtsgeschichte 66ff; *SCHAUBERG*, Vergleichung 72f.

²⁵⁵ *BAUMAN*, Crime and punishment 10.

²⁵⁶ *KUNKEL*, Kleine Schriften 17ff.

Im Gegensatz dazu erklärt CROOK²⁵⁷ die Abwesenheit des *manifestus* im augusteischen Gesetz mit seiner These, dass eine solche „*Doctrine of Manifest Guilt*“ niemals existiert hat. Darüber hinaus wendet DRUMMOND²⁵⁸ ein, dass sich die betreffende Phrase in der *lex Iulia* nur auf Zivilrechtsfälle, aber keineswegs auf Strafsachen bezogen hätte.

Des Weiteren spricht nach Ansicht von KUNKEL²⁵⁹, BAUMAN²⁶⁰, ZUMPT²⁶¹ und v. SODEN²⁶² vor allem Sallusts Bericht über den Prozess gegen den Senator Catilina und seine Mitverschwörer im Jahr 63 v. Chr. für die Urteilstwirkung des Geständnisses im römischen Strafrecht, obwohl diese Rechtssache nicht vor einem ordentlichen Gericht, sondern als magistratisches Strafverfahren vor dem Senat behandelt wurde. Der Konsul Cicero ließ die bei der Vorbereitung des geplanten Umsturzes in Haft genommenen Verschwörer ohne einen gerichtlichen Prozess hinrichten, nachdem ihm der Senator Cato zu Hilfe kam. Cato stellte vor dem Senat folgenden Antrag:

„[...] *de confessis, sicuti de manifestis rerum capitalium, more maiorum supplicium sumundum.*“²⁶³

“[...] *sei an Geständigen, wie an offenbaren Kapitalverbrechern, nach Vätersitte das Todesurteil zu vollziehen.*“²⁶⁴

Cicero hatte die Verschwörer nach ihrer Festnahme dem Senat vorführen lassen, vor dem sie die Echtheit von Briefen zugeben mussten, die ihr hochverräterisches Handeln bezeugten. Catos Plädoyer für die Exekution ohne Einleitung eines Gerichtsverfahrens wird daher von den oben genannten Autoren dahin interpretiert, dass die Geständigen ebenso wie offenkundige Kapitalverbrecher nach altem Rechtsbrauch ohne Beweisverfahren und Urteil getötet werden durften. THOMAS²⁶⁵ dagegen vertritt die Theorie, dass aus dem lateinischen Text weder die Gleichstellung eines Geständigen mit einem manifesten Täter noch dessen unverzügliche Hinrichtung ohne Urteilsspruch als alte Rechtsübung abgeleitet

²⁵⁷ CROOK, *Doctrine of manifest guilt*, PCPhS 1987, 38 (46f).

²⁵⁸ DRUMMOND, *Law, politics and power* 65.

²⁵⁹ KUNKEL, *Kleine Schriften* 18, 153 FN 7 u 268ff.

²⁶⁰ BAUMAN, *Crime and punishment* 48.

²⁶¹ ZUMPT, *Criminalrecht* II 173.

²⁶² v. SODEN, *Confessio* 21f.

²⁶³ Cat 52, 36.

²⁶⁴ Zit von v. UNGERN-STERNBERG, *Römische Studien* 352.

²⁶⁵ THOMAS, *Confessus pro iudicato* 101f.

werden kann. Die fälschlich angenommene Parallelstellung sei auf die unrichtige Interpunktion zurückzuführen. Nur die Tatsache, dass der Textstelle sehr oft Beistriche nach den Worten „*confessis*“²⁶⁶ und „*capitalium*“²⁶⁶ hinzugefügt wurden, habe nach der Ansicht von THOMAS zu der, besonders von ZUMPT behaupteten, Annahme geführt, dass Cato mit dem lateinischen Terminus „*sicuti*“ die analoge Behandlung des Geständigen mit einem auf frischer Tat ertappten Täter ausdrücken wollte. Des Weiteren vermutet THOMAS, ebenso wie CROOK²⁶⁷, dass die Passage „*more maiorum supplicium*“ sich nicht auf *manifesti* bezieht, sondern Cato damit auf einen antiken Rechtsbrauch hingewiesen hat, nach dem so genannte *hostes publici* ohne vorangegangenes Gerichtsverfahren exekutiert worden sind. Denn in einem Notstandsbeschluss des Senats (*senatus consultum ultimum*) sind die Verschwörer zuvor als solche Staatsfeinde deklariert worden. Beide Autoren befürworteten also bei Vorliegen eines Geständnisses die Notwendigkeit eines Gerichtsverfahrens.

DRUMMOND²⁶⁸ dagegen interpretiert den Antrag Catos dahingehend, dass dieser ausdrücklich die Exekution als Strafe für die geständigen Verschwörer forderte. Nach seiner Ansicht plädierte Cato dafür, den Geständigen, so wie es bei den offenkundigen Kapitalverbrechern schon immer üblich war, das Exilrecht zu verweigern und diese stattdessen hinzurichten. Ob die Tötung von *confessi* sofort vollzogen werden durfte oder ob über diese erst in einem ordentlichen Gerichtsverfahren zu entscheiden war, darüber geben die Worte in Sallusts Textstelle nach DRUMMOND keine Auskunft.

Des Weiteren leitet KUNKEL²⁶⁹ die selbstverurteilende Wirkung des Geständnisses in allen Strafprozessen daraus ab, dass im Repetundenverfahren im Falle eines Zugeständnisses der Schuld oder bei Schweigen des Angeklagten von einem die Schuld feststellenden Strafverfahren Abstand genommen wurde und sogleich das Schätzungsverfahren (*litis aestimatio*) zur Festsetzung der Höhe der Geldstrafe stattfand. Gegen diesen induktiven Schluss richtet sich CROOK²⁷⁰, der darüber hinaus auch die Auffassung KUNKELS, dass im römischen Strafverfahren generell das Schweigen des Beschuldigten als das Geständnis seiner Schuld zu werten sei, vehement ablehnt.

²⁶⁶ THOMAS, *Confessus pro iudicato* 101 FN 49.

²⁶⁷ CROOK, *Doctrine of manifest guilt*, PCPhS 1987, 38 (43).

²⁶⁸ DRUMMOND, *Law, politics and power* 69f.

²⁶⁹ KUNKEL, *Kleine Schriften* 19.

²⁷⁰ CROOK, *Doctrine of manifest guilt*, PCPhS 1987, 38 (39ff).

Die in der jüngeren Lehre vertretene Ansicht, dass der *confessus* im römischen Strafrecht als *iudicatus* angesehen wurde, hatte auch Auswirkungen auf die Beurteilung des wohl bekanntesten Gerichtsverfahrens des Abendlandes, nämlich gegen Jesus von Nazareth. Während die Evangelien nach Markus (14, 64) und nach Matthäus (26, 66) von einem jüdischen Todesurteil sprechen, übernehmen im Johannesevangelium die Juden nur die Anklägerrolle vor dem Statthalter Pilatus, der in der römischen Provinz Iudaea herrschte. Keines der Evangelien berichtet jedoch von einem förmlichen Urteilsspruch, mit dem Pilatus über die Schuld entschieden und die Kreuzigung Christi verfügt hätte.²⁷¹ KUNKEL²⁷² vertritt nun die Ansicht, dass es weder ein jüdisches noch ein römisches Urteil gab, weil sich Jesus durch ein Geständnis selbst schuldig gesprochen hat und somit als Verurteilter sofort hingerichtet werden durfte und musste. Denn auf die Frage von Pilatus, ob er der König der Juden sei, antwortete Jesus: „Du sagst es.“ Versteht man diese Antwort als Bejahung und nicht als Zurückweisung (Das sagst du, nicht ich²⁷³), gesteht Jesus mit diesen Worten die Begehung eines *crimen maiestatis*.

Sowohl MAYER-MALY²⁷⁴ als auch BERGER-DELHEY²⁷⁵ verneinen jedoch die Wirkung des Geständnisses als Verurteilung und folgen damit der prinzipiellen Anschauung MOMMSENS. Dieser hat jedoch hinsichtlich der christlichen Märtyrerverfahren, die er zu den Gesinnungsverbrechen zählt, ausnahmsweise dieselbe Meinung wie KUNKEL und hält hier die Abhaltung eines Gerichtsverfahrens für sehr unwahrscheinlich; dies mit der Begründung, dass in diesen Fällen ein wahrheitswidriges Zugeständnis auszuschließen gewesen sei.²⁷⁶

Die Frage, ob der römische Verfahrensgrundsatz „*confessus pro iudicato est*“ sich auch auf den Strafprozess bezieht, lässt sich daher, wie man aus der Fülle der kontroversen Lehrmeinungen feststellen kann, nicht leicht beantworten. Während vor allem ZUMPT²⁷⁷, KUNKEL²⁷⁸ und v. SODEN²⁷⁹ im Falle eines Zugeständnisses, unabhängig davon, ob das Geständnis vor dem Prätor im Vorverfahren (*in iure*) oder im Hauptverfahren (*in iudicio*) erfolgt war, eine gerichtliche Entscheidung über die

²⁷¹ MAYER-MALY, Rechtsgeschichtliche Bemerkungen, in FS TRINKNER 42.

²⁷² KUNKEL, Kleine Schriften 20f.

²⁷³ BERGER-DELHEY, Das Urteil des Pilatus, in FS TRINKNER 26.

²⁷⁴ MAYER-MALY, Rechtsgeschichtliche Bemerkungen, in FS TRINKNER 43.

²⁷⁵ BERGER-DELHEY, Das Urteil des Pilatus, in FS TRINKNER 25.

²⁷⁶ MOMMSEN, Römisches Strafrecht 438 FN 4.

²⁷⁷ ZUMPT, Criminalrecht II 175ff.

²⁷⁸ KUNKEL, Kleine Schriften 17, 20 u 274 FN 9.

²⁷⁹ v. SODEN, Confessio 26 u 61.

Schuld und damit ein Gerichtsverfahren für ausgeschlossen bzw. für beendet halten, spricht *SCHAUBERG* hinsichtlich der Wirkung nur von einem „*unbedingten Überzeugungsgrund*“²⁸⁰. Er versteht darunter, dass das Geständnis jeden anderen Beweis überflüssig machte und allein für die Verurteilung ausreichte, aber keinesfalls, dass die Verhandlung vor den Richtern unnötig wurde. Nach *VARGHA*²⁸¹ war nur das Geständnis vor dem Prätor ein vollkommener Schuldbeweis und hatte damit prozessbeendende Wirkung, ein Geständnis *in iudicio* dagegen erbrachte nicht einmal vollen Beweis der Tat.

Welcher Ansicht man sich auch immer anschließt, es kann festgehalten werden, dass dem Geständnis im Strafverfahren bis zum Ende der Römischen Republik jedenfalls durchgreifende Beweiskraft zukam, die erst in der Kaiserzeit allmählich an Gewicht verlor, wodurch das Geständnis im Strafprozess zu einem materiellen Beweismittel wurde.

2.4.2. In den Gerichten der Kaiserzeit

Die politische Wende von der Republik zum Kaiserreich überdauerte nur das Quästionengericht, das Komitialverfahren hingegen währte in der Prinzipatszeit nicht mehr fort. Allerdings mussten die *quaestiones perpetuae* schon am Ende des ersten nachchristlichen Jahrhunderts den neu geschaffenen Gerichten des Kaisers, des Senats und der Strafjustiz des *praefectus urbi* und des *praefectus vigilum* weichen.²⁸² Obwohl noch die Form des Anklageprozesses beibehalten wurde, dominierten inhaltlich bereits die Grundsätze der Inquisitionsmaxime. So erfolgte nun beispielsweise die Vernehmung des Angeklagten sowie der Zeugen durch das Gericht und nicht mehr wie bisher vom Ankläger, und die Folter als Mittel zur Ergründung der Wahrheit wurde auch auf freie Römer ausgedehnt.²⁸³

Die Einleitung der Strafverfahren konnte sowohl durch einen privaten Ankläger als auch *ex officio* vorgenommen werden, weil der Akkusationsgrundsatz und das Offizialprinzip in der römischen Kaiserzeit parallel zur Anwendung gelangten.²⁸⁴

Die Ausdehnung des Inquisitionsprinzips im Strafverfahren führte dazu, dass bei Abwesenheit des Täters, weil er ins Exil geflüchtet war oder Gerichtstermine nicht

²⁸⁰ *SCHAUBERG*, Vergleichung 71 u. 73.

²⁸¹ *VARGHA*, Vertheidigung 40 u. 56.

²⁸² *KUNKEL*, Kleine Schriften 14.

²⁸³ *SCHAUBERG*, Vergleichung 75ff.

²⁸⁴ *AMBOS*, Akkusationsprinzip, JURA 8/2008, 586 (587).

wahrgenommen hatte, nicht mehr wie vor den Volks- und Schwurgerichten ein Geständnis der Schuld fingiert wurde, sondern lediglich Contumazialstrafen, wie Ediktalladung und Beschlagnahme des Vermögens, verhängt wurden.²⁸⁵

In der Kaiserzeit war es üblich, einen Straftäter nach der Verurteilung in erster Instanz und sogar schon nach einem Geständnis in Haft zu nehmen:

„Ein geständiger Verbrecher war ins Gefängnis zu werfen, bis das Urteil gefällt wurde.“²⁸⁶

Bereits seit der frühen Kaiserzeit versuchten geständige Inhaftierte, durch die Angabe von Mittätern ihr Leben zu retten oder zumindest die Vollstreckung der Todesstrafe hinauszuzögern. Nach der Überzeugung von KRAUSE²⁸⁷ konnten Geständige tatsächlich mit einer mildernden Strafe rechnen, denn spätantike Autoren hätten das Öfteren das Recht der Richter hervorgehoben, die gesetzlichen Strafen nach ihrem Ermessen abzuschwächen. So sollen sie sogar befugt gewesen sein, volle Straffreiheit zu gewähren, wenn ein Geständnis abgelegt worden oder es zusätzlich zur Denunzierung von Mittätern gekommen war. Allerdings wurde die Möglichkeit, nachträglich weiteren Personen die Mittäterschaft anzulasten, ab dem Jahr 423 n. Chr. gesetzlich beseitigt.

Obwohl KRAUSE²⁸⁸ den Standpunkt einnimmt, dass ein Schuldbekenntnis im Gerichtsalltag der Römer in der Regel Voraussetzung für einen Urteilspruch war, räumt er dennoch auch bei fehlendem Zugestehen des Straftäters die Möglichkeit seiner Verurteilung ein. Auch LOHSING²⁸⁹ sieht das Geständnis nicht als Vorbedingung für ein Urteil an und kritisiert MOMMSEN²⁹⁰, der ein Bekenntnis der Schuld im Falle eines Nächstenmordes für rechtlich notwendig erachtet, weil dieser nur eine einzige Quellenstelle als Beleg für seine Annahme angeben konnte. Im Gegensatz dazu ist v. SODEN²⁹¹ davon überzeugt, dass selbst noch in der Kaiserzeit ein Schuldspruch in Kapitalverfahren nur ergehen konnte, wenn ein Geständnis des Angeklagten vorlag.

Des Weiteren war in der Spätantike im Fall des Geständnisses eines Frauenraubs ein bereits gefälltes Urteil sofort zu vollstrecken und dem *iudicatus* das

²⁸⁵ SCHAUBERG, Vergleichung 76f.

²⁸⁶ Dig 48, 3, 5; zit von KRAUSE, Gefängnisse 65 u 82.

²⁸⁷ KRAUSE, Gefängnisse 217, 245 u 334f.

²⁸⁸ KRAUSE, Gefängnisse 239 u 293.

²⁸⁹ LOHSING, Das Geständnis 23f.

²⁹⁰ MOMMSEN, Römisches Strafrecht 437.

²⁹¹ v. SODEN, Confessio 58.

Appellationsrecht zu verweigern. Auch bei der Anklage wegen anderer schwerer Verbrechen, wie etwa Mord oder Giftmischerei, verhinderte ein Geständnis die Appellation. Da aber in der Kaiserzeit aufgrund der Inquisitionsmaxime die Richtigkeit des, weitgehend durch Folter erpressten, Geständnisses überprüft wurde, kam es nur dann zur Verweigerung der Appellation, wenn der *confessus* zusätzlich durch Zeugen und weitere Beweise als eindeutig überführt angesehen werden konnte.²⁹²

Als Antwort auf die Forschungsfrage konnte für das antike römische Recht die Erkenntnis gewonnen werden, dass das Geständnis im römischen Strafprozess im Gegensatz zur *confessio* im Zivilprozess also erst in der Kaiserzeit der Ermittlung der wirklichen Begebenheiten diene. Während der Republik bewirkte es, als Mittel um den Streit zu einem Ende zu bringen, lediglich eine formale Wahrheit, indem ihm vor den *tresviri capitales* und dem Statthalter selbstverurteilende Kraft zukam, und es im ordentlichen Verfahren, wenn schon keine prozessbeendende, so zumindest doch eine sehr starke Überzeugungskraft besaß.

²⁹² KRAUSE, Gefängnisse 244f, 293 u 334f.

III. Das Geständnis im Mittelalter und in der Frühen Neuzeit

1. Das Geständnis im altdeutschen Prozessrecht

Das germanische Bußverfahren entwickelte sich aus dem einvernehmlichen Verzicht der Sippen auf ihr Recht der Fehdeführung. Diese Friedensverträge waren das Fundament für die Entstehung einer germanischen Gerichtsbarkeit und damit einhergehend für die allmähliche Überwindung der privaten Racheausübung des Verletzten bzw seiner Verwandten.²⁹³

Mit einer Buße (*compositio*), die regelmäßig durch die Übergabe einer bestimmten Anzahl von Pferden und Rindern geleistet wurde, konnte der Täter der Ausübung von Selbsthilfemaßnahmen durch das Opfer entgehen. Während ursprünglich die gesamte Ausgleichsleistung dem Opfer zustand, musste bald ein Teil der Sühne, der so genannte *fredus* (Friedensgeld), an die öffentlichen Machthaber abgegeben werden.²⁹⁴

Der germanische Prozess mit seinem umfassenden Kompositionensystem wurde ebenso wie die gerichtliche Streitverhandlung im attischen Recht²⁹⁵ als ein in Worten geführter Kampf zwischen Kläger und Beklagten angesehen und daher auch mit dem althochdeutschen Ausdruck „*strît*“²⁹⁶ (*Kampf*) belegt. Aus diesem Grund war im Bußprozess auch der Grundsatz: „Wo kein Kläger, da kein Richter“ verwirklicht.²⁹⁷

Es handelte sich also um einen reinen Parteienprozess, in dem über sämtliche²⁹⁸ Rechtsverstöße entschieden wurde. Da die Germanen auch Normverletzungen privatrechtlicher Natur, wie zum Beispiel Vertragsbrüche, als Kränkung der Person (*delictum privatum*) auffassten, kannten sie nur Deliktssklagen.²⁹⁹ Die öffentliche und mündliche Verhandlung erfolgte vor der Volksversammlung, der Dinggenossenschaft (dem *Thing*), die anfangs gemeinsam mit einem vom Stamm

²⁹³ BENZ, Laienrichter 16; HOLZHAUER in ERLER, Handwörterbuch 1630.

²⁹⁴ WALTER, Freie Beweiswürdigung 40 FN 8; WEITZEL, Diskussion, in FS KLEINHEYER 541; WESEL, Geschichte 128.

²⁹⁵ Vgl oben 18.

²⁹⁶ AMIRA, Grundriss 264.

²⁹⁷ AMBOS, Akkusationsprinzip, JURA 8/2008, 586 (588).

²⁹⁸ WEITZEL ist der Ansicht, dass es neben diesem Privatstrafrechtsverfahren bereits zur Zeit der Merowinger ein amtliches Strafverfahren gab, in dem der König als öffentlicher Ankläger fungierte. Allerdings soll es hinsichtlich der Urteilsfindung keine Unterschiede zum Bußverfahren aufgewiesen haben; vgl WEITZEL, Diskussion, in FS KLEINHEYER 542f u 550.

²⁹⁹ BETHMANN-HOLLWEG, Civilprozess IV 25ff; GREMINGER, Das Zugeständnis 19.

gewählten Richter das Urteil sprach. Im Laufe der Zeit wurde der Richter jedoch zum bloßen Verhandlungsleiter, der die Entscheidung zunächst vom Ding und in der fränkischen Zeit bereits von einem Schöffenkollegium, den so genannten *Rachinburgen*, erfragte. Damit der Urteilsvorschlag rechtskräftig werden konnte, musste ihm die gesamte Gerichtsversammlung zustimmen.³⁰⁰

Der Spruch der *Rachinburgen* erfolgte in der Form eines Beweisurteils, ebenso wie das *dikazein*³⁰¹ der Geronten zu Beginn des attischen Gerichtswesens. Nur dem römischen Prozessrecht war ein Beweisurteil unbekannt.³⁰² Mit dieser bedingten Entscheidung wurde ein außergerichtliches Beweisverfahren eröffnet, in dem der im Urteil einer Partei auferlegte Beweis nicht dem Gericht, sondern dem Gegner erbracht werden musste. Der Reinigungseid mit Eideshelfern, sowie subsidiär das Gottesurteil und der Zweikampf, wenn eine Eidesunfähigkeit vorlag oder die erforderliche Anzahl von Eideshelfern nicht aufgebracht werden konnte, waren die formellen Beweismittel, die eine materielle Würdigung durch das Gericht ausschlossen. Gelang der Beweis, war das Verfahren entschieden, denn ein Gegenbeweis war unzulässig.³⁰³

Ein Geständnis fand in diesem Beweisverfahren keinen Platz, denn ein solches wurde ja nur anberaumt, wenn der Beklagte die Behauptungen des Klägers leugnete. Die einzige Möglichkeit dafür bot sich unmittelbar nach der Klageerhebung des Gegners vor der Dinggemeinde. Die Aktion des Klägers wurde als Angriff und als Ehrverletzung empfunden. Diese durch die Klage geschehene Verunglimpfung hätte nach dem Verständnis des germanischen Volkes auch dann nicht beseitigt werden können, wenn dem Kläger der Beweis seiner Vorwürfe misslungen wäre. Aus diesem Grund hatte ein Germane, um sein Ansehen wiederherzustellen, das Recht, sich mit der Hilfe eines Eides von den klägerischen Unterstellungen zu reinigen. Der Kläger dagegen wurde nur ausnahmsweise zum Beweis zugelassen, wenn er Zeugen, später auch Urkunden für seine Behauptungen vorweisen konnte, oder es sich um einen handhaften Täter handelte. Boten beide Parteien Zeugen zum Beweis an, so kam dem Zeugenbeweis des Beklagten der Vorrang zu. Dem Beklagten kam also grundsätzlich das Recht und nicht die Last zur Beweisführung zu. Mit diesem Recht war aber auch die Pflicht zur Abwehr verbunden. Es wurde vom Beschuldigten schlichtweg

³⁰⁰ BENZ, Laienrichter 16ff; WALTER, Freie Beweiswürdigung 41.

³⁰¹ Vgl oben 6 u 23.

³⁰² PLANCK, Beweisurteil 121f.

³⁰³ AMIRA, Grundriss 278; WALTER, Freie Beweiswürdigung 40 FN 1 u 42ff.

erwartet, sich zu verteidigen, indem er leugnete und anschließend seine Unschuld beschwor. Verweigerte er jedoch den Reinigungseid, wurde ein stillschweigendes Geständnis³⁰⁴ angenommen, und es wurde dann im Sinne des klägerischen Begehrens entschieden.³⁰⁵ Ob neben dem indirekten auch dem ausdrücklichen Geständnis im Prozess des Frühmittelalters eine solche Wirkung zukam, soll nun im Folgenden untersucht werden.

1.1. Das Geständnis in den germanischen Stammesrechten des frühen Mittelalters

Die *leges barbarorum* waren, obwohl sie oft als „Volksrechte“ bezeichnet werden, keine von der germanischen Volksgemeinschaft erlassenen Normen, sondern königliche Rechtsetzungsakte.³⁰⁶

Die aus dem 6. Jahrhundert stammenden Aufzeichnungen der Burgunder und der Salfranken sind zwei der ältesten Quellen des germanischen Rechts und enthalten bereits Bestimmungen zum Geständnis eines Knechts. Das von einem Unfreien verursachte Unrecht wurde seinem Herrn angelastet, der sich und seinen Sklaven nur durch einen Reinigungseid davon freischwören konnte. Die *Lex Burgundionum* regelt den Ausschluss des Reinigungseides des Herrn im Falle eines Schuldgeständnisses des Sklaven während der Peinigung. Gestand der Knecht die Tat nicht, konnte er seiner Hinrichtung durch die Eidesleistung seines Herrn entgehen und wurde diesem wieder übergeben.³⁰⁷

Die ergiebigsten Anhaltspunkte für die Wirkung des ausdrücklichen Geständnisses im Frühmittelalter liefert das fränkische Recht. Sowohl der *Pactus Legis Salicae* als auch die *Lex Salica* enthalten sehr ähnliche Bestimmungen zum salischen Knechtsprozess. Am Anfang des 7. Jahrhunderts gab es bei den Salfranken Bestrebungen, die Herrenhaftung einzuschränken und für ein Delikt entweder nur den Knecht oder den Herrn verantwortlich zu machen. Aus diesem Grund konnte der

³⁰⁴ Die Flucht des Beklagten bzw die Nichtbefolgung der Ladung löste im germanischen Recht allerdings keine Geständnisfiktion aus. Nur dann, wenn er sich durch Leugnen bereits auf das Verfahren eingelassen hatte, aber zum Beweisverfahren nicht erschien, wurde ein konkludentes Geständnis angenommen; vgl MAYER-HOMBERG, Die fränkischen Volksrechte 266 u 274.

³⁰⁵ ADLOFF, Vorlagepflichten 10ff; BETHMANN-HOLLWEG, Civilprozess IV 28f; GREMINGER, Das Zugeständnis 19; LOHSING, Das Geständnis 26ff; MUSIELAK, Beweislast 217 FN 257 u 224.

³⁰⁶ AMBOS, Akkusationsprinzip, JURA 8/2008, 586 (588 FN 26).

³⁰⁷ MENSCHING, Strafrecht 125; PLÖGER, Mitwirkungspflichten 36f; v. SODEN, Confessio 80.

Herr die Unschuld selbst dann, wenn vom Sklaven kein Geständnis abgelegt wurde, nicht mehr durch einen Reinigungseid beschwören. Im Knechtsprozess wurde dem Herrn die Eidesleistung somit generell verwehrt. Die Salier kannten ebenso wie die Burgunder die Folter gegenüber Sklaven. Das Ziel der Folter war es nun, neben dem Zugeständnis des Sklaven auch den Dominus als etwaigen Anstifter zu entlarven. Weigerte sich der Herr, den beschuldigten Sklaven für die Folter auszuhändigen, wurde ein stillschweigendes Eingeständnis seiner Mitschuld angenommen und er galt als überführt. Die *Lex Salica* sah eine erste Folterungsphase vor, die auf maximal 120 Hiebe beschränkt war. Wurde der Herr während dieser Zeitspanne vom Sklaven nicht bezichtigt, war seine Unschuld gewiss. Das salische Recht räumte dem Sklaven bei leichten Delikten die Gelegenheit ein, sich durch ein freiwilliges Geständnis, die Tat unaufgefordert begangen zu haben, vor der peinlichen Befragung zu retten. Natürlich lag es jedoch letztendlich in der Hand des Herrn seinen geständigen Sklaven vor dieser Grausamkeit zu bewahren, indem er zusätzlich als Ablöse drei Schillinge bezahlte. Wurde der Unfreie jedoch wegen einer Tat belangt, für die einem Freien eine Geldstrafe von 35 Schillingen auferlegt worden wäre, so war ein Schuldbekenntnis ohne Tortur nicht mehr möglich. Gestand der Knecht noch vor dem 121. Schlag, die Tat von sich aus verübt zu haben, traf ihn im Regelfall die Strafe der Entmannung, wenn sein Herr ihn nicht mit der Zahlung von sechs Schillingen davor schützte. Darüber hinaus war sein Herr gezwungen, Schadenersatz zu leisten. Leugnete er jedoch, durfte der Kläger die Marter fortsetzen, aber erst nach der Übergabe eines Pfands an den Herrn. Gestand der Sklave erst beim 121. Schlag oder später, war nach herrschender Ansicht der Herr seiner Erstattungspflicht entledigt, und der Sklave ging in das Eigentum des Klägers über, nachdem dieser dem Herrn den vollen Preis für den Unfreien bezahlt hatte.³⁰⁸

*NEHLSSEN*³⁰⁹ dagegen bezweifelt stark, dass der Herr trotz des Geständnisses seines Sklaven einen Ersatz für ihn erhielt. Außerdem nimmt er auch beim Geständnis nach dem 120. Schlag das Fortbestehen der Schadenersatzverpflichtung des Herrn an.

Des Weiteren enthielt die aus dem 7. Jahrhundert stammende *Lex Visigothorum* Vorschriften bezüglich eines geständigen Sklaven. Nach dem Recht der Westgoten

³⁰⁸ *MAYER-HOMBERG*, Die fränkischen Volksrechte 74ff u 275; *NEHLSSEN*, Sklavenrecht 328ff; v. *SODEN*, Confessio 80f.

³⁰⁹ *NEHLSSEN*, Sklavenrecht 331.

hatte der Befehl des Herrn grundsätzlich strafbefreiende Wirkung für den Sklaven, dessen Aussage ebenso wie im attischen und im römischen Recht vor Gericht nur dann verwertet werden konnte, wenn sie unter Anwendung von Folter erstattet worden war. Da Sklaven nicht gegen ihre Herrn aussagen durften, war auch eine Folterung in diesem Zusammenhang grundsätzlich unzulässig. Die Sklavenfolter „*in caput domini*“ war als Ausnahme jedoch bei Anklagen wegen Hochverrats, Ehebruchs, Totschlags und Zauberei gestattet. Die *Lex Visigothorum* normierte den Entfall der vorhin erwähnten strafbefreienden Begünstigung, wenn während einer solchen ausnahmsweise zugelassenen Folterung des Sklaven zur Gewinnung einer Aussage gegen seinen Herrn, dessen Beteiligung an der Unrechtstat ebenfalls ans Tageslicht kam. Der Sklave wurde dann ebenso wie sein Herr verurteilt. Gestand der Sklave dagegen schon vor der Vornahme der Tortur, also aus freiem Willen, die Begehung eines solchen Delikts auf Befehl seines Herrn und wiederholte er sein Geständnis während der Folter, musste nur sein Herr die Verantwortung für die Tat übernehmen. Dem geständigen Sklaven dagegen wurde das Leben geschenkt, weil man seine Schuld durch die peinliche Befragung als verbüßt ansah. Diese Vorschriften existierten bereits in dem als *antiqua* (alt) bekannten Teil der *Lex Visigothorum*, der wahrscheinlich unter König Leovigild aufgezeichnet worden war. König Chindasvinth fügte später die Regelung hinzu, dass nicht nur beim freiwilligen, sondern auch beim erzwungenen Geständnis, einen Freien auf Befehl des Herrn getötet zu haben, das Leben des Unfreien verschont werden sollte und nur der Dominus getötet werden durfte. Der Sklave kam demnach trotz seines Geständnisses mit 200 Peitschenhieben und der Dekalvation davon.³¹⁰

Auch in der *Lex Frisionum* aus dem 9. Jahrhundert lässt sich eine Erwähnung zum Geständnis finden. Bekannte sich ein Sklave eines Diebstahls schuldig, konnte sein Herr nicht mehr durch einen Reinigungseid seine Unschuld beschwören. Im Gegenteil, er wurde zu Wertersatz verurteilt und hatte lediglich die Möglichkeit, den Knecht von der Prügelstrafe freizukaufen. Als bemerkenswert ist zu erwähnen, dass in den Rechtsaufzeichnungen der Friesen, im Gegensatz zu den bisher genannten Gesetzen, die Folter nicht einmal gegenüber Sklaven genannt wurde.³¹¹

Demnach lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass das Geständnis eines Unfreien in den germanischen Stammesrechten beweisausschließend wirkte und

³¹⁰ KAMPERS, Geschichte 293; NEHLSSEN, Sklavenrecht 229f; v. SODEN, Confessio 79.

³¹¹ BALDAUF, Folter 48f; ECKHARDT/ECKHARDT, Lex Frisionum 44f; v. SODEN, Confessio 33.

somit nicht geeignet war, die tatsächlichen Begebenheiten aufzuklären. Bei leichteren Delikten wurde mit dem Zugeständnis, wenn es ohne äußeren Zwang erfolgte, sogar das Recht erwirkt, sich von der obligatorischen Folter freizukaufen und sich die Qualen einer Geißelung zu ersparen. Zusätzlich durfte der Herr auch bei schwereren Delikten die im Urteil verhängte Körperstrafe des geständigen Sklaven durch eine Geldleistung ersetzen. Das strafmildernde Gewicht des Geständnisses, unabhängig davon ob es freiwillig oder erzwungen war, zeigt sich besonders in der westgotischen Bestimmung, den auf Befehl tötenden Knecht nur auszupeitschen und nicht wie den ihn anstiftenden Herrn zu töten.

Zur Wirkung des Geständnisses eines freien Germanen geben sowohl die *Lex Salica* der Salfranken als auch die *Lex Ribuaria* der Rheinfranken aus dem 7. Jahrhundert Auskunft. Beide Gesetzessammlungen unterschieden zwischen einem geständigen und einem überführten Rechtsbrecher. Während im Recht der Salier ein Zugestehen jedoch mit Strafflosigkeit belohnt wurde und nur eine Verurteilung auf Leistung von Schadenersatz zur Konsequenz hatte, bestraften die am Rhein ansässigen Franken auch den Geständigen, allerdings milder als den überwiesenen Täter.³¹² So lautet zum Beispiel eine Stelle in der *Lex Salica*:

„Wer das Pferde eines anderen ohne dessen Einverständnis abhäutet, verwirkt, wenn er leugnet, 30 Sol. Buße, gesteht er, so hat er nur Schadenersatz zu leisten.“³¹³

Die *Lex Ribuaria* normiert dagegen für das Geständnis der unerlaubten Enthäutung eines fremden Pferdes die salische Buße von 30 Solidi, die sich im Falle der Leugnung der Tat auf 100 Solidi erhöht.³¹⁴ Allerdings konnte das Geständnis im salischen Recht nur in Verbindung mit der tatsächlich vorgenommenen Schadenserstattung die Bußstrafe ersparen.³¹⁵

Aus den fränkischen *leges* geht eindeutig hervor, dass auch das Geständnis eines freien Germanen eine Strafmilderung herbeiführte. Dass ihm auch eine beweis ausschließende und damit formell bindende Wirkung zukam, ist aus einer Vorschrift in der *Lex Frisionum* klar ersichtlich, die im Falle eines von einem Freien zugestandenen Diebstahls diesem den Reinigungseid verweigert.³¹⁶

³¹² HEYMANN, Textkritik, NA 1919, 419 (500); v. SODEN, Confessio 33 FN 91.

³¹³ Lex Salica 65; zit von MAYER-HOMBERG, Die fränkischen Volksrechte 58.

³¹⁴ MAYER-HOMBERG, Die fränkischen Volksrechte 60.

³¹⁵ HOLZHAUER in ERLER, Handwörterbuch 1631.

³¹⁶ ECKHARDT/ECKHARDT, Lex Frisionum 44f.

Im Unterschied zu den Franken, die wie die meisten anderen Stämme nur die Folterung von Knechten kannten, ließ die *Lex Visigothorum* auch die Folter von gemeinen Freien und sogar Adeligen zu. Geschützt wurden die Angehörigen der höheren Stände nur dadurch, dass sie die Möglichkeit hatten, die Folter durch einen Reinigungseid zu ersetzen, wenn die Gegenpartei einem niedrigeren Rang angehörte. Die Folterordnung von König Chindasvinth schrieb vor, dass der Ankläger seinen Tatvorwurf schriftlich detailliert beschreiben musste und dem Gericht geheim zu übergeben hatte. Erfuhr der Angeklagte noch vor der Übergabe der Anklageschrift, wessen er beschuldigt wurde, durfte die Folter nicht mehr vorgenommen werden. War dies nicht der Fall, schritt man zur peinlichen Befragung. Gestand der Freie, wurde seine ihn belastende Aussage jedoch nicht ohne weiteres für bewiesen erachtet, sondern ihr Inhalt genau überprüft. Stimmte das Geständnis mit dem Anklagevorwurf überein, folgerte man daraus seine Wahrheit, und somit galt die Schuld des Geständigen als bewiesen. Wicht es jedoch von der Anklageschrift ab, wurde der Ankläger dem Beschuldigten als Sklave übergeben. Zu Recht bemerkt KIMMELMANN, dass vielen Menschen großes Leid erspart geblieben wäre, wenn man sich vor allem in den Hexenprozessen des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit auf diese – aus damaliger Sicht – vergleichsweise fortschrittliche Regelung von König Chindasvinth besonnen hätte.³¹⁷

Die Westgoten sahen also im erzwungenen Geständnis durchaus ein materielles Beweismittel, also ein Instrument zur Wahrheitsfindung. Umso erstaunlicher ist es daher, dass dem freiwilligen Geständnis eines Freien dagegen überhaupt kein Wert beigemessen wurde. Denn die *Lex Visigothorum*³¹⁸ hielt auch fest, dass ein Geständiger dieselben Konsequenzen zu tragen hat wie ein auf frischer Tat ergriffener Verbrecher. Nach seinem Geständnis war der Beschuldigte daher nicht mehr zur Erbringung des Reinigungseides zugelassen. Stattdessen durfte der Kläger den Geständigen wie einen handhaften Täter mittels Eides und sechs Eideshelfern „übersieben“, also überführen, und er erlangte bei Gelingen des Beweises ein vollstreckbares Todesurteil.³¹⁹

Für das Frühmittelalter lässt sich nach alledem das Fazit ziehen, dass ein Geständnis des Herrn, mit Ausnahme des Zugeständnisses eines Freien im

³¹⁷ KIMMELMANN, Folter 61ff ; PLÖGER, Mitwirkungspflichten 41f.

³¹⁸ Lex Visigothorum VI, 5, 12; zit von SCHMOECKEL in CONDORELLI, *Panta rei* 139.

³¹⁹ SCHMIDT, Einführung 40, 81 u 90; SCHMOECKEL in CONDORELLI, *Panta rei* 139; v. SODEN, Geständnis 32f.

westgotischen Recht, ebenso wie das des Knechts – aus unserer heutigen Sicht – nur formelle Wahrheit begründete. Im Unterschied zum Tatsachengeständnis in der Antike war es zu Beginn des deutschen Prozessrechts grundsätzlich kein Werkzeug zur Aufspürung des realen Sachverhalts. Die Gründe dafür lagen wohl nicht nur im vorrangigen Ziel des germanischen Gerichtsverfahrens, eine Fehde zu verhindern, sondern vermutlich auch darin, dass das Zugeständnis, obwohl es auf Tatsachen gerichtet war, mehr ein Anerkenntnis war. Denn der Kläger stützte sich ja wie heute auf Tatsachen, um seine Klage auf Wiedergutmachung des ihm zugefügten Unrechts zu begründen, doch der Beklagte hatte nur die Wahl zwischen der vollständigen Klageleugnung oder dem Eingeständnis aller Tatsachen. Einreden waren nicht erlaubt, sodass mit dem Geständnis der beklagten Partei eigentlich der Klagsanspruch des Gegners anerkannt worden war.³²⁰

1.2. Das Geständnis in den Stadtbüchern und Rechtsaufzeichnungen des Hochmittelalters

Der Zeitraum vom 9. bis zum 13. Jahrhundert war geprägt von einer Rechtszersplitterung. Nach dem Aussterben des Geschlechts der Karolinger verloren die germanischen Stammesrechte nach und nach ihre Geltung und es entstand eine Fülle von neuen Rechtsnormen, die neben einigen ehemaligen Stammesvorschriften, deren Wirksamkeit man beibehalten wollte, in die neuen Rechtsaufzeichnungen der aufblühenden Städte, der Landesherren und der Kirche Eingang fanden.³²¹

Die formelle Wirkung des Geständnisses, die es im germanischen Recht hatte, setzte sich im Recht des Hochmittelalters fort. So heißt es zum Beispiel im Sachsenspiegel:

*„Wel he des bekennen, dat is me lef unde ne bekannt he des nicht, ek wel
is ene bereden mit alle deme rechte.“³²²*

Solche und ähnliche Formulierungen lassen sich in zahlreichen mittelalterlichen Rechtsschriften finden.³²³ Daneben erachtet *KRIES* vor allem die Tatsache, dass das Eingestehen der alleinigen Schuld keine Auswirkungen auf Mitangeklagte hatte und

³²⁰ *ADLOFF*, Vorlagepflichten 10; *HOLZHAUER* in *ERLER*, Handwörterbuch 1630f; *MIRAS*, Entwicklung 13.

³²¹ *BENZ*, Laienrichter 20.

³²² Zit von *HOLZHAUER* in *ERLER*, Handwörterbuch 1633.

³²³ Vgl die zitierten Rechtsquellen bei *KRIES*, Beweis 141 FN 160.

dennoch jeder von ihnen den Reinigungseid ablegen musste, als bedeutsamen Nachweis dafür, dass es nicht auf seine Glaubwürdigkeit hin untersucht worden war.³²⁴ Zudem wurde nun aber auch ausdrücklich festgehalten, dass nur dem Geständnis vor Gericht diese beweisausschließende Kraft innewohne, so beispielsweise im Stadtrecht von Wiener Neustadt.³²⁵

*„Ebenso, wenn der Büttel oder Fronbote des Richters sagt, daß irgendjemand vor ihm oder im Gefängnis irgendetwas gestanden hat, darüber soll keinesfalls ihr Zeugnis angenommen werden, wenn derjenige nicht dasselbe vor dem Richter und den Geschworenen gesteht.“*³²⁶

KRIES betont, dass sich das formelle Gewicht aber lediglich auf das freiwillige Geständnis bezog, denn eine Folterung von Freien zum Zweck eines Geständnisses habe es im mittelalterlichen Prozessrecht noch nicht gegeben.³²⁷

Bedenkt man, dass die in den Gesetzessammlungen der germanischen Stämme erwähnte Folter, mit Ausnahme der Westgoten, nur gegen Sklaven Anwendung fand, und diese nachweislich³²⁸ aus dem römischen Recht übernommen worden war, ist dieser Ansicht beizupflichten.

Dass die Folter von Freien jedoch außerhalb des Gerichts regelmäßig vorkam, um ein „freiwilliges“ Geständnis vor Gericht zu erpressen, schließt KRIES³²⁹ eindrucksvoll aus den Folterverböten, die in zahlreichen Rechtsquellen enthalten waren. Das erste findet sich im Stadtrecht von Wiener Neustadt aus dem Jahr 1221. Aber auch das Privileg für die Wiener Juden von 1238 spricht sich gegen die bisher geduldeten privaten Zwangsmaßnahmen aus:

*„Ein Jude soll nicht dazu genöthigt werden, sich einem Gottesurtheil zu unterwerfen, noch durch Schläge oder Gefängnisshaft ein Geständniss von ihm erpresst werden, sondern er soll volle Freiheit haben, nach den Vorschriften seines Glaubens den Reinigungseid zu leisten.“*³³⁰

Erst mit dem Verschwinden des mittelalterlichen Parteiprozesses mit seinen

³²⁴ KRIES, Beweis 143.

³²⁵ KRIES, Beweis 142f.

³²⁶ HOKE/REITER, Quellensammlung 161.

³²⁷ KRIES, Beweis 144.

³²⁸ BALDAUF, Folter 49; NEHLSSEN, Sklavenrecht 333; SCHMOECKEL, Humanität und Staatsraison 102.

³²⁹ KRIES, Beweis 144ff.

³³⁰ Zit von KRIES, Beweis 145.

Formalbeweisen und seiner Ablösung durch den Inquisitionsprozess wurde die Folter von Freien zur Erzwingung eines Geständnisses ein Bestandteil des Gerichtsverfahrens.³³¹

Dass neben der beweisausschließenden Wirkung der zugestandenen Tatsachen im Hochmittelalter zeitgleich auch eine weitverbreitete Sitte bestand, dem Geständnis keine selbstständige Kraft zuzuerkennen, gelang *KRIES*³³² ebenfalls zu belegen. Denn in vielen Privilegien des 14. und 15. Jahrhunderts wurde das Recht festgehalten, gegen die Gewohnheit, für die Verurteilung trotz eines Geständnisses vor Gericht³³³ zusätzlich die Übersiebnung durch den Kläger zu fordern, einzuschreiten und den Geständigen ohne die sieben Personen sofort zu verurteilen. Auch andere in der Lehre, wie *SCHAUBERG*³³⁴ und *LOHSING*³³⁵, teilen die Überzeugung von *KRIES*, allerdings ohne genaue Quellen zu nennen. Besinnt man sich darauf, dass die *Lex Visigothorum* anordnete, den Geständigen wie einen handhaften Täter zu behandeln und sie dessen Verurteilung damit ebenfalls vom Gelingen des Überführungseides des Klägers abhängig machte, liegt die Vermutung nahe, dass der Ursprung der Übung, dem gerichtlichen Geständnis keinen selbstständigen Wert beizumessen, im Recht der Westgoten lag.

2. Das Geständnis im ausgehenden Spätmittelalter

2.1. Das Geständnis im strafrechtlichen Inquisitionsprozess

Aufgrund des Überhandnehmens der Kriminalität in den Städten war das althergebrachte mittelalterliche Privatanklageverfahren zur Bekämpfung der ansteigenden Delinquenz nicht mehr ausreichend. Demgemäß trat an seine Stelle ein neues Prozessrecht, das sich aus dem Handhaftverfahren entwickelt hatte.³³⁶

Im 13. Jahrhundert unterlagen nicht mehr nur auf frischer Tat Betretene dem Recht auf Festnahme, sondern auch so genannte landschädliche Leute, wie Vagabunden, Bettler, zwielichtig erscheinende Fremde und andere, die als suspekt und anrücklich galten und in der Gemeinschaft verrufen waren. Schon bald

³³¹ *KRIES*, Beweis 151.

³³² *KRIES*, Beweis 155ff.

³³³ Durch eine Übersiebnung wurde übrigens auch jedes außergerichtliche Geständnis zur Grundlage einer Verurteilung; vgl. *SCHAUBERG*, Vergleichung 86.

³³⁴ *SCHAUBERG*, Vergleichung 86.

³³⁵ *LOHSING*, Das Geständnis 29.

³³⁶ *SCHMIDT*, Einführung 82f.

übernahmen amtliche Organe die Verfolgung und Festnahme in diesen Verfahren auf den Leumund hin und in weiterer Folge oblag es allein ihnen, sämtliche Tatverdächtige zu verhaften und vor Gericht zu stellen. Die logische Konsequenz der Officialmaxime war die Ausgestaltung eines weiteren Verfahrensgrundsatzes, der Instruktionsmaxime. Denn der traditionelle Überführungseid war aufgrund seiner Anforderung von sechs Eideshelfern nicht geeignet, den in den Landfrieden angeordneten peinlichen Strafen immer zur Durchsetzung zu verhelfen. So zog es die Obrigkeit vor, nachdem sie den mutmaßlichen Täter bereits ausfindig gemacht hatte, auch sogleich den objektiven Sachverhalt zu ermitteln. Der wichtigste neue Behelf zur Aufdeckung der wahren Begebenheiten im Inquisitionsprozess wurde neben dem Augenschein und der Einvernahme von Wissenszeugen die Aussage des Beschuldigten.³³⁷ Welches Gewicht dem Geständnis im mittelalterlichen Untersuchungsverfahren beigelegt wurde, soll nun dargestellt werden.

2.1.1. Die Rolle des Schuldbekenntnisses in den Halsgerichtsordnungen einschließlich der *Constitutio Criminalis Carolina*

Das Inquisitionsprinzip, das also schon vor der Rezeption des römisch-kanonischen Rechts im deutschen Verfahrensrecht anerkannt und weit verbreitet war, konnte allerdings das fest verankerte Parteiverfahren nicht von heute auf morgen aus dem Gerichtsalltag entfernen. Anstatt es vollständig zu ersetzen, wurde das neue Untersuchungsverfahren mit dem alten formellen Akkusationsverfahren verbunden, indem über das Ergebnis der geheimen Inquisition im öffentlichen Endlichen Rechtstag entschieden wurde. Das Verbindungsglied zwischen den beiden Verfahrensarten war das Geständnis.³³⁸

Nach der Inhaftierung des mutmaßlichen Täters folgte das Untersuchungsverfahren. Zuvor musste der amtliche Verfolger jedoch dem Gericht, zumindest einem Teil der Geschworenen, die Festnahme des Verdächtigten mitteilen und einen Beschluss über das weitere Vorgehen abwarten. Eigenmächtige Handlungen durfte er nicht vornehmen. Im Regelfall wurde zunächst die Fortsetzung der Untersuchungshaft unter erschwerten Bedingungen angeordnet, um den Inhaftierten zu einer wahrheitsgemäßen Aussage zu nötigen. Blieb diese erfolglos, kam es zur *gichtung*, zum Verhör des Angeklagten, im Zuge dessen er mit Zeugen

³³⁷ PLÖGER, Mitwirkungspflichten 68ff; SCHMIDT, Einführung 89ff.

³³⁸ KLEINHEYER in MIKAT, Beiträge 377; SCHROEDER, Strafrecht 22.

oder Mitbeschuldigten konfrontiert wurde. Sowohl die Verbalterrition, also die Androhung der Folter, als auch die Realterrition, die Vorführung der Folterwerkzeuge und die Erklärung ihrer Wirkungsweise, kamen in diesem Verfahrensstadium vor. Erfolgte auch während der *gichtung* kein Schuldbekenntnis, erkannte das Gericht auf *frag und mater*, worauf der amtliche Verfolger eine Kommission für die anschließende Tortur bildete.³³⁹

Die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol von 1499 und für Radolfzell von 1506 waren die ersten Ordnungen, die eine Überprüfung eines durch Folter erzwungenen Geständnisses auf seine Glaubwürdigkeit festhielten. Nur im Falle eines handhaften Täters wurde angenommen, dass es trotz der Marter der Wahrheit entspricht, und deshalb wurde auf zusätzliche Ermittlungen bezüglich der wahren Begebenheiten verzichtet.³⁴⁰

Während die Nürnberger Halsgerichtsordnung von 1526 und die Ellwanger HGO von 1466 keine Nachprüfung des erzwungenen Geständnisses vorsahen, sondern diesbezüglich schwiegen, verlangten sie jedoch für die Verwertung des Geständnisses als Urteilsgrundlage seine „freiwillige“ Wiederholung vor zwei Schöffen, wodurch es erst zu einem öffentlichen Bekenntnis wurde.³⁴¹ Die Maximilianischen Gesetze dagegen sahen vermutlich aus dem Grund der Verfahrensbeschleunigung von einer solchen Schutzmaßnahme ab.³⁴² Nach der freiwilligen Ablegung des Geständnisses vor den Schöffen wurde der öffentliche³⁴³ Gerichtstermin, der Endliche Rechtstag, anberaumt. Leugnete der Gefolterte hier sein Zugeständnis, wurde seine belastende Aussage verlesen und anschließend von den zwei Geschworenen die Tatsache, dass er zuvor gestanden hatte, eidlich bestätigt. Dadurch wurde die Übersiebnung des Geständigen durch den Kläger überflüssig und das Geschworenenkollegium, mit Ausnahme der beiden „Lochschoffen“, fällte das Urteil.³⁴⁴ Ebenso schloss die Bambergische Halsgerichtsordnung von 1507 die beiden Schöffen von der Urteilsbefragung aus. Anders regelte dies jedoch die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532, die wie die CCB bereits von der

³³⁹ PLÖGER, Mitwirkungspflichten 77ff; SCHMIDT, Halsgerichtsordnungen 149.

³⁴⁰ KLEINHEYER in MIKAT, Beiträge 376; PLÖGER, Mitwirkungspflichten 81f; SCHMIDT, Halsgerichtsordnungen 76f u 150ff.

³⁴¹ KLEINHEYER in MIKAT, Beiträge 371 u 376f.

³⁴² PLÖGER, Mitwirkungspflichten 83; SCHMIDT, Halsgerichtsordnungen 78f.

³⁴³ Die Halsgerichtsordnungen für Tirol und Radolfzell erledigten das Verfahren dagegen hinter verschlossenen Türen; vgl. PLÖGER, Mitwirkungspflichten 83; SCHMIDT, Halsgerichtsordnungen 76.

³⁴⁴ KLEINHEYER in MIKAT, Beiträge 371 u 377; SCHMIDT, Halsgerichtsordnungen 153f.

Rezeption beeinflusst worden war.³⁴⁵ Sie bestimmte wie die Tiroler Malefizordnung, die nicht zu den Rezeptionsgesetzen zu zählen ist, die Doppelrolle dieser besonderen Schöffen als Zeugen und als Richter. Eine bedeutende Neuerung in der Carolina gegenüber der CCB war die Tatsache, dass nun das freiwillige Geständnis gleich behandelt wurde wie das durch Folter erzwungene Bekenntnis und ebenfalls auf seine Glaubwürdigkeit nachgeprüft werden musste.³⁴⁶

Hinzu kam, dass neben dem glaubwürdigen Geständnis auch die Zeugenaussagen von zwei Tatzeugen für eine Verurteilung ausreichend waren. Die körperliche Misshandlung war nur zulässig, wenn weder der Angeklagte von sich aus gestand, noch die Überführung durch zwei Zeugen gelang. Des Weiteren wurde die Anwendung der peinlichen Frage, die davor im Ermessen des Richterkollegiums lag, an das Vorliegen von eindeutigen Indizien gebunden. Wurde ohne eine solche *redliche anzeigung* gefoltert und dadurch ein Geständnis erwirkt, war es nicht verwertbar.³⁴⁷

SELLERT sieht durch die Einführung des Zeugenbeweises in die CCC das Geständnis als *regina probationum*, als Königin der Beweismittel, bereits entthront, da die *confessio* nun nicht mehr die einzige und unbedingte Voraussetzung für eine Verurteilung war.³⁴⁸

Im Gegensatz dazu kommt KLEINHEYER zu dem Schluss, dass sich das Geständnis erst in der Carolina zu einem echten Beweismittel weiterentwickelt hat. In den bis dahin geltenden Gerichtsordnungen sei das Geständnis vielmehr wie im mittelalterlichen Parteiverfahren als beweisausschließende Prozesshandlung zu qualifizieren. Diese Ansicht begründet er zum einen mit der begrifflichen Unterscheidung der Halsgerichtsordnungen zwischen „Bekenntnis“ und „Beweisung“. Zum anderen damit, dass dem Geständnis im Endlichen Rechtstag nur eine formell verfahrensgestaltende Funktion zukam. Des Weiteren findet er einen Beleg in der Tatsache, dass auch außerhalb des Endlichen Rechtstages, also im Untersuchungsverfahren, von der Vorstellung der selbstverurteilenden Kraft des Geständnisses nur langsam abgerückt wurde. Nur nach und nach schritt man mühsam zuerst vom Erfordernis der freiwilligen Wiederholung des Bekenntnisses nach der

³⁴⁵ SCHMIDT, Halsgerichtsordnungen 150.

³⁴⁶ KLEINHEYER in MIKAT, Beiträge 373f; SCHMIDT, Halsgerichtsordnungen 79 u 155.

³⁴⁷ DEPPENKEMPER, Beweiswürdigung 159f; OTTE, Rechtsgrundlagen 35; SCHMIDT, Einführung 128.

³⁴⁸ SELLERT in ANGELMEIER, Säkulare Aspekte 46.

Folter über die Überprüfung des Wahrheitsgehalts des erzwungenen Geständnisses zur inhaltlichen Kontrolle jeder Art von Geständnis voran.³⁴⁹

Der Grundsatz „*Confessio est regina probationum*“ besaß daher für die spätmittelalterliche Zeit bis zur CCC nur Geltung bezüglich des erzwungenen Geständnisses. Erst 1532 wurde auch das freiwillige Geständnis, wie bereits das erpresste Bekenntnis, zu einem echten Beweismittel und damit zu einem Instrument materieller Wahrheitserforschung. Entgegen *SELLERT* ist die Charakterisierung des Geständnisses als *regina probationum* trotz der Möglichkeit, eine Verurteilung auch ohne einen sich zur Tat bekennenden Täter auszusprechen, wohl nicht verkehrt, da die Aussagen von zwei unverdächtigen Zeugen nur sehr selten zur Verfügung standen³⁵⁰ und darüber hinaus selbst bei Vorliegen eines vollgültigen Zeugenbeweises versucht wurde, durch Vorhaltung³⁵¹ dieser Tatsache ein Geständnis zu erwirken.³⁵²

2.1.2. Seine Bedeutung im gemeinen Inquisitionsprozess

Die Periode des gemeinen Inquisitionsprozesses, also die Zeitspanne von den ersten Rezeptionsgesetzen, vor allem CCB und CCC, bis zur Reform des Strafverfahrens im 19. Jahrhundert, wurde besonders vom Juristen und Mitbegründer der deutschen Rechtswissenschaft Benedikt *CARPZOW* geprägt. Da die für ihre Zeit sehr fortschrittliche Carolina durch die salvatorische Klausel ihre Subsidiarität gegenüber den Partikularrechten der Reichsstände selbst vorsah, war es möglich, von ihr abzuweichen. *CARPZOW* beeinflusste die von der CCC abschweifenden Vorschriften und Praktiken durch sein 1635 erschienenenes berühmtes Werk „*Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*“. Dieses Lehrbuch des Strafverfahrens, das auf der Peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V. basierte und sowohl das kursächsische Recht als auch die Praxis des Schöffentuhls von Leipzig einbezog, erlangte gesetzesähnlichen Charakter und führte damit zur Fortbildung des Rechts der Carolina.³⁵³ Wie im römisch-kanonischen Inquisitionsprozess unterschied *CARPZOW* die Generalinquisition von der Spezialinquisition. Erstere hatte den

³⁴⁹ *KLEINHEYER* in *MIKAT*, Beiträge 381 u 384.

³⁵⁰ *OTTE*, Rechtsgrundlagen 36.

³⁵¹ Die CCB erlaubte nach ausreichendem Beweis auch noch die Folter zum Zweck des Geständnisses; vgl. *SCHMOECKEL*, Humanität und Staatsraison 237 FN 344.

³⁵² *GEPPERT*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit 18 FN 56; *HOLZHAUER* in *ERLER*, Handwörterbuch 1636; *SCHMOECKEL*, Humanität und Staatsraison 237.

³⁵³ *NOWACKI*, Das Geständnis 19; *PLÖGER*, Mitwirkungspflichten 121ff.

Zweck, das Delikt sowie einen Tatverdächtigen zu ermitteln. Die Spezialinquisition dagegen versetzte die unter Tatverdacht stehende Person in den Stand der Anschuldigung. Erst in diesem Abschnitt wurde der mutmaßliche Täter verhaftet und anhand eines Fragenkatalogs verhört. Nach der Untersuchung mussten die Ergebnisse an ein Dikasterium (Schöffenstuhl oder juristische Fakultät) gesandt werden, wo die Akten überprüft wurden. War aus dem Aktenstudium ersichtlich, dass der Inquisit glaubwürdig gestanden hatte oder seine Schuld durch zwei glaubwürdige Zeugen bewiesen war, wurde er verurteilt. War weder ein Zeugenbeweis noch ein freiwilliges Geständnis vorhanden, lagen jedoch Indizien mit mittlerer Verdachtsstärke vor, musste der Angeklagte einen Reinigungseid leisten. Dieses formale Beweismittel des germanischen Rechts, das die CCC nicht mehr kannte, wurde von *CARPZOW* wieder eingeführt. Allerdings verstand er den Eid nicht mehr als ein Recht des Beschuldigten, sondern als ein gegen ihn gerichtetes Wahrheitserforschungsmittel. Auch das Erfordernis der früher üblichen sechs Eideshelfer ging im Laufe der Zeit unter. Im Falle starker Indizien wurde dagegen bei leichten Delikten die *poena extraordinaria*, eine mildere Verdachtsstrafe verhängt. Nur dann, wenn eindeutige Indizien für die Begehung eines schweren Delikts sprachen, ordnete das Dikasterium die Folter an.³⁵⁴

Die Folterlehre von *CARPZOW* sah einige Verbesserungen für den Beschuldigten vor. Hielt der Angeklagte die Tortur ohne zu gestehen durch, durfte die Folter ohne neue Indizien nicht wiederholt werden. Ein erpresstes Geständnis musste, wie dies bereits in der CCC angeordnet worden war, einige Zeit später freiwillig wiederholt, also ratifiziert werden und auch auf seine Glaubwürdigkeit hin überprüft, also verifiziert werden. Wurde die Ratifikation, durch die das Geständnis „den Glanz der Freiwilligkeit“³⁵⁵ erhielt, vom Gefolterten nicht verweigert, sein Geständnis jedoch als unglaublich beurteilt, kam es dennoch nicht zum Freispruch, sondern zur Verhängung der *poena extraordinaria*.³⁵⁶

Widerrief der Beschuldigte nach der Marter sein Geständnis noch im Folterkeller, war eine Wiederholung ausgeschlossen. Lehnte er dagegen die spätere Ratifikation ab, durfte die Folter bei schwersten Delikten, wie zum Beispiel Mord, Sodomie oder Brandstiftung, insgesamt zweimal wiederholt werden. Im Gegensatz dazu war im

³⁵⁴ *DEPPENKEMPER*, Beweiswürdigung 175; *PLÖGER*, Mitwirkungspflichten 131ff u 288f.

³⁵⁵ *HOLZHAUER* in *ERLER*, Handwörterbuch 1638.

³⁵⁶ *BALDAUF*, Folter 121.

Fälle von Delikten wie Totschlag, Ehebruch, Meineid oder Diebstahl, die auch mit der Todesstrafe geahndet wurden, die erneute Folterung nur einmal zulässig. Außerdem führte *CARPZOW* auch das Recht des Angeklagten auf Verteidigung in allen Verfahrensabschnitten ein.³⁵⁷

Somit ist ersichtlich, dass nicht nur in der *Constitutio Criminalis Carolina*, sondern auch im streng formalen Inquisitionsprozess von *CARPZOW* das Geständnis, unabhängig davon, ob es freiwillig oder durch Anwendung von Zwang erfolgte, ein materielles Beweismittel war. Es durfte nicht ungeprüft einem Schuldspruch zugrunde gelegt werden, sondern musste vom Spruchkörper frei gewürdigt und als schlüssig und der Wahrheit entsprechend angesehen werden. Besonders den Geständigen, der nach der Folter sein Bekenntnis zurücknahm, versuchte *CARPZOW* vor der Gefahr der endlosen Wiederholung der peinlichen Befragung, wie sie noch in der CCC möglich war, zu bewahren.

Doch die von ihm aufgestellten Schutzgarantien währten nicht lange. Ausgangspunkt für die Hinwegsetzung über seinen streng formalen Inquisitionsprozess war eine von ihm selbst geschaffene Ausnahmeregelung, die im Fall von *delicta excepta* die strengen Vorschriften für nicht anwendbar erklärte. Zusammen mit dem Schadenauberparagraphen, geregelt in Artikel 109 der Carolina, führte dieses Schlupfloch zur Massenwelle von weltlichen Hexenprozessen im 17. und im 18. Jahrhundert, in denen das Geständnis aufgrund des natürlichen Mangels an Zeugen, die die eingebildeten Delikte hätten beobachten können, noch wichtiger wurde. In weiterer Folge wurde der von schützenden Formalien geprägte Strafprozess in der Gerichtspraxis durch einen formlosen Inquisitionsprozess ersetzt, in dem das Geständnis ohne Prüfung auf seinen Wahrheitsgehalt seinen nur schwer errungenen Status als materielles Beweismittel wieder verlor und wie vor der CCC nur dazu diente, eine rein formale Wahrheit zu begründen. Auch die im Zuge der Aufklärung erreichte Abschaffung der Folter änderte bis zur Einführung des reformierten Strafprozesses nichts daran, da zur Erlangung des Geständnisses auf Foltersurrogate, wie Ungehorsams- und Lügenstrafen, zurückgegriffen wurde.³⁵⁸

³⁵⁷ BALDAUF, Folter 121.

³⁵⁸ DEPPENKEMPER, Beweiswürdigung 177; HOLZHAUER in ERLER, Handwörterbuch 1639ff; NOWACKI, Das Geständnis 13; PLÖGER, Mitwirkungspflichten 147ff.

2.2. Das Geständnis im gemeinen Zivilprozess

Der gemeine Zivilprozess in den deutschen Ländern entstand im 12. Jahrhundert durch die Vermengung der Grundsätze des einheimischen altdeutschen Verfahrensrechts mit dem rezipierten römisch-kanonischen Recht und durch die Übernahme der Modifikationen, die dieses fremde Recht durch die italienische Gerichtspraxis erfahren hatte. Den weiteren Entwicklungsverlauf beeinflussten vor allem die im 15. Jahrhundert erlassenen Verfahrensordnungen für die Reichsgerichte, sowie die einzelnen Partikulargesetzgebungen, die sich besonders an der sächsischen Gerichtspraxis orientierten.³⁵⁹

Das Verfahren vor den Reichsgerichten entsprach dem römisch-kanonischen Zivilprozess und damit dem Prinzip des Artikelverfahrens. Der Kläger hatte seine Klage schriftlich bei Gericht einzureichen und sie zwecks Erleichterung einer Stellungnahme des Beklagten in so genannte *positiones* zu unterteilen, denen der Beklagte zustimmen oder widersprechen konnte. Im letzten Fall wurde der Inhalt der angegriffenen Position in *articuli* gegliedert, wobei jeder Artikel eine Tatsachenbehauptung enthielt, auf die der Kläger seine Forderung stützte. Zur Vereinfachung und schnelleren Abwicklung des Verfahrens durfte der Kläger schon die Klage in Artikelform verfassen. Das Gericht legte anschließend den Inhalt des streitigen Artikels als Gegenstand der Beweisaufnahme fest. Erst nachdem zu den streitigen Positionen die Beweise erhoben worden waren, durfte der Beklagte wieder in der Form von Artikeln Einreden geltend machen, die er, sofern sie von der Gegenpartei nicht zugestanden wurden, beweisen musste. Im Jahr 1570 wurde durch einen Reichstagsabschied versucht, dieses Vorbereitungsverfahren als Verfahrensabschnitt nach der Litiskontestation einzuführen. Diese Neuerung hatte jedoch nicht lange Bestand und wurde bereits 1594 wieder verworfen. Blieb der Beklagte aus oder seine Stellungnahme zu den Positionen und Artikeln schuldig, traf ihn nicht die *poena confessi*, sondern es wurde die *litis contestatio* fingiert, der Beklagte als Leugnender beurteilt und dem Kläger vorgeschrieben, in einem einseitigen Verfahren den Beweis für seine Klagebehauptungen zu erbringen. Erst in der Reichskammergerichtsordnung von 1555 wurde ein Geständnis als Kontumazialnachteil fingiert, wenn eine Partei nach der Litiskontestation

³⁵⁹ BRAUN/BÜLOW, Allgemeines deutsches Zivilprozeßrecht 69; KWASCHIK, Die Parteivernehmung 72.

ungehorsam war. Der Jüngste Reichsabschied von 1654 wies den Beklagten in § 37 an, die Klage sofort im ersten Termin vollständig zu beantworten. Das artikulierte Verfahren, das damit hinter die *litis contestatio* gestellt wurde, beschränkte er auf die wesentlichen Streitpunkte und führte die *poena confessi* ein, wenn die Auflage zu antworten vorausgegangen war. Folgte auf eine Position bzw einen Artikel keine Antwort, wurde der Inhalt als von der passiven Partei zugestanden angenommen.³⁶⁰

Im Zuge der Reform des kammergerichtlichen Verfahrens durch den Jüngsten Reichsabschied wurde vieles aus dem sächsischen Prozessrecht, dem das Artikelverfahren unbekannt war und das bereits ab dem Zeitpunkt der Ladung bei Ungehorsam die Strafe des fingierten Geständnisses androhte, übernommen. Auch im Kameralverfahren waren nun die Klageschrift und die Antwort des Beklagten summarisch, also als zusammenhängende Erzählung, vorzubringen und aufgrund der Eventualmaxime alle gleichwertigen Prozesshandlungen in einem vorbestimmten Verfahrensteil vorzunehmen.³⁶¹

Der gemeine Prozess gliederte sich daher in das Behauptungsstadium und in das daran anschließende Beweisverfahren auf. Verbunden wurden die beiden Verfahrensabschnitte durch das so genannte Beweisinterlokut. Im ersten Teil des Prozesses legten die Parteien alle Tatsachen dar, die ihre Behauptungen untermauern sollten. Das Gericht siebte danach die relevanten Tatsachen aus und fällte, sofern sie nicht streitig waren, sofort das Endurteil. Wurden sie dagegen nicht zugestanden, folgte ein bedingtes Beweisurteil, das die zu beweisenden Tatsachen, die Beweislast und die Frist zur Beweiserbringung determinierte. Gegen dieses Urteil konnte Berufung eingelegt werden. Sobald dem Beweisinterlokut Rechtskraft zukam, wurde das Beweisverfahren eingeleitet.³⁶²

Das gemeinrechtliche Zivilverfahren war von der gesetzlichen Beweistheorie beherrscht, welche die Kanonisten an die Stelle der freien Beweiswürdigung des römischen Zivilprozesses gesetzt hatten.³⁶³ Das wichtigste formelle Beweismittel des altdeutschen Verfahrens bestand somit zwar fort, allerdings in veränderter Form. So stand der Eid nicht mehr aufgrund gesetzlicher Regelung einer der Parteien als

³⁶⁰ BRAUN/BÜLOW, *Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht* 77ff; EMPELL, *Gutenberg* 113; GRAHL, *Abschaffung* 12; HOLZHAUER in ERLER, *Handwörterbuch* 1633f.

³⁶¹ BRAUN/BÜLOW, *Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht* 78; GRAHL, *Abschaffung* 12; HOLZHAUER in ERLER, *Handwörterbuch* 1634.

³⁶² BRAUN/BÜLOW, *Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht* 78; KAUFMANN, *Untersuchungsgrundsatz* 23; KWASCHIK, *Die Parteivernehmung* 73.

³⁶³ BRAUN/BÜLOW, *Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht* 75; KROLL, *Beweiswürdigung* 11; SCHAUBERG, *Vergleichung* 92.

Beweismittel zu. Stattdessen kannte der gemeine Prozess nur den zugeschobenen oder den vom Richter auferlegten Eid, der streng subsidiär war und nur zur Anwendung gelangte, um einen teilweisen erbrachten Beweis zu vervollständigen. Der Beweisführer durfte seinem Gegner den Eid zuschieben. Verweigerte dieser jedoch die Eidesleistung, wurde sein Geständnis der zu beweisenden Tatsache fingiert. Der Gegner durfte jedoch den ihm angetragenen Eid auf die an sich beweisbelastete Partei zurückschieben. Lehnte diese es ab, das Beweisthema zu schwören, galt diese Tatsache als unwahr. Wie im Strafprozess schufen auch im Zivilprozess nur zwei glaubwürdige Zeugen eine eindeutige Beweislage, während der Aussage eines einzigen Zeugen nur ein geringerer, nämlich ein halber Beweiswert beigemessen wurde. Als neues Beweismittel trat neben die öffentliche Urkunde nun auch die Privaturkunde. Mit all diesen Beweismitteln sollte der Richter formell von der Wahrheit überzeugt werden, eine materielle Würdigung stand ihm indes nicht zu.³⁶⁴

Dieses Streben des gemeinen Zivilprozesses nach bloß formaler Wahrheit zeigte sich vor allem an der Ausdehnung der *poena confessi* nicht nur auf den Fall der Eidesverweigerung, sondern auch auf die Fälle der unterlassenen Einrede gegen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Echtheit einer Urkunde. Ebenso wie die Anwendung der Folter im Strafverfahren diente die Erweiterung der *poena confessi* im Zivilverfahren der Erlangung eines Geständnisses, der *regina probationum*, als primärem Ziel des Prozesses.³⁶⁵

2.2.1. Der Streit um die rechtliche Natur des Geständnisses

Dass das Geständnis im gemeinen Zivilverfahren zunächst als förmliches Beweismittel deklariert wurde und es daher neben dem öffentlichen auch im privatrechtlichen Gerichtsverfahren „Königin des Beweises“ war, lag daran, dass die Glossatoren und Kanonisten keine Kenntnis mehr von der im justinianischen Verfahren bereits untergegangenen Zweiteilung des Formularverfahrens hatten. Demzufolge wandten sie die Quellenstellen des *Corpus iuris civilis*, die sich auf die *confessio* bezogen, nicht nur auf das Anerkenntnis, sondern auch auf das Tatsachengeständnis an. Im italienischen Prozess verlor aufgrund der Einführung des

³⁶⁴ KROLL, Beweiswürdigung 11f; KWASCHIK, Die Parteivernehmung 73f.

³⁶⁵ ENDEMANN, Beweislehre 177ff; HOLZHAUER in ERLER, Handwörterbuch 1634; SCHAUBERG, Vergleichung 92.

artikulierten Verfahrens die *confessio in iure* immer mehr an Bedeutung, während die Zahl der Tatsachengeständnisse anstieg, deren formell wirkende Kraft fälschlich vom römischen Grundsatz *confessus pro iudicato est* abgeleitet wurde, obwohl sie vielmehr aus dem altgermanischen Prozess stammte, und die nur im Falle eines Irrtums entkräftet werden konnten.³⁶⁶

In der Folgezeit war die gemeinrechtliche Zivilprozessrechtswissenschaft geprägt vom Streit um die rechtliche Natur des Geständnisses. In der Lehre erhoben sich viele Stimmen gegen die Qualifizierung des Geständnisses als gesetzliches Beweismittel oder als Beweisgrund, als das es von einigen Prozessualisten angesehen worden war.³⁶⁷

Als einer der Ersten wandte sich GÖNNER gegen die Betrachtung des Geständnisses als Wahrheitserklärung. Er argumentierte daher, dass alles, was sich die Parteien im ersten Verfahrensabschnitt zugestehen, kein Gegenstand des Beweises sein könne, weil sein Zweck nur die Ermittlung des strittigen Teils des Prozesses sei. Zur Untermauerung seiner These brachte er vor, dass selbst der auf dem Untersuchungsgrundsatz beruhende preußische Prozess ein solches Geständnis nicht als Beweismittel handhabte. Außerdem führte er die förmliche Wirkung des Geständnisses nicht mehr auf das römische Recht, sondern bereits auf den Dispositionsgrundsatz zurück.³⁶⁸

Auch BRACKENHÖFT vertrat den Standpunkt, dass das Geständnis kein Beweismittel sein könne, weil solche nur Personen und Sachen wären, auf die sich die Parteien beziehen und die nicht Subjekte oder Objekte des anhängigen Prozesses sind. Allerdings nahm er seine Auffassung im Gegensatz zu GÖNNER für alle Geständnisse an, und beschränkte sie nicht nur auf die im ersten Verfahrensteil abgelegten. Aber auch als Beweisgrund, als eine durch Parteihandlung bewirkte Tatsache, aus der der Richter durch Reflexion „die Bewiesenheit“³⁶⁹ findet, erachtete er das Zugeständnis nicht, weil die juristische Gewissheit infolge eines Geständnisses mit der durch einen objektiven Beweisgrund hervorgerufenen nicht zu vergleichen sei. So führte er zum Beispiel an, dass nur gegen letztere ein Gegenbeweis zugelassen sei.³⁷⁰

³⁶⁶ DEMELIUS, *Confessio* 17f; HOLZHAUER in ERLER, *Handwörterbuch* 1634; SCHOOF, *Entwicklung* 35f.

³⁶⁷ KITZ, *Das sogenannte qualifizierte Geständnis* 5.

³⁶⁸ BECKER, *Das sogenannte qualifizierte Geständnis* 2; GÖNNER, *Handbuch* 2 u 5.

³⁶⁹ BRACKENHÖFT, *Beiträge zur Lehre vom Geständnis*, AcP 1837, 248 (253).

³⁷⁰ BRACKENHÖFT, *Beiträge zur Lehre vom Geständnis*, AcP 1837, 248 (248ff); BECKER, *Das sogenannte qualifizierte Geständnis* 2f; KITZ, *Das sogenannte qualifizierte Geständnis* 5.

Aber nicht nur gegen die Bestimmung des Geständnisses als ein Beweismittel bzw einen Beweisgrund gab es Einwände, sondern ebenso gegen die Vertreter³⁷¹ einer weiteren Theorie, die das Geständnis als ein Beweissurrogat verstand. Während WACH dagegen anführte, dass das Geständnis, weil es für sich allein keinen Beweis erbringe, auch kein Beweisersatzmittel sein könne, bezeichnete ENDEMANN die Unstimmigkeiten in Bezug auf die Charakterisierung des Zugeständnisses als Beweisgrund oder Beweissurrogat als „*Namensstreit*“, also als Wortklauberei. Viel wichtiger erschien ihm die Auseinandersetzung darüber, ob der Grund für die formelle Wirkung des Geständnisses in einer darin enthaltenen (empirischen) Glaubwürdigkeit oder in seinem (normativen) Vertragscharakter liege.³⁷²

Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts schob sich die Doktrin vom Geständnis als Dispositionsakt, die einen besonderen Wirkungswillen, den *animus confitendi*³⁷³ in zwei Variationsformen, voraussetzt, immer mehr in den Vordergrund und verdrängte die bis dahin vorherrschende Beurteilung des gerichtlichen Geständnisses als Wahrheitsaussage.³⁷⁴

2.2.1.1. Die Dispositionstheorie in der Version des Verzichtswillens

Die ersten Ansätze dieser Verzichtstheorie finden sich bereits bei GÖNNER, der von einer „*Dahingebung eines Rechts*“³⁷⁵ spricht. Dieser Keim wuchs vor allem mit der Lehre von BETHMANN-HOLLWEG³⁷⁶ weiter, der im gerichtlichen Geständnis, im Unterschied zum außergerichtlichen, den freiwilligen Verzicht der Partei auf den Beweis der zugestandenen Tatsachen formuliert sah. Allerdings hielt er die Erbringung des Gegenbeweises noch für zulässig und folgerte die Unwiderruflichkeit des Geständnisses weder aus dem römischen Recht noch aus dem Verzichtswillen, sondern aus der „*inneren Notwendigkeit des Zivilprozesses*“³⁷⁷. In der Folge wurde die Verzichtstheorie unter anderen von HEFFTER, WETZELL und besonders von PLANCK weiterentwickelt, womit das gerichtliche Geständnis durch seinen

³⁷¹ Vgl ENDEMANN, Beweislehre 120 FN 4.

³⁷² BECKER, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 3f; ENDEMANN, Beweislehre 151; WACH, Das Geständniß, AcP 1881, 201 (202).

³⁷³ Zur Wandlung des *animus confitendi* von einer Art Wahrheitsbekundung beim außergerichtlichen Geständnis hin zum Feststellungs- bzw Verzichtswillen in der deutschen Dogmatik vgl BÜLOW, Geständnisrecht 190ff.

³⁷⁴ BECKER, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 4; KITZ, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 6.

³⁷⁵ GÖNNER, Handbuch 5.

³⁷⁶ BETHMANN-HOLLWEG, Versuche 311.

³⁷⁷ SCHOOF, Entwicklung 39.

Verzichtswillen, auf den nun seine Wirkungskraft zurückgeführt wurde, zu einem Dispositionsakt auch über das streitige (materielle) Recht wurde.³⁷⁸

2.2.1.2. Die Dispositionstheorie in der Version des Feststellungswillens

*BRACKENHÖFT*³⁷⁹ sah den Grund für die formelle Kraft des gerichtlichen Geständnisses weder in seiner inneren (faktischen) Glaubwürdigkeit noch im (normativen) Verzicht, also auch nicht in seinem Vertragscharakter. Seiner Ansicht nach stützt sich die besondere Wirkung des Geständnisses allein auf die prozessualische Übereinstimmung der Parteien. Nicht der Verzichtswille, sondern der Feststellungswille, also der Wille, die zugestandenen Tatsachen selbst unabhängig von ihrer Wahrheit für den vorliegenden Rechtsstreit als wahr gelten zu lassen, ist nach dieser Theorie ausschlaggebend.

Auch *RENAUD*³⁸⁰ verstand die im Geständnis liegende Disposition vornehmlich als prozessuales Rechtsgeschäft. Im Unterschied zu *BRACKENHÖFT* führte er jedoch auch die Unwiderruflichkeit des Geständnisses auf die Einigkeit der Prozessparteien zurück und ließ diese ab dem Moment der Abgabe des Bekenntnisses eintreten. Nach *BRACKENHÖFT*³⁸¹ konnte das Zugeständnis so lange widerrufen werden, bis der gesamte Vortrag der Partei an den Richter nicht mehr abgeändert werden durfte.

Einen weiteren Vertreter der Dispositionstheorie findet man in *WACH*³⁸², denn auch er hielt im Falle eines Geständnisses die richterliche Kognition für ausgeschlossen und sah die einzige Möglichkeit für einen Widerruf des betreffenden Verfügungsakts im Nachweis des mangelnden Feststellungswillens.³⁸³

Gegen die Qualifizierung des Geständnisses als Dispositionsakt der Partei wurde freilich alsbald Kritik erhoben. Der Verlauf der weiteren Entwicklung des Streits um die Natur des Geständnisses wird in den folgenden Kapiteln, welche die Bedeutung des Geständnisses in den drei zu untersuchenden Ländern behandeln, wiedergegeben werden.

³⁷⁸ *DEMELIUS*, Confessio 370; *KITZ*, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 6; *SCHOOF*S, Entwicklung 38ff.

³⁷⁹ *BRACKENHÖFT*, Beiträge zur Lehre vom Geständniß, AcP 1837, 248 (270f).

³⁸⁰ *RENAUD*, Lehrbuch 246f u 248.

³⁸¹ *BRACKENHÖFT*, Beiträge zur Lehre vom Geständniß, AcP 1837, 248 (272).

³⁸² *WACH*, Das Geständniß, AcP 1881, 201 (202).

³⁸³ *BECKER*, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 4; *DEMELIUS*, Confessio 370 u 379f; *KITZ*, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 6.

2.2.2. Das qualifizierte Geständnis

Die Lehre vom qualifizierten Geständnis hat ihre Wurzeln in der Glosse ad c. 9. C. VII. 36, in der sich folgende lateinische Wendung findet:

„*An reus videatur confessus pure, nisi probet condicionem an contra videatur negasse, nisi actor probet puritatem vel condicionem exstitisse*“³⁸⁴

Es ging in dieser Stelle um einen Fall, in dem sich ein Kläger auf das Versprechen des Beklagten berief, der erwiderte, dass er zwar das Versprechen abgegeben habe, allerdings nur unter einer Bedingung. Die Kommentatoren stellten nun die Frage auf, ob eine solche Antwort als ein reines Geständnis zu werten sei, oder aber ein Leugnen darstelle. Obwohl die Glossatoren dadurch keineswegs zwei unterschiedliche Arten von Geständnissen konstruieren wollten, entwickelte sich in der Lehre der Terminus *confessio condicionalis*, um Geständnisse mit einer Suspensivbedingung von einer *confessio pura* zu unterscheiden. Schon bald änderte man den Ausdruck in *confessio qualificata* und verstand darunter alle Geständnisse, denen irgendwelche Zusätze oder Einschränkungen beigelegt wurden.³⁸⁵

Aus dieser Differenzierung ergab sich nun die Frage, ob wie dem reinen auch dem qualifizierten Geständnis die Kraft zukommen soll, formelle Wahrheit zu bewirken, oder dessen ungeachtet die Gegenpartei die Beweislast für ihre Behauptungen zu tragen habe. Diesbezüglich wurden in der Lehre zwei neue Begriffe herausgearbeitet: Ein Unteilbarkeitsgrundsatz wurde für den Fall aufgestellt, dass das qualifizierte Geständnis nur *capita connexa* enthielt. Das Geständnis war also im Ganzen wertlos, und den Kläger traf dann die Beweislast. Handelte es sich jedoch um *capita disjuncta*, kam es zur Teilung des qualifizierten Geständnisses. Die voll eingeräumten Tatsachen hatte der Richter ohne Überprüfung auf ihre materielle Wahrheit dem Urteil zugrunde zu legen, während der Gestehende für seine Zusätze und Beschränkungen den Beweis führen musste.³⁸⁶

Die Schwierigkeit lag nun darin, die *capita connexa* von den *disjuncta* abzugrenzen. Ersteres wurde von manchen Lehrenden angenommen, wenn das

³⁸⁴ Zit von BECKER, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 9; KITZ, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 10.

³⁸⁵ BECKER, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 9f; KITZ, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 10; SCHMIDT, Teilbarkeit und Unteilbarkeit 6.

³⁸⁶ BECKER, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 10; KITZ, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 11; SCHMIDT, Teilbarkeit und Unteilbarkeit 6.

Geständnis als verschleierte Verneinung erkannt werden konnte, weil zum Beispiel der Zusatz bloß der Sachverhaltsdarstellung der Gegenpartei entnommen worden war. Zum Zweck der Vereinfachung ersetzte WETZELL den Begriff „qualifiziertes Geständnis“ mit dem Ausdruck „indirektes Leugnen“ und fasste darunter alle Behauptungen zusammen, die, weil sie dem gegnerischen Vorbringen ähnelten, den Eindruck eines Geständnisses entstehen ließen.³⁸⁷

Dabei übersah er all jene Fälle, in denen tatsächlich ein Geständnis vorlag, und er war damit ein Wegbereiter des Unteilbarkeitsgrundsatzes, der sich im gemeinen Recht für jedes qualifizierte Geständnis, unabhängig davon, ob es *capita connexa* oder *disjuncta* enthielt, durchsetzte und mit folgenden Worten formuliert worden war:

„*Confessio qualificata non est dividenda, sed vel tota reicienda, vel tota acceptanda.*“³⁸⁸

Im gemeinen Zivilverfahren kam der Gegenpartei nach herrschender Lehre nicht der Vorteil zu, den ihr günstigen Teil des qualifizierten Geständnisses gelten zu lassen und den Beweis der ungünstigen Tatsachen dem Gestehenden zu überantworten. Stattdessen musste sie sich entscheiden, ob sie die *confessio qualificata* in ihrer Gesamtheit akzeptieren und damit sowohl die zugestandenen Tatsachen als auch die Zusätze formell wahr werden lassen wollte oder doch lieber auf ihren Nutzen verzichtete, indem sie das qualifizierte Geständnis als Ganzes ablehnte.³⁸⁹

³⁸⁷ BECKER, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 10; KITZ, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 11; WETZELL, System 174.

³⁸⁸ Zit von KITZ, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 11; SCHMIDT, Teilbarkeit und Unteilbarkeit 11.

³⁸⁹ KITZ, Das sogenannte qualifizierte Geständnis 11; SCHMIDT, Teilbarkeit und Unteilbarkeit 8.

IV. Das Geständnis in Österreich

1. Das Geständnis im Zivilverfahren

1.1. In der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1781 und in der Westgalizischen Gerichtsordnung von 1796

Die europäische Geistesströmung der Aufklärung und des Vernunftrechts rief auch in der Habsburgermonarchie umfangreiche Kodifikationsbemühungen in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts hervor. Im Jahr 1753 setzte Kaiserin Maria Theresia eine Kompilationskommission ein und betraute sie mit der Aufgabe, ein für alle Erbländer einheitlich geltendes Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht zu schaffen. Als Referenten für den Vierten Teil des *Codex Theresianus*, der die Gerichtsverfassung und das Prozessrecht enthalten sollte, wurde Hofrat Holger ausgewählt, der jedoch 1774 vom niederösterreichischen Regierungsrat Froidevo abgelöst wurde. Der Bearbeitung des Zivilgerichtsverfahrens widmete man sich erst ab dem Jahr 1770 nach einer Ermahnung der Kaiserin, den Vierten Teil neben den Arbeiten am materiellen Recht nicht zu vernachlässigen. *LOSCHELDER*³⁹⁰ vermutet als Anlass für den Vorschlag der Kompilationskommission, das Zivilprozessrecht als eigenständiges Gesetz zu entwerfen, die Missbilligung der ersten drei Teile durch den Staatsrat und die Hoffnung, den Vierten Teil rascher erledigen zu können. Am 17. November 1773 nahm Maria Theresia diese Empfehlung an, wodurch der letzte Teil des *Codex Theresianus* als AGO am 1. Mai 1782 in allen Erbstaaten unter der Regentschaft von Kaiser Joseph II. in Kraft treten konnte, während die ersten drei Teile keine Geltung erlangten.³⁹¹

Das Ziel von Kaiserin Maria Theresia war die Rechtsvereinheitlichung im Vielvölkerstaat durch die Kompilation der bestehenden Ländergesetze. Für den Entwurf einer Allgemeinen Gerichtsordnung musste sich die Kompilationskommission daher zwischen den zwei wegweisenden Rechtssystemen im Habsburgerreich entscheiden. Während der Zivilprozess in den böhmischen Ländern, aber auch in Österreich unter und ob der Enns, stark vom gemeinen Recht geprägt war, hatte sich das Gerichtsverfahren vor allem in den innerösterreichischen

³⁹⁰ *LOSCHELDER*, Die österreichische AGO 50 FN 37.

³⁹¹ v. *CANSTEIN*, Lehrbuch der Geschichte und Theorie I 163f u 166f; *LOSCHELDER*, Die österreichische AGO 25, 48, 50f u 81; *OLECHOWSKI*, Rechtsgeschichte 143.

Ländern³⁹² selbstständig und unter geringem Einfluss des fremden Rechts entwickelt.³⁹³ So ordneten zum Beispiel die Steirischen LRO von 1533 und 1574 ein öffentliches und mündliches Gerichtsverfahren an, das dem Richter die freie Beweiswürdigung gestattete. Ebenso sah die Tiroler LO von 1573 dieselben Verfahrensprinzipien vor.³⁹⁴

Obwohl die AGO zahlreiche österreichische Einzelbestimmungen übernommen hatte, regelte sie das Zivilverfahren doch überwiegend in Übereinstimmung mit dem böhmischen und damit dem gemeinen Prozessrecht.³⁹⁵ Das Verfahren der AGO war demnach gekennzeichnet durch Geheimhaltung, Schriftlichkeit, Mittelbarkeit, den Verhandlungsgrundsatz, die Eventualmaxime und die gebundene Beweiswürdigung. Gegen den Grundsatz der Mittelbarkeit der Beweisaufnahme durch die Einführung eines Beweisurteils wurde bis kurz vor dem Inkrafttreten der AGO heftige Kritik geübt. Da ein Beweisurteil in den Prozessordnungen der österreichischen Erbländer fast gänzlich unbekannt war und selbst in den böhmischen Zivilverfahren die Abtrennung des Beweisverfahrens vom streitigen Verfahren als solchen nur im Zusammenhang mit dem Parteieid vorkam, wurden mehrere Argumente gegen das bedingte Endurteil vorgebracht. Vor allem die Verlängerung und Verteuerung der Verfahren wurde aufgrund der „Verdoppelung des Prozesses“ befürchtet, da nicht erst das Endurteil, sondern auch bereits das Beweisurteil mit Rechtsmittel bekämpft werden konnte. Dennoch wurde das Beweisurteil in die AGO aufgenommen. Erst durch das Hofdekret vom 22. Juni 1835 wurde das bedingte Endurteil zu einem Beweis-Beiurteil abgeschwächt, welches das Beweisthema festlegte und über die Zulässigkeit der Beweismittel³⁹⁶ entschied, ohne aber die rechtlichen Konsequenzen der Beweiserbringung festzulegen. Ein abgetrenntes Beweisverfahren war erforderlich, wenn der Beweis durch Zeugen, Kunstverständige oder Parteieide erbracht werden sollte. Das Geständnis dagegen machte ebenso wie die Urkunden ein Beweisverfahren überflüssig. Während der Beratungen zur AGO schenkte man dem Eingeständnis keine besondere Aufmerksamkeit, weil man seine Qualifizierung

³⁹² Dazu zählten Steiermark, Kärnten, Krain, Triest, Görz und Gradisca; vgl. v. *CANSTEIN*, Lehrbuch der Geschichte und Theorie 114.

³⁹³ *HOKE*, Rechtsgeschichte 271; *LOSCHELDER*, Die österreichische AGO 21f.

³⁹⁴ v. *CANSTEIN*, Lehrbuch der Geschichte und Theorie I 122 u 128f.

³⁹⁵ *HOKE*, Rechtsgeschichte 271 u 442; *LOSCHELDER*, Die österreichische AGO 201f.

³⁹⁶ Das österreichische Recht gab im Gegensatz zum gemeinen Recht den Parteien im ersten Verfahrensabschnitt nicht nur die Gelegenheit zur Anführung ihrer tatsächlichen Behauptungen, sondern auch zur Beweisanerbietung, also zur Angabe ihrer Beweismittel; vgl. *MENGER*, System 336f.

als förmliches Beweismittel ohne wenn und aber aus dem gemeinen Recht übernahm, in dem erst in den folgenden Jahrzehnten der Streit um die rechtliche Natur des Geständnisses ausbrach³⁹⁷ und um die Mitte des 19. Jahrhunderts die Entscheidung zugunsten der Dispositionstheorie ausfiel.³⁹⁸

Dieselbe Bedeutung kam dem Geständnis auch in der Westgalizischen Gerichtsordnung zu, die fünfzehn Jahre später rechtswirksam wurde. Da die AGO in § 437 dem Richter die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen nur nach „*dem allgemeinen Verstande der Worte dieses Gesetzes*“ erlaubte und ihn bei Unklarheiten dazu verpflichtete, eine Weisung (*référé législatif*) einzuholen, waren zahllose Hofdekrete die Folge, die in die Justizgesetzessammlung Eingang fanden und neben der AGO in Geltung standen. Eine Einarbeitung dieser zusätzlichen Regelungen in die Josephinische Gerichtsordnung erfolgte aber erst 1796 mit der Sanktionierung einer neuen Gerichtsordnung, die am 1. Mai 1797 in Westgalizien in Kraft trat. Die Geltung der WGO wurde anschließend auf Ostgalizien, die Bukowina und auf die Länder, die nach dem Sturz Napoleons wieder zur Monarchie gehörten, ausgedehnt, während die AGO weiterhin in den übrigen Ländern zur Anwendung kam. Beide Gerichtsordnungen blieben bis zum Ende des 19. Jahrhunderts in Kraft und etablierten den gemeinen Zivilprozess für das gesamte Gebiet der Habsburgermonarchie.³⁹⁹

1.1.1. Das Geständnis als Beweismittel oder als Dispositionsakt?

Die Allgemeine Gerichtsordnung normierte in § 107 folgendes:

*„Wenn die Parthei selbst, einen Umstand des von dem Gegentheile angeführten Factums gerichtlich eingestehet, ist dieser Umstand in eben diesem Processe für vollkommen erwiesen zu halten.“*⁴⁰⁰

Die Regelung in § 173 der Westgalizischen Gerichtsordnung entsprach fast völlig dem Text der Josephinischen Gerichtsordnung und enthielt nach dem Wort „*Gegentheile*“⁴⁰⁰ nur den Zusatz „*in diesem Processe*“⁴⁰⁰. Aufgrund dieser beinahe gleichlautenden Bestimmungen wurde in der österreichischen Lehre das Geständnis zunächst als Beweismittel, das die formelle Wahrheit der gegnerischen Behauptung

³⁹⁷ Vgl oben 76ff.

³⁹⁸ v. CANSTEIN, Das Civilprozessrecht 97f; HOKE, Rechtsgeschichte 443; LOSCHELDER, Die österreichische AGO 118f u 127f.

³⁹⁹ HOKE, Rechtsgeschichte 271 u 443; OLECHOWSKI, Rechtsgeschichte 144.

⁴⁰⁰ Zit von PRATOBEVERA, Materialien 54.

begründet, ausgelegt. Die österreichischen Rechtsgelehrten schlossen sich damit der Meinung von *WEBER*, einem Professor aus Rostock an, der sich 1805 gegen die zwei Jahre zuvor von *GÖNNER* geäußerte Auffassung von der dispositiven Natur des Geständnisses aussprach. Seine Kritik stützte sich vor allem darauf, dass schließlich auch Zugeständnisse über Tatsachen, die nicht der freien Disposition des Gestehenden unterliegen, formelle Wirkung hätten.⁴⁰¹ In seinen 1817 herausgegebenen Materialien stimmte der österreichische Prozessualist und Hofrat *PRATOBEVERA* seinem deutschen Kollegen zu und zählte das Geständnis zu den „nach den Gesetzen der Wahrscheinlichkeit glaubwürdigsten Beweismitteln“⁴⁰². Er hielt das Zurückführen der besonderen Wirkung des Zugeständnisses auf das Dispositionsrecht der Parteien für eine unnötige „juristische Fiktion“⁴⁰³. Daher trat er selbst beim wissentlich abgelegten unwahren Geständnis für die Zulässigkeit eines Gegenbeweises oder einer Restitutionsklage, nicht jedoch eines Widerrufs ein.⁴⁰⁴

NIPPEL schloss sich in seiner Erläuterung zur AGO der Meinung und den Argumenten von *PRATOBEVERA* an und definierte das gerichtliche Geständnis, auch wenn sich für den Richter die Unwahrscheinlichkeit der zugestandenen Tatsachen aus anderen Gründen abzeichnete, als ein „beweismachendes“⁴⁰⁵.

Selbst nach dem Tod von *PRATOBEVERA* im Jahr 1853 folgten ihm seine Kollegen in seiner Einschätzung der Natur des Geständnisses. So schrieb der Innsbrucker Professor *BEIDTEL* in seinem im selben Jahr erschienenen Handbuch, das Bekenntnis gebe im Gegensatz zu den übrigen Beweismitteln die „verlässlichste historische Wahrheit“⁴⁰⁶. Allerdings sah er im Geständnis einer Partei, die wissentlich Falsches, sei es aus Großmut oder aus Fahrlässigkeit, eingesteht, kein Beweismittel mehr, sondern eine verbindliche Willenserklärung, die ein neues formales Recht hervorbrächte.⁴⁰⁷

Auch *HAIMERL* stützte die formelle Wirkung des gerichtlichen Geständnisses nicht auf die Dispositionsbefugnis der Parteien, sondern blieb der Auffassung vom Geständnis als Beweismittel treu. Er führte diesbezüglich die durch die Justizministerialverordnungen vom 3. Mai und 16. September 1852 erlassenen

⁴⁰¹ *GÖNNER*, Handbuch 1ff; *WEBER*, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung 71ff.

⁴⁰² *PRATOBEVERA*, Materialien 59.

⁴⁰³ *PRATOBEVERA*, Materialien 59.

⁴⁰⁴ *PRATOBEVERA*, Materialien 74.

⁴⁰⁵ *NIPPEL*, Erläuterung 275.

⁴⁰⁶ *BEIDTEL*, Handbuch 293.

⁴⁰⁷ *BEIDTEL*, Handbuch 294.

Provisorischen Zivilprozessordnungen für Ungarn und Siebenbürgen an, die das Geständnis explizit zu den gesetzmäßigen Beweismitteln zählten. Seiner Ansicht nach lag der Grund dafür, dass die österreichischen Prozessordnungen das Geständnis nicht als Dispositionsakt, sondern als *optima probatio* verstanden, in der im Vergleich zum gemeinen deutschen Zivilprozess weniger scharfen Abtrennung des Beweisverfahrens vom streitigen Verfahren.⁴⁰⁸

Dessen ungeachtet wird *HAIMERL*s Beeinflussung durch die deutsche Prozessliteratur, in der sich die Verzichtsnatur des Geständnisses bereits etabliert hatte, in seiner Auffassung über die Zulässigkeit eines Widerrufs deutlich sichtbar. Demnach hielt er es nur dann für möglich, ein Geständnis einseitig zu widerrufen, wenn die gestehende Partei den Beweis des unverschuldeten Irrtums und der Unwahrheit der zugestandenen Tatsachen erbringen konnte.⁴⁰⁹ Fünf Jahre später scheint ihn die deutsche gemeinrechtliche Lehre vollends überzeugt zu haben, denn er äußerte sich 1858 in einem Artikel über die richterliche Prüfung der Beweise dahingehend, dass das Geständnis auf der freien Dispositionsbefugnis der Parteien beruhe.⁴¹⁰

Auch vielen anderen bedeutenden Wissenschaftlern auf dem Gebiet des Verfahrensrechts erging es in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ähnlich wie *HAIMERL*.

So qualifizierte selbst *KLEIN* 1885 das Geständnis als eine Willenserklärung⁴¹¹ und schrieb, es ziehe „*der richterlichen Wahrheitsprüfung eine unübersteigliche Grenze*“⁴¹².

Im selben Jahr äußerte sich *HEYSSLER* in einem Aufsatz mit ähnlichen Worten zur Natur des Geständnisses: „*Die Präsumtion der Wahrheit fehlt nun dem gerichtlichen Geständnisse gänzlich.*“⁴¹³ Daher könne die Bindung daran nur aus einem Dispositionsakt erklärt werden.

ULLMANN fasste das gerichtliche Geständnis ebenfalls als Dispositionsakt auf, wobei er diesen aber nicht wie die herrschende gemeine Lehre als eine durch den Verzicht auf den Beweis, sondern durch den direkten Verzicht auf das streitige Recht

⁴⁰⁸ *HAIMERL*, Betrachtungen über die Beweis- und Bescheinigungsmittel, MRStW 1853, 1 (3 u 14f).

⁴⁰⁹ *DEMELIUS*, Confessio 6 FN 2; *HAIMERL*, Betrachtungen über die Beweis- und Bescheinigungsmittel, MRStW 1853, 1 (28f).

⁴¹⁰ *HAIMERL*, Betrachtungen über die richterliche Würdigung, ÖVS 1858, 91 (113).

⁴¹¹ *KLEIN*, Die schuldhafteste Parteihandlung 12 u 107 FN 127.

⁴¹² *KLEIN*, Die schuldhafteste Parteihandlung 215.

⁴¹³ *HEYSSLER*, Die Lehre vom Beweise, ZPÖRG 1885, 16 (40).

bewirkte Verfügung verstand.⁴¹⁴

Auch v. *CANSTEIN* begriff das Geständnis als eine Dispositivverklärung, mit der die gestehende Partei das Gericht zwingt, eine den gegnerischen Anspruch begründende Tatsache als wahr zu behandeln.⁴¹⁵

Erst im Jahr 1893 stellte sich ein Rechtsgelehrter der herrschenden Doktrin und ihren bedeutenden Vertretern entgegen. *POLLAK* kam in seiner Untersuchung zum Ergebnis, dass das Geständnis nach der AGO und der WGO nicht eine bindende Disposition, sondern ein Erkenntnismittel sei. Dass seine Kollegen vor ihm der gemeinrechtlichen Theorie erlagen, führte er erstens auf die in der AGO festgesetzte Wirkung, die sich von jener des Dispositivgeständnisses nicht unterschied, und zweitens auf das Verschwinden der Wahrheitspflicht im österreichischen Zivilprozess zurück. Denn sowohl das gerichtliche Geständnis im Sinne der AGO als auch das dispositive Geständnis nach dem gemeinen Recht hatten eine bindende Kraft gegenüber dem Richter.⁴¹⁶ Die besonders in § 409 AGO und § 540 WGO statuierte Wahrheitspflicht der Parteien stand nach Ansicht der damaligen Prozessualisten in einem engen Verhältnis zum gerichtlichen Geständnis.⁴¹⁷ Aus diesem Grund führte *POLLAK* das Verschwinden der Beweismittel des Eingeständnisses auf das Absterben des Lügenverbots in der gerichtlichen Praxis zurück.⁴¹⁸

Nach *POLLAK* hatte das Geständnis in den österreichischen Zivilprozessordnungen die Stellung eines Beweismittels, da es zum einen in den Gesetzen unter die Beweismittel eingereiht wurde. Zum anderen leitete er die Zeugnisqualität aus der Formulierung des § 107 AGO, „[...] für vollkommen erwiesen zu halten“, ab.⁴¹⁹ Auch § 104 AGO, der die Beweispflicht widersprochener Umstände anordnete, ließ *POLLAK* nicht als Gegenargument gelten. Denn diese Bestimmung regelte seiner Ansicht nach keineswegs, dass nur widersprochene Tatsachen zu beweisen seien und Zugestandenes daher keines Beweises bedürfe. Somit halte diese Norm auch nicht die beweis ausschließende Wirkung des gerichtlichen Geständnisses fest, sondern beziehe sich lediglich auf den unterlassenen Widerspruch.⁴²⁰

⁴¹⁴ *ULLMANN*, Das österreichische Zivilprozeßrecht 263f.

⁴¹⁵ v. *CANSTEIN*, Das Civilprozessrecht 70.

⁴¹⁶ *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 19.

⁴¹⁷ *KLEIN*, Die schuldhaftige Parteihandlung 131 FN 155.

⁴¹⁸ *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 18f.

⁴¹⁹ *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 11ff.

⁴²⁰ *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 13f.

Vor allem trat POLLAK der gemeinrechtlichen Auffassung von der dispositiven Natur des gerichtlichen Geständnisses im Lichte der Prozessmaximen entgegen. Die herrschende Lehre kannte noch keine Trennung zwischen Dispositions- und Verhandlungsmaxime, sondern vermischte diese beiden zu einem einzigen Verfahrensgrundsatz. Darunter verstand man die Parteiherrschaft über die Streitsache, aus der sich eine solche über „*das Streitverhältnis, seinen Beginn, seine Fortführung und seinen Inhalt*“⁴²¹ ableite. Diese umfassende Dispositionsbefugnis der Parteien wurde mit der privatrechtlichen Natur der Streitsache begründet, und aus ihr wurde auf den Charakter des Geständnisses geschlossen.⁴²²

POLLAK unterschied nun als einer der ersten Autoren in Österreich zwischen der Dispositionsmaxime als „*Inbegriff der die Parteiherrschaft über die Streitsache normierenden Rechtssätze*“ und der Verhandlungsmaxime als „*Inbegriff der auf die Prozessform bezüglichen Sätze*“.⁴²³ Seiner Meinung nach lässt sich nur die Herrschaft der Parteien über den Verfahrensgegenstand auf die der Willkür des Berechtigten unterliegenden Privatrechte zurückführen. Unter Anführung der Inquisitionsmaxime in der preußischen AGO und der Verhandlungsmaxime in Teilen des österreichischen und englischen Strafverfahrens widerlegte er den behaupteten notwendigen Zusammenhang zwischen der privatrechtlichen Natur der Streitsache und dem Prinzip der Beibringung des Tatsachenmaterials durch die Parteien. Der Verhandlungsgrundsatz schließe demnach kein Recht in sich, den Tatbestand zu fixieren, sondern nötige vielmehr die Parteien, diesen der Wahrheit entsprechend dem Richter zur Kenntnis zu bringen.⁴²⁴ POLLAK⁴²⁵ verwies diesbezüglich auf KLEIN, der sich in seinem berühmten Werk „*Pro Futuro*“⁴²⁶ ebenfalls gegen die Parteiherrschaft über den Tatbestand aussprach. Des Weiteren stünde eine solche Parteienbefugnis im Widerspruch zum Prozesszweck der Privatrechtsbefriedigung. Denn im Wort „*Bewährung*“, das WACH⁴²⁷ als Synonym für „*Befriedigung*“ benutzte, sei, wie IHERING⁴²⁸ bereits richtig erkannt habe, der Begriff „*Wahrheit*“ enthalten. Die Verhandlungsmaxime wie sie die gemeine Lehre ausgelegt hat, sei daher unrichtig, weil sie dem Ziel des Zivilprozesses, nämlich der Feststellung und

⁴²¹ WACH, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung 53.

⁴²² POLLAK, Gerichtliches Geständnis 72f.

⁴²³ POLLAK, Gerichtliches Geständnis 73.

⁴²⁴ POLLAK, Gerichtliches Geständnis 74ff.

⁴²⁵ POLLAK, Gerichtliches Geständnis 74 FN 206.

⁴²⁶ KLEIN, Pro futuro 36.

⁴²⁷ WACH, Handbuch 6 u 9.

⁴²⁸ Leider unterließ POLLAK an dieser Stelle einen Literaturverweis.

Durchsetzung des tatsächlich bestehenden Privatrechts, zuwiderlaufen würde.⁴²⁹

Des Weiteren führte *POLLAK* zur Untermauerung seiner kritischen Auffassung von der Verhandlungsmaxime als Nötigung der Parteien die Rechtssätze, die notorischen und die unmöglichen Tatsachen an, die nach der herrschenden Lehre von der Dispositionsbefugnis der Parteien ausgenommen waren. Diese Ausnahmen von der Parteienherrschaft über den Prozessstoff, die sich ja nach gemeiner Anschauung aus der Natur des Privatrechts ergebe, hielt er für inkonsequent.⁴³⁰ Zu erklären seien die diesbezüglichen Vorschriften nur mit dem als Nötigung und nicht als Recht der Parteien verstandenen Verhandlungsgrundsatz, nach dem sie das relevante Tatsachenmaterial beizubringen haben, allerdings nur insoweit, als das Gericht dieses noch nicht besitze. Rechtssätze, notorische und unmögliche Tatsachen müssen daher laut *POLLAK* nicht einmal behauptet werden, da sie nach menschlichem Ermessen als wahr feststehen.⁴³¹

Entsprechend seinem Verständnis von der Verhandlungsmaxime als Behauptungslast der Parteien, hielt er das Vorlegen eines unwahren oder unvollständigen Sachverhalts nicht wie die herrschende Doktrin für ein Recht, sondern für einen Missbrauch. Soweit diese Zuwiderhandlung der betreffenden Partei zum Nachteil gereicht, habe sie sich die Folgen aufgrund des Prinzips der Selbstverantwortlichkeit selbst zuzuschreiben. Verschafft sich die Partei dadurch jedoch einen Vorteil, müsse dies aus dem Grund der Prozessökonomie hingenommen werden, woraus aber kein prinzipieller Verzicht auf die Wahrheitserforschung im Zivilprozess abzuleiten sei.⁴³²

Die Trennung der Verhandlungsmaxime vom Dispositionsgrundsatz und ihre Auslegung als Last und nicht als Befugnis der Partei ließen *POLLAK* darauf schließen, dass die Natur des gerichtliche Geständnisses, die bis dahin aus der Dispositionsfreiheit der Parteien gefolgert wurde, keine solche Befugnis darstellen könne. Denn die Parteienbefugnisse ergeben sich nach seiner Darstellung nicht aus der Verhandlungsmaxime, sondern können nur durch das positive Verfahrensrecht eingeräumt werden. Da die AGO, wie oben bereits angeführt, die Beweismatur des Geständnisses festgelegt hat, kam *POLLAK* zu dem nachvollziehbaren Schluss, dass das gerichtliche Geständnis im österreichischen Zivilverfahren des 19. Jahrhunderts

⁴²⁹ *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 78 u 82f.

⁴³⁰ *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 84f.

⁴³¹ *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 89ff.

⁴³² *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 94ff.

kein Dispositionsakt war. Ebenso wie im Strafprozess diene es auch im Zivilprozess der Ermittlung der Wahrheit, ohne die der Prozesszweck nicht erreicht werden könne.⁴³³

Interessant ist allerdings, dass *POLLAK* die formelle Wirkung des Geständnisses nicht auf die gesetzliche Beweistheorie der AGO zurückführte. Selbst wenn im Gesetz die freie richterliche Beweiswürdigung angeordnet ist, soll das Geständnis seine bindende Kraft beibehalten. Dass das Maß seiner Beweiskraft dem Ermessen des Richters jedenfalls entzogen ist, begründete *POLLAK* mit der formalen Natur des Beweisgeständnisses. Diese leitete er aus den Verfahrensprinzipien der Wahrheit, der Selbstverantwortlichkeit und der Prozessökonomie ab.⁴³⁴

1.1.2. Das stillschweigende Geständnis

Die Josephinische Gerichtsordnung kannte neben dem ausdrücklichen auch das stillschweigende bzw fingierte Geständnis, dem dieselbe Wirkung zuerkannt wurde. So ordnete das Gesetz an, dass bei unterlassener (§ 11 AGO) oder undeutlicher (§ 23 AGO) Beantwortung des gegnerischen Vorbringens, dessen Behauptungen konkludent als wahr eingeräumt anzusehen waren. Darüber hinaus wurde vom Gesetz in den §§ 29, 36, 46 und 52 AGO die Wahrannahme als Kontumazialstrafe präsumiert.⁴³⁵

Als Vertreter der Dispositionstheorie forderte vor allem v. *CANSTEIN* natürlich den Dispositionswillen, den *animus confitendi*, der ohne Zweifel vorhanden sein musste, um das Schweigen oder den unterlassenen ausdrücklichen Widerspruch einer Partei als Geständnis auffassen zu können. Aus diesem Grund qualifizierte er einige Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs als richtig, in denen dieser seiner Ansicht nach die unwidersprochenen Tatsachen mangels des Geständniswillens lediglich für wahr hielt, ohne ein stillschweigendes Geständnis anzunehmen.⁴³⁶

Im Gegensatz dazu ging *ULLMANN* nur bei unterlassener oder unvollständiger Beantwortung der vom Gegner angeführten Tatsachen von der Fiktion eines Geständnisses aus, weil nur in diesen Fällen der *animus confitendi* vermutet werden könne. Dagegen könnten im Fall von Ungehorsam der Parteien die vorgebrachten

⁴³³ *POLLAK*, Gerichtliches Geständniss 98, 104, 109 u 113.

⁴³⁴ *POLLAK*, Gerichtliches Geständniss 176ff.

⁴³⁵ *FÜGER/WESSELY*, Gerichtliches Verfahren 113; *PRATOBEVERA*, Materialien 78.

⁴³⁶ v. *CANSTEIN*, Das Civilprozessrecht 71 FN 12.

Behauptungen niemals als gestanden angesehen werden. Sie seien bloß als wahr anzunehmen und dürften nicht mehr bestritten werden, solange die Präklusion nicht aufgehoben werde.⁴³⁷

In der von v. *CANSTEIN* angeführten Entscheidung⁴³⁸ vom 19. Mai 1857 erklärte der OGH als Folge einer Erklärung des Beklagten, zu der erhobenen Klage keine Rede und Antwort geben zu wollen, die in der Klage angeführten Tatsachen für wahr zu halten. Drei Jahre⁴³⁹ später bestätigte er die Urteile der Unterinstanzen, die entschieden hatten, die Einwendung der Beklagten, der geschlossene Vergleich beziehe sich auch auf die eingeklagte Wechselforderung, als wahr anzusehen, weil dieser von der klägerischen Seite nicht ausdrücklich widersprochen worden war.

Es ist zwar richtig, dass der OGH in diesen Erklärungen der Parteien keinen Dispositionswillen erkannte, aber nicht, dass er die unterlassenen Widersprüche nicht als schlüssiges Bekennen der Wahrheit qualifizierte. Der OGH schloss hier lediglich den Dispositionsakt des Anerkenntnisses⁴⁴⁰ aus, nicht jedoch das Vorliegen eines stillschweigenden Geständnisses. So formulierte der OGH in seiner Entscheidung vom 9. April 1861, die v. *CANSTEIN* ebenfalls anführt, dass die Partei die Übergabe der an sie verkauften Kohle „*durch Unterlassung des ausdrücklichen Widerspruchs stillschweigend zugestanden habe*“⁴⁴¹. Auch bestätigte der OGH 1892 ein Urteil des Oberlandesgerichts Brünn, das in seiner Begründung aufgrund eines unterlassenen Widerspruchs der beklagten Partei folgendes anführte:

„*Die von der Klagefirma behauptete Vereinbarung ist demnach als von dem Beklagten stillschweigend zugestanden anzusehen.*“⁴⁴²

Die Ansichten von *ULLMANN* und v. *CANSTEIN* bezüglich des stillschweigenden Geständnisses entsprachen also nicht der Rechtsprechung des OGH. Denn dieser stellte bei der Beurteilung eines unterlassenen bzw undeutlichen Widerspruchs oder einer ungehorsamen Partei nicht auf den *animus confitendi* ab. Weder vermutete der OGH zwangsläufig bei jedem Nichtbestreitenden die Absicht, auf etwas verzichten oder etwas feststellen zu wollen, noch hinderte ihn das Nichtvorliegen eines solchen

⁴³⁷ *ULLMANN*, Das österreichische Zivilprozeßrecht 265.

⁴³⁸ GIU Nr 354.

⁴³⁹ GIU Nr 1132.

⁴⁴⁰ Das Anerkenntnis wurde in der AGO (§ 298) ebenso wie das Zugestehen von Tatsachen mit dem Begriff „Geständnis“ bezeichnet; vgl *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 121. Auch in der Rechtsprechung wird vom „Zugeständnis des angesprochenen Rechts“ gesprochen; vgl GIU Nr 466.

⁴⁴¹ GIU Nr 1300.

⁴⁴² GIU Nr 14251.

Willens daran, ein stillschweigendes Geständnis in der Unterlassung zu sehen. Zu erklären ist dies wohl damit, dass sich die österreichischen Gerichte an der in der AGO festgelegten formalen Beweismittel des Geständnisses orientierten und daran festhielten.

1.1.3. Das außergerichtliche Geständnis

Sowohl die Allgemeine (§ 110) als auch die Westgalizische (§ 176) Gerichtsordnung erkannten nur das gerichtliche Geständnis als Beweismittel an. Nur ausnahmsweise, wenn das Geständnis außergerichtlich gegenüber jemandem abgegeben wurde, von dem der Gestehende wusste, dass seine Frage auf die Erlangung der Wahrheit abzielte, befreite es den Gegner vom Beweis. Konnte das Wissen des Gestehenden um das besondere Interesse des Befragenden und damit der *animus confitendi*, der beim gerichtlichen Geständnis stets präsumiert wurde, nicht nachgewiesen werden, kam dem außergerichtlichen Geständnis überhaupt keine Beweiskraft zu.⁴⁴³ In dem bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts erfolgten Entwurf von Aichen⁴⁴⁴ für eine neue österreichische Gerichtsordnung bestimmte § 99 zum einen, dass einem außergerichtlich, ungezwungen und deutlich abgelegten Geständnis auch dann volle Beweiskraft zukommen kann, wenn es gegenüber jemanden erfolgt, der kein Interesse an der Wahrheit des Zugestandenen hat oder dessen Interesse dem Gestehenden nicht bekannt ist, sofern seine Absicht, dass es jemandem als Beweis dienen soll, erwiesen werden kann. Zum anderen legte diese Vorschrift die Entscheidung über das Maß der Beweiskraft im Falle des Mangels des *animus confitendi* in das Ermessen des Richters.⁴⁴⁵

Gegen diese geplante generelle Aufnahme des außergerichtlichen Bekenntnisses als Beweismittel im Zivilverfahren erhoben sich einige Stimmen, die nicht ungehört blieben, denn die provisorischen Gerichtsordnungen für Ungarn und Siebenbürgen normierten in § 109, dass das außergerichtliche Zugeständnis nur gegenüber einer Person, deren bestehendes Interesse an der Wahrheit der Geständige zumindest vermuten konnte, als Beweismittel anzusehen ist, das auch nicht notwendigerweise

⁴⁴³ BEIDTEL, Handbuch 296f; PRATOBEVERA, Materialien 97.

⁴⁴⁴ v. CANSTEIN kam zu der Erkenntnis, dass als Verfasser dieses Entwurfs in der Literatur fälschlicherweise Gärtner, der Aichen als Referent nachgefolgt war, genannt worden war; vgl. dens, Lehrbuch der Geschichte und Theorie 208.

⁴⁴⁵ HAIMERL, Betrachtungen über die Beweis- und Bescheinigungsmittel, MRStW 1853, 1 (16); PRATOBEVERA, Materialien 95 u 100.

einen vollen Beweis erbringen muss.⁴⁴⁶

*„Ein außergerichtliches Geständnis kann nur dann zum Beweis dienen, wenn es von der Partei selbst, klar und ernstlich gegen Jemand abgelegt worden ist, dessen Verhältnisse vermuthen ließen, das ihm daran gelegen sei, die Wahrheit zu erfahren. Ob ein solches Geständniß in Verbindung mit anderen Beweismitteln, oder auch für sich allein einen vollständigen Beweis ausmache, hat der Richter nach Erwägung aller Umstände zu beurtheilen.“*⁴⁴⁷

Während demnach das außergerichtliche Geständnis in den jüngeren Zivilprozessordnungen des 19. Jahrhunderts bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen als frei zu würdigendes Beweismittel der Erforschung der materiellen Wahrheit diene, blieb es dagegen in den Ländern der Donaumonarchie, in denen die AGO und die WGO galten, lediglich ein formales Erkenntnismittel.

Aufgrund seiner formalen Kraft beschränkten die Prozessordnungen die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses auf den Prozess, in dem es abgelegt worden ist. Es durfte auch nicht als außergerichtliches Geständnis in einem anderen Prozess als Beweis dienen.⁴⁴⁸ Im Gegensatz dazu wurden Geständnisse, die zwar vor Gericht, aber außerhalb des Prozesses erfolgten, schon als außergerichtliche behandelt. Ebenso Geständnisse, die in einer Tagsatzung vorkamen, die zum Zweck der Vergleichsschließung anberaumt worden war.⁴⁴⁹ Auch die geständige Aussage eines Beschuldigten vor dem Untersuchungsrichter qualifizierte der OGH 1883⁴⁵⁰ als außergerichtliches Geständnis im Zivilprozess. Er bestätigte die Ansicht des OLG, dass aufgrund der Worte „in eben diesem Proceß“ in § 107 AGO nur ein vor dem Zivilrichter im konkreten Streit abgelegtes Geständnis die „Beweiskraft eines gerichtlichen Geständnisses“ hat, korrigierte jedoch die Unterinstanz dahingehend, dass ein Geständnis vor dem Untersuchungsrichter sehr wohl „die Beweiskraft eines außergerichtlichen Geständnisses im Sinne des § 110 AGO“ hat. Denn der Untersuchungsrichter habe kraft seiner amtlichen Stellung ein besonderes Interesse daran, die Wahrheit, zu der der Beschuldigte ermahnt wird, zu erfahren, wodurch die

⁴⁴⁶ HAIMERL, Betrachtungen über die Beweis- und Bescheinigungsmittel, MRStW 1853, 1 (15ff).

⁴⁴⁷ Zit von HAIMERL, Betrachtungen über die Beweis- und Bescheinigungsmittel, MRStW 1853, 1 (17).

⁴⁴⁸ FÜGER/WESSELY, Gerichtliches Verfahren 109; POLLAK, Gerichtliches Geständnis 171.

⁴⁴⁹ NIPPEL, Erläuterung 278.

⁴⁵⁰ GIU Nr 9386.

gesetzlichen Erfordernisse des § 110 AGO erfüllt werden. Diese Ansicht äußerte der OGH auch in weiteren Entscheidungen.⁴⁵¹ Des Weiteren erachtete der OGH auch die in einer vor der Verwaltungsbehörde geführten Verhandlung zugestandenen Tatsachen, als außergerichtlich bewiesen.⁴⁵² Außerdem konnte nach Ansicht der obersten Rechtsprechung auch ein im Ausland abgelegtes außergerichtliches Geständnis, das mit den Anforderungen des § 110 AGO übereinstimmte, in einem im Inland geführten Rechtsstreit vollen Beweis erbringen.⁴⁵³

In der Literatur stellte sich auch die Frage, ob das außergerichtliche Geständnis, das in § 163 ABGB erwähnt war, die in § 110 AGO geforderten Merkmale aufweisen musste. Anlass zu dieser Diskussion gab die Formulierung der genannten Gesetzesvorschrift. Danach wurde als unehelicher Vater eines Kindes derjenige angesehen, der „auf eine in der Gerichtsordnung vorgeschriebene Art“ der Beiwohnung innerhalb eines gesetzlich festgelegten Zeitraumes „überwiesen wird“, oder der die Beiwohnung „auch nur außer Gericht gesteht“. Das Gesetz erwähnte hier das außergerichtliche Geständnis ohne die in der Gerichtsordnung genannten Bedingungen. Aus diesem Grund behaupteten manche Rechtsgelehrte, der Gesetzgeber habe, um zum Wohle des unehelichen Kindes den Beweis der Paternität zu erleichtern, die gesetzliche Vermutung der unehelichen Vaterschaft auch an solche außergerichtlich abgelegten Zugeständnisse geknüpft, denen nach der AGO keine Beweiskraft zukam. Das Hauptargument für diese Ansicht lag im Wort „überweisen“. Auch das außergerichtliche Geständnis in § 110 AGO gehöre zu den Überweisungsarten der Gerichtsordnung und führe zu der Konsequenz, dass die besondere Erwähnung des außergerichtlichen Geständnisses in § 163 ABGB eine Erweiterung der Beweismittel darstelle, weil ansonsten das Gesetz das Beweismittel des § 110 AGO überflüssigerweise ein zweites Mal nennen würde.⁴⁵⁴ HELM jedoch, dem FÜGER/WESSELY⁴⁵⁵ zustimmten, zählte das Geständnis zwar zu den Beweisarten, aber nicht zu den Überweisungsarten der AGO und führte für die Richtigkeit seiner Behauptung einige Stellen in der AGO und in anderen Gesetzen an, die das Geständnis neben der Überweisung erwähnten (§§ 10, 235, 361 AGO). Demnach habe der Gesetzgeber durch die Nennung des außergerichtlichen Geständnisses am Ende des Satzes keinen Wiederholungsfehler gemacht und es sei

⁴⁵¹ GIU Nr 11198 u 14135.

⁴⁵² GIU Nr 10660.

⁴⁵³ GIU Nr 13489.

⁴⁵⁴ HELM, Über die Frage, ZöRPG 1831, 69 (69ff).

⁴⁵⁵ FÜGER/WESSELY, Gerichtliches Verfahren 111f.

dadurch auch klar ersichtlich, dass es mit den Erfordernissen des § 110 AGO versehen sein muss, um seine Beweiswirkung entfalten zu können. Auch das gerichtliche Geständnis sei natürlich als Beweis der unehelichen Vaterschaft nicht ausgeschlossen, was sich nach *HELM* aus den Worten „*auch nur*“ im Satzteil „*wer dieses auch nur außer Gericht gesteht*“ ergibt.⁴⁵⁶

Auch der OGH vertrat den Standpunkt, dass das in § 163 ABGB genannte außergerichtliche Geständnis vor einer Person abgelegt werden musste, von der der Gestehende wusste, dass ihr an der Wahrheit lag. Darüber hinaus ließ er die gesetzliche Vermutung der Paternität nicht nur im Falle des Geständnisses des Beischlafs innerhalb des gesetzlich bestimmten Zeitraumes eintreten, sondern auch dann, wenn direkt die Vaterschaft außerhalb des Prozesses vor der Mutter eingeräumt wurde.⁴⁵⁷

Sowohl dem OGH, als auch der Auffassung von *HELM* ist zuzustimmen. Denn der Ausdruck „*überweisen*“ wurde im Laufe des 19. Jahrhunderts, obwohl nach dem älteren Sprachgebrauch nur ein Leugnender überführt, jedoch auch ein Geständiger überwiesen werden konnte⁴⁵⁸, immer öfter als Synonym für das Verb „*überführen*“ verwendet. Nach jüngerem Sprachgebrauch sind die beiden Wörter sinnverwandt, es kann daher auch nur eine leugnende Partei „*überwiesen*“ werden.⁴⁵⁹ Das außergerichtliche Geständnis in § 163 ABGB hatte daher die Erfordernisse des § 110 AGO zu erfüllen.

1.1.4. Das qualifizierte Geständnis

Das zwölfte Kapitel der AGO mit dem Titel „*Von dem Beweise durch Eingeständniß*“ endete mit der Vorschrift des § 110, die das außergerichtliche Geständnis regelte. Die Josephinische Gerichtsordnung enthielt demnach keine Regelung bezüglich zusammengesetzter Geständnisse, kannte also nur das einfache Zugeständnis. Im Gegensatz dazu normierte die WGO in § 178 in Übereinstimmung mit der Lehre des gemeinen Zivilprozesses⁴⁶⁰ die Unteilbarkeit des qualifizierten Geständnisses.⁴⁶¹

„*Wer seinen Beweis lediglich auf das Geständniß des Gegentheils*

⁴⁵⁶ *HELM*, Über die Frage, ZöRPG 1831, 69 (78ff).

⁴⁵⁷ GIU Nr 3854 u Nr 8053.

⁴⁵⁸ *EBERHARD*, Versuch einer allgemeinen deutschen Synonymik 391.

⁴⁵⁹ *HEYSE/HEYSE*, Handwörterbuch der deutschen Sprache 1323.

⁴⁶⁰ Vgl oben 81.

⁴⁶¹ *PRATOBEVERA*, Materialien 101.

gründet, der muß es ganz, das ist, wie es in der nährlichen Rede und über den nährlichen Gegenstand erfolgt ist, für wahr annehmen. Er ist nicht berechtigt Umstände, die ihm günstig sind, geltend zu machen, und die ihm ungünstigen platterdings zu verwerfen.“⁴⁶²

Für den Geltungsbereich der AGO plädierten die österreichischen Rechtsgelehrten allerdings für den Grundsatz der Teilbarkeit.⁴⁶³

Aus dem § 104 AGO, der anordnete, dass nur streitige Tatsachen beweisbedürftig, nichtbestrittene dagegen für wahr zu halten sind, leitete *NIPPEL*⁴⁶⁴ ab, dass die im qualifizierten Geständnis enthaltene Einräumung ebenso als wahr angesehen werden müsse. Denn wenn die Wahrnehmung bereits Folge eines unterlassenen Widerspruchs sei, dann doch erst recht im Falle eines ausdrücklichen Zugeständnisses. Unabhängig davon, ob die *confessio qualificata* neben dem Geständnis den Widerspruch einzelner rechtsbegründender Tatsachen oder die Anführung von selbstständigen Verteidigungs- oder Angriffsmitteln enthält, kam nach Ansicht von *POLLAK*⁴⁶⁵ den zugestandenen Tatsachen dieselbe formale Wirkung wie einem reinen Geständnis zu.

Wer nun die Qualifikation beweisen muss, wurde nach den Regeln der Beweislast entschieden. Dafür wurde das zusammengesetzte Geständnis in seine Einzelteile zerlegt und alle Umstände herausgefiltert, die dem Tatsachenmaterial angehören, das dem klägerischen Anspruch zugrunde liegt. Wurden diese von der Gegenpartei nicht zugestanden, musste sie der Kläger beweisen. Dem Geständigen dagegen oblag erst in zweiter Linie die Beweislast für die restlichen angeführten Umstände.⁴⁶⁶

So hatte zum Beispiel im Falle des Zugeständnisses einer Schenkung anstatt eines behaupteten Darlehens, der Kläger die durch die Berichtigungen seiner Behauptung widersprochenen Tatbestandsmerkmale bezüglich des Darlehens zu beweisen. Bereits *PRATOBEVERA*⁴⁶⁷ kam zu demselben Ergebnis und teilte ein solches qualifiziertes Geständnis zum Vorteil des Gestehenden. Von der Teilbarkeit zum Nachteil des Gestehenden ging die Lehre beispielsweise dann aus, wenn einem vollen Geständnis die Behauptung eines nachträglichen Ereignisses hinzugefügt

⁴⁶² Zit von *PRATOBEVERA*, Materialien 101.

⁴⁶³ *BEIDTEL*, Handbuch 301 FN 2; v. *CANSTEIN*, Lehrbuch der Geschichte und Theorie II 53 u 94; v. *CANSTEIN*, Anerkennung, ZdCP 1879, 257 (314); *NIPPEL*, Erläuterung 276f; *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 160; *ULLMANN*, Das österreichische Zivilprozeßrecht 243f.

⁴⁶⁴ *NIPPEL*, Erläuterung 276.

⁴⁶⁵ *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 158.

⁴⁶⁶ *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 158 u 160.

⁴⁶⁷ *PRATOBEVERA*, Materialien 103.

wurde, wie die Umwandlung eines Kaufvertrages in eine Schenkung oder die Rückzahlung einer Darlehensschuld.⁴⁶⁸

Geständnisse mit Zusätzen, welche die Entstehung des gegnerischen Anspruchs betrafen, wie die Behauptung der Abschließung eines Kaufvertrages unter einer Suspensivbedingung oder im Namen eines Dritten, wurden zum Vorteil des Gestehenden geteilt. Stand ein solcher Zusatz jedoch einer gesetzlichen Vermutung entgegen, hatte diesen der Gestehende zu beweisen. Die dem Geständnis hinzugefügte Bemerkung, der Vertrag wäre unter Zwang, Betrug oder dergleichen geschlossen worden, war nach der herrschenden Lehre zum Nachteil des Gestehenden von den zugestandenen Tatsachen zu trennen.⁴⁶⁹

Der OGH war in seinen Ansichten bezüglich des qualifizierten Geständnisses nicht sehr konsequent, was deutlich in seinen Entscheidungen hinsichtlich der Fälle⁴⁷⁰ einer gestandenen Schenkung anstelle eines behaupteten Darlehens zu sehen ist. So bestätigte er im Jahr 1881 ein Urteil des OLG Wien und schloss sich damit der in der Literatur vertretenen Meinung an, indem er auf Abweisung der Klage erkannte, weil *„der Klageanspruch auf einen Darlehensvertrag gestützt wird, dessen Beweis daher gegen den Widerspruch der Beklagten, die 120 fl. von ihm geschenkt erhalten zu haben, dem Kläger obliegt.“*⁴⁷¹ Zwei Jahre später entschied er in einem ähnlichen Fall, dass trotz des Geständnisses der Schenkung anstatt der vorgebrachten Leihe *„die Klägerin das Fundament ihres Klageanspruches [...] zu erweisen hat“*⁴⁷². In einem Fall, den er dazwischen zu entscheiden hatte, legte der OGH jedoch dem Geständigen die Beweislast auf, weil *„die Schenkung keine gesetzliche Vermuthung für sich hat“*⁴⁷³. Aus demselben Grund teilte er auch 1885 in einem Urteil das qualifizierte Geständnis zum Nachteil des Gestehenden.⁴⁷⁴ In einer Entscheidung des Jahres 1865, in der der Zusatz der geständigen Beklagten, das Darlehen habe sie nur im Namen ihres Sohnes abgeschlossen, zu beurteilen war, sprach sich der OGH sogar für die Unteilbarkeit des qualifizierten Geständnisses aus:

*„Ein beschränktes Geständnis kann nur so angenommen werden, wie es abgelegt wurde.“*⁴⁷⁵

⁴⁶⁸ POLLAK, Gerichtliches Geständniss 158ff; PRATOBEVERA, Materialien 104.

⁴⁶⁹ PRATOBEVERA, Materialien 105; ULLMANN, Das österreichische Zivilprozeßrecht 244.

⁴⁷⁰ Vgl. POLLAK, Gerichtliches Geständniss 158 FN 397.

⁴⁷¹ GIU Nr 8379.

⁴⁷² GIU Nr 9469.

⁴⁷³ GIU Nr 8950.

⁴⁷⁴ GIU Nr 10480.

⁴⁷⁵ GIU Nr 2172.

1.2. Im Bagatellverfahren

Bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts standen die AGO und die WGO im Kreuzfeuer der Kritik. Besonders hinsichtlich der als rückständig empfundenen Verfahrensgrundsätze hielt man die Reformierung des österreichischen Prozessrechts für unbedingt notwendig.⁴⁷⁶

Während in dem seit 1845 dem ordentlichen Verfahren an die Seite gestellten summarischen Prozess die unzeitgemäßen Verfahrensprinzipien der AGO und WGO nur teilweise ersetzt wurden, bekannte sich Österreich mit dem Gesetz vom 27. April 1873 über das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen erstmals in vollem Umfang zu den modernen Prozessgrundsätzen.⁴⁷⁷

Dieses mündliche, unmittelbare und öffentliche Bagatellverfahren sah das gerichtliche Geständnis jedoch nicht wie die Prozessordnungen als Beweismittel an, sondern konstruierte es entsprechend der Überzeugung der herrschenden Lehre als Dispositionsakt. Denn zum einen war es nicht unter dem Titel „Beweis“ eingereiht, sondern zählte als tatsächliche Erklärung der Partei zum Abschnitt „Allgemeine Bestimmungen über das Verfahren“. Zum anderen leitete die Lehre die nicht ausdrücklich vorgeschriebene Bindungswirkung des Geständnisses *e contrario* aus § 33 ab, der den Grundsatz der freien Beweiswürdigung normierte. In seinem zweiten Absatz statuierte er nämlich die freie richterliche Würdigung der Wirkung, welche die Zurücknahme eines Anerkenntnisses oder eines Zugeständnisses hervorbringt.⁴⁷⁸ Darüber hinaus hielt das Justizministerium bezüglich der in einem Gutachten zum Bagatellverfahrensentwurf gestellten Frage eines ungarischen Kreisgerichts, ob das Geständnis einen Beweis bilde, fest, dass „es nicht zu den Beweismitteln zähle, sondern ein Umstand sei, der vom Beweis befreie.“⁴⁷⁹

POLLAK bemängelte jedoch die Inkonsequenz des Gesetzgebers, der, trotz seiner Auffassung des Geständnisses als Willenserklärung dessen freien Widerruf vorgesehen hatte.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ SCHNEIDER-REICHL, Das Bagatellverfahren 5f.

⁴⁷⁷ SCHNEIDER-REICHL, Das Bagatellverfahren 17; ULLMANN, Das Bagatellverfahren 1ff.

⁴⁷⁸ POLLAK, Gerichtliches Geständnis 176ff; SCHNEIDER, Das Bagatellverfahren im österreichischen Recht 104.

⁴⁷⁹ SCHNEIDER-REICHL, Das Bagatellverfahren 104.

⁴⁸⁰ POLLAK, Gerichtliches Geständnis 176f.

1.3. Im sozialen Zivilprozess von Franz Klein

1.3.1. Das Wesen und der Zweck des neuen Zivilprozesses

Es gab im 19. Jahrhundert mehrere Anläufe zur Schaffung einer neuen Zivilprozessordnung in Österreich, doch keiner dieser Reformversuche war zielführend und daher scheiterten letztendlich alle Entwürfe.⁴⁸¹

Der Jurist Franz Klein lernte den „verrotteten“⁴⁸² Zivilprozess bereits als Konzipient des angesehenen Advokaten Dr. Krückl kennen und verspürte schon bald das Verlangen, diesen zu reformieren. Am 25. August 1890 schrieb er daher dem Herausgeber der Juristischen Blätter, er sei soeben daran, eine kleinere Arbeit über die Zivilprozessreform abzuschließen. Dieses Werk wurde später unter dem Titel „Pro Futuro. Betrachtungen über die Probleme der Zivilprozessreform in Österreich“ veröffentlicht und erregte die Aufmerksamkeit des Finanzministers, Dr. Emil Steinbach. Auf dessen Anregung berief der damalige Justizminister Dr. Schönborn Klein ins Justizministerium und beauftragte ihn mit der Ausarbeitung einer Jurisdiktionsnorm, einer Zivilprozessordnung und einer Exekutionsordnung samt den dazugehörigen Einführungsgesetzen. Die auf der Basis von „Pro Futuro“ entstandenen Gesetzesentwürfe wurden 1895 angenommen und traten am 1. Jänner 1898 in Kraft. Sie sind auch heute noch als das wesentliche Fundament des österreichischen Zivilprozessrechts anzusehen.⁴⁸³

Franz Klein wurde berühmt für seine soziale Prozessauffassung. Er deutete Rechtsstreitigkeiten als soziales Übel und verglich den Zivilprozess mit der Heilung einer Krankheit⁴⁸⁴: *„Der Prozess ist durch eine Verletzung der Rechtsordnung bedingt und wirkt ihr gegenüber wie etwa die ärztliche Heilkunst bei Gesundheitsstörungen: beide wollen Wiederherstellung, nicht Neuschöpfung.“*⁴⁸⁵

Im Verlauf des 19. Jahrhunderts wurden mit dem Aufstieg des Bürgertums die zivilgerichtlichen Auseinandersetzungen zur sozialen Massenerscheinung. Klein, der den Wohlfahrtszweck als Staatsaufgabe anerkannte, stellte fest, dass die gesellschaftlichen Veränderungen auch Änderungen im Zivilprozess erforderlich machten und forderte aus diesem Grund die Übertragung des Fürsorgegedankens

⁴⁸¹ RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins, RLR 25/2008, 101 (101).

⁴⁸² BETTELHEIM, Neue österreichische Biographie IV, 9.

⁴⁸³ BETTELHEIM, Neue österreichische Biographie IV, 9ff; LEONHARD, Zur Geschichte, in FS zur Fünfzigjahrfeier 131ff; RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins, RLR 25/2008, 101 (101).

⁴⁸⁴ LEWISCH in RECHBERGER/LEWISCH, 100 Jahre ZPO 97f u 100.

⁴⁸⁵ KLEIN, Zeit- und Geistesströmungen 4.

auch auf den Bereich des zivilgerichtlichen Verfahrensrechts. Im neuen Zivilprozess sollte also nun nicht mehr die Betrachtungsweise des Einzelnen, wie in dem an liberalen Kriterien ausgerichteten gemeinen Prozess, und auch nicht die Betrachtungsweise der herrschenden Schicht, sondern nur noch die Betrachtungsweise der Gesellschaft insgesamt im Vordergrund stehen.⁴⁸⁶

Der neue Prozess sollte deswegen als Institut des öffentlichen Rechts neben der Sicherung der Privatinteressen besonders auch die Sicherung des Gemeininteresses gewährleisten. Eine unentbehrliche Wohlfahrtseinrichtung konnte das zivilgerichtliche Verfahren jedoch nur werden, wenn es auch die ökonomischen Forderungen nach einem einfachen, raschen und billigen Prozess erfüllt.⁴⁸⁷

Als Sinn und Zweck des Zivilverfahrens bezeichnete Klein den Privatrechtsschutz: „*Der Prozeß ist ein Mittel zur Feststellung des materiellen Rechtes und muß es bleiben.*“⁴⁸⁸ Dieser Zweck kann nur dann erreicht werden, wenn die richterliche Feststellung des wahren Sachverhalts das Hauptziel des Prozesses bildet. Hätte der Zivilprozess nicht die Feststellung der materiellen Wahrheit zum Ziel, wäre er laut Klein eine „*leergehende klappernde Mühle*“⁴⁸⁹ ohne „*soziale Rechtfertigung*“⁴⁸⁹. Seiner Aufgabe, die Wahrheit zu verkünden, kann der Richter jedoch nur nachkommen, wenn ihm „*ein wahres richtiges Bild der Thatsachen*“⁴⁹⁰ zur Verfügung steht, denn dieses ist „*die Hauptbedingung eines gerechten Spruches*“^{490 491}.

Aufgrund dessen ordnete die neue Zivilprozessordnung im Gegensatz zur AGO in § 266 Abs 3 ZPO ausdrücklich die freie Beurteilung eines außergerichtlichen Geständnisses durch den Richter an. Die Lehre ist sich seit der Geltung des Zivilverfahrensgesetzes darüber einig, dass es als Wissensmitteilung ein frei zu würdigendes Beweismittel darstellt und damit der materiellen Wahrheitsfindung dient.⁴⁹² Auch darüber, ob ein stillschweigendes Eingeständnis vorliegt, darf kraft Gesetzes der Richter frei entscheiden⁴⁹³, ebenso wie über die Frage, inwieweit die

⁴⁸⁶ SPRUNG, Die Ausgangspositionen, ZZP 1979, 4 (9ff).

⁴⁸⁷ SPRUNG, Die Ausgangspositionen, ZZP 1979, 4 (11f).

⁴⁸⁸ KLEIN, Vorlesungen 11.

⁴⁸⁹ KLEIN, Vorlesungen 11.

⁴⁹⁰ KLEIN, Zeit- und Geistesströmungen 10.

⁴⁹¹ SPRUNG, Die Ausgangspositionen, ZZP 1979, 4 (13); TRAWNY, Die Wahrheitspflicht 14ff.

⁴⁹² DEMELIUS, Der neue Civilproceß 440; FASCHING, Lehrbuch RZ 842; RECHBERGER in FASCHING/KONECNY, Kommentar zu §§ 266, 267 ZPO RZ 11; SCHRUTKA, Grundriß des Zivilprozeßrechts 186; SCHUSTER, Österreichisches Zivilprozeßrecht 296; SPERL, Lehrbuch 298; TRUTTER, Das österreichische Civilprocessrecht 415f.

⁴⁹³ Anders als nach der AGO ist nach der ZPO nicht mehr die ausdrückliche Bestreitung, sondern der Mangel eines ausdrücklichen Geständnisses entscheidend für die Beweisbedürftigkeit einer Tatsache. Das Gericht kann aber gemäß § 267 Abs 1 ZPO tatsächliche Behauptungen einer Partei

Wirkung des Geständnisses durch einen Widerruf bzw durch Zusätze und Einschränkungen aufgehoben wird. Ob jedoch ein Geständnis, das in einem vorbereitenden Schriftsatz, im Laufe des Rechtsstreits bei einer mündlichen Verhandlung oder im Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters abgegeben wird, ein Mittel zur Aufklärung des wirklichen Sachverhalts ist, oder es vielmehr als bindendes⁴⁹⁴ Prozessinstitut die Feststellung der materiellen Wahrheit verhindert, soll im Folgenden nachgegangen werden.

1.3.2. Die Verfechter der Bindungswirkung

1.3.2.1. Das Geständnis als Willenserklärung

Obwohl in Österreich durch die Reform von Klein ein sozialer Zivilprozess Einzug hielt, der durch die Prinzipien der Unmittelbarkeit, der Mündlichkeit, der Öffentlichkeit und der freien Beweiswürdigung, sowie durch Schnelligkeit, Einfachheit, Billigkeit und die umfassende und wahrheitsgemäße Sachverhaltsermittlung das von Schriftlichkeit, Geheimhaltung, Mittelbarkeit, gebundener Beweiswürdigung und langer Dauer geprägte Verfahren nach der AGO ersetzte⁴⁹⁵, war man in der Lehre bezüglich der Rechtsnatur des Geständnisses zunächst nach wie vor den Vorstellungen des gemeinen Prozessrechts verpflichtet.

In seinem Kommentar zu den neuen Zivilprozessgesetzen schrieb *NEUMANN* über das Geständnis, es sei ein Dispositionsakt der Partei, mit dem sie auf den Beweis verzichte. Obwohl es kein Beweismittel darstelle, werde das Gericht durch ein Geständnis gezwungen, die zugestandenen Behauptungen als wahr anzunehmen, sofern deren Unwahrheit nicht nach allgemein feststehenden Schlüssen und Erfahrungen oder sonst offenkundig sei.⁴⁹⁶

Als ein weiterer Vertreter der Dispositionstheorie kann *TRUTTER* bezeichnet werden, der ein Jahr vor Inkrafttreten der Gesetzesentwürfe Kleins den im Geständnis liegenden Feststellungswillen hervorhob. Ein Feststellungsrecht von

nach sorgfältiger Prüfung des gegnerischen Vorbringens als zugestanden ansehen. Selbst eine unterbliebene Bestreitung kann im Einzelfall, wenn gewichtige Indizien dafür sprechen, als ein schlüssiges Geständnis betrachtet werden; vgl. *FASCHING*, Kommentar 245 u. 249; *RECHBERGER* in *FASCHING/KONECNY*, Kommentar zu §§ 266, 267 ZPO RZ 17.

⁴⁹⁴ In Verfahren, in denen der reine Untersuchungsgrundsatz anzuwenden ist, wird die Geständniswirkung jedoch gesetzlich ausgeschlossen; vgl. *FASCHING*, Lehrbuch RZ 851; *RECHBERGER* in *FASCHING/KONECNY*, Kommentar zu §§ 266, 267 ZPO RZ 13.

⁴⁹⁵ *KRALIK* in *HOFMEISTER*, Forschungsband 89; *RECHBERGER*, Die Ideen Franz Kleins, RLR 25/2008, 101 (102).

⁴⁹⁶ *NEUMANN*, Kommentar 612.

Tatsachen sei zwar dem Prozesszweck fremd, widerspreche diesem jedoch nicht, weil die zugestandenen Tatsachen nur der Wahrheitsprüfung des Gerichts, nicht aber der Rechtsanwendung durch den Richter entzogen seien.⁴⁹⁷

*DUSCHENES*⁴⁹⁸ und *SCHAUER*⁴⁹⁹ zitierten in ihren jeweiligen Kommentaren bzw. Erläuterungen zur Zivilprozessordnung nur aus den Motiven des neuen Gesetzes, welche die bindende Kraft des gerichtlichen Geständnisses betonten. Da die herrschende Lehre die Bindungswirkung als Ausfluss des Dispositions- bzw. Verhandlungsgrundsatzes verstand, qualifizierten die zwei genannten Autoren mit großer Wahrscheinlichkeit das gerichtliche Geständnis ebenfalls als Willenserklärung. Allerdings gaben sie ebenso wenig wie *WACHTEL*⁵⁰⁰ eine Auskunft darüber, ob sie Anhänger der Dispositionstheorie in der Version des Verzichtswillens oder in der Version des Feststellungswillens waren.

*DEMELIUS*⁵⁰¹ wies 1902 ausdrücklich darauf hin, dass es sich beim gerichtlichen Geständnis nicht wie in der AGO um ein Beweismittel, sondern um eine Disposition der gestehenden Partei handelt. Der Grund für die formelle Kraft lag seiner Ansicht nach jedoch keinesfalls im Beweisverzicht des Gestehenden. Den Vertragscharakter des Geständnisses lehnte er ab, weil § 266 ZPO explizit festhält, dass dessen Annahme durch den Gegner zur Wirksamkeit nicht erforderlich ist. Obwohl *DEMELIUS* das Gesetz dahingehend interpretierte, dass der Richter eine zugestandene Tatsache unmittelbar kraft Gesetzes zur Urteilsgrundlage nicht nur erheben darf, sondern muss, bemerkte er als einer der Ersten, dass der Wortlaut des § 266 ZPO, „Die von einer Partei behaupteten Thatsachen **bedürfen** insoweit keines Beweises, [...]“, auch anders ausgelegt werden könnte.⁵⁰²

Ungeachtet dessen sprachen sich *SCHUSTER* und *SCHRUTKA* einige Jahre später nach wie vor für die Dispositivwirkung des Geständnisses aus. Nach *SCHUSTER* beruht die beweisbefreiende Wirkung des gerichtlichen Geständnisses auf der den Zivilprozess beherrschenden Verhandlungsmaxime, welche vom Richter verlangt, zugestandene Tatsachen als ohne Beweis feststehend seinem Urteil zugrunde zu legen.⁵⁰³ *SCHRUTKA* begründete das Recht der geständigen Partei, den Richter dazu

⁴⁹⁷ *TRUTTER*, Das österreichische Civilprocessrecht 79.

⁴⁹⁸ *DUSCHENES*, Die neue Civilproceßordnung 262.

⁴⁹⁹ *SCHAUER*, Die Zivilprozeßordnung 586.

⁵⁰⁰ *WACHTEL*, Erläuterungen 256.

⁵⁰¹ Es handelt sich hier um Ernst *DEMELIUS*, den Sohn von Gustav *DEMELIUS*, dessen Werk „Die Confessio“ öfters in den vorhergehenden Kapiteln dieser Arbeit zitiert wurde.

⁵⁰² *DEMELIUS*, Der neue Civilproceß 439.

⁵⁰³ *SCHUSTER*, Österreichisches Zivilprozeßrecht 298.

zu zwingen, die zugestandenen Tatsachen als förmlich erwiesen zu behandeln, mit der regelmäßigen Vorstellung des Gestehenden, die Wahrheit zu erklären. In jenen Fällen, in denen eine Partei die Unwahrheit sagt, oder gesteht, obwohl sie über die tatsächlichen Begebenheiten keine Kenntnis hat, trete die Wirkung des Geständnisses trotzdem ein, weil der Staat aufgrund der im Zivilprozess vorherrschenden Privatinteressen keine Motivation habe, die Wahrheit zugestandener Tatsachen nachzuprüfen.⁵⁰⁴ *KLEIN*, der sich schon in seinem Werk „Pro Futuro“ für die Beibehaltung der „den Richter bindende(n) Kraft des Geständnisses“⁵⁰⁵ geäußert hat, bezeichnete 1927 die Geständniswirkungen ausdrücklich als „*Wirkungen des Parteiwillens, die unter das Dispositionsprinzip fallen*“⁵⁰⁶.

Der Innsbrucker Universitätsprofessor *WOLFF* gab in seinem Grundriss des Zivilverfahrens keine ausdrückliche Stellungnahme bezüglich der Rechtsnatur des gerichtlichen Geständnisses ab.⁵⁰⁷

Dennoch kann vermutet werden, dass er ebenfalls ein Anhänger der Dispositionstheorie war und den Grund für die Bindungswirkung des gerichtlichen Geständnisses in seinem Verzichtswillen liegen sah. Denn *WOLFF* wies ausdrücklich darauf hin, dass die Erklärung einer Partei, auf den Beweis des Gegners zu verzichten, als schlüssiges Geständnis aufzufassen sei.⁵⁰⁸

Des Weiteren qualifizierte *PETSCHEK* das Geständnis als Willenserklärung. Da er kurz nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges während der Vollendung seiner Darstellung des österreichischen Zivilprozessrechts verstarb, übernahm *STAGEL* die Überarbeitung und Anpassung seines Werkes an den Rechtsstand von 1963. In dieser Publikation schloss sich *STAGEL* der Meinung seines verstorbenen Kollegen an und erklärte den Feststellungswillen der Partei, also ihre Absicht, die zugestandene Tatsache ungeachtet ihrer Wahrheit gegen sich gelten zu lassen, als maßgebend für die besondere Wirkungskraft des Geständnisses. Demzufolge könne ein Geständnis auch erst nach einer Beweisaufnahme abgelegt werden und würde seine formelle Kraft selbst dann entfalten, wenn die Beweisergebnisse im Widerspruch zu den gestandenen Tatsachen stehen.⁵⁰⁹

⁵⁰⁴ *SCHRUTKA*, Grundriß des Zivilprozeßrechts 186.

⁵⁰⁵ *KLEIN*, Pro Futuro 31.

⁵⁰⁶ *KLEIN/ENGEL*, Der Zivilprozess Österreichs 339.

⁵⁰⁷ *RECHBERGER*, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (69 FN 4).

⁵⁰⁸ *WOLFF*, Grundriß 284.

⁵⁰⁹ *PETSCHEK/STAGEL*, Der österreichische Zivilprozeß 227.

1.3.2.2. Das Geständnis als Wissenserklärung

Für die grundsätzlich zwingende Verwertung des zugestandenen Prozessstoffs durch das Gericht ohne die Vornahme einer materiellen Wahrheitsprüfung traten auch folgende Schriftsteller ein, allerdings mit dem Unterschied zu den oben angeführten Gelehrten, dass sie das gerichtliche Eingeständnis von Tatsachen nicht als Willenserklärung, sondern als Wissenserklärung verstanden.

*NEUMANN*⁵¹⁰ unterstrich in seinem Kommentar zur neuen ZPO, dass durch die Bestimmung des § 266 Abs 1 ZPO die freie Beweiswürdigung des Richters nicht beschränkt werde, weil diese Vorschrift keinesfalls die Wirkung habe, die gerichtliche Überzeugung zu bestimmen. Doch bereits zwei Jahre später widersprach ihm diesbezüglich der gebürtige Steirer⁵¹¹ *SKEDL*, der als Professor an der Universität Czernowitz österreichisches Zivilprozessrecht lehrte. Da er in Übereinstimmung mit *POLLAK* das Geständnis seiner rechtlichen Natur nach als Beweismittel anerkannte, stellte § 266 Abs 1 ZPO für ihn eine gesetzliche Beweisregelung und damit eine markante Einschränkung des Prinzips der freien Beweiswürdigung dar.⁵¹²

*SPERL*⁵¹³ fasste 1930 die rechtliche Natur des gerichtlichen Geständnisses ebenso wenig als Dispositiverklärung auf. Die Einräumung einer Partei vor Gericht ist nach seinem Standpunkt aber auch keine Wissenserklärung, weil der Behauptung des Gegners oft nur deshalb zugestimmt wird, weil der Gestehende gerade nichts darüber weiß und auf die Wahrheit der gegnerischen Angaben vertraut oder davon ausgeht, dass die Tatsachenäußerungen der Gegenpartei ohnehin belanglos sind. Tatsachenvorbringen einer Partei seien nur dann als Wissenserklärungen zu werten, wenn sie gem der §§ 371 ff ZPO erfolgten, also im Rahmen der Parteienvernehmung der freien Beweiswürdigung des erkennenden Richters unterliegen würden. Außerhalb dieses Rahmens könne die Partei nur eine Behauptung abgeben, die, wenn sie inhaltlich mit der Behauptung des Gegners übereinstimmt, als Geständnis eine Bindung des Richters bewirke. Wäre das Geständnis eine Wissenserklärung, müsste seine Beweiskraft vom Gericht frei bewertet werden dürfen, weil ja sogar beeidete Parteiaussagen dem § 272 ZPO unterliegen und damit den Richter nicht binden würden.

⁵¹⁰ *NEUMANN*, Kommentar 612.

⁵¹¹ *ÖAW*, *ÖBL* 1815–1950, 12/2004, 319f.

⁵¹² *SKEDL*, Das österreichische Civilprozessrecht 48.

⁵¹³ *SPERL*, Lehrbuch 299ff.

Wie schon zurzeit als die AGO noch in Geltung stand, so beurteilte *POLLAK* das Geständnis auch im neuen sozialen Zivilprozess als Beweismittel mit bindender Beweiskraft. Im System begründet er das mit der hohen Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit des Geständnisses. Der seltene Rest falle unter die Eigenverantwortung der Partei. Ausschlaggebend für die in der Lehre herrschende unrichtige Auffassung des Geständnisses als Willenserklärung waren seiner Meinung nach zum einen die Formulierung des § 266 ZPO, die bereits *DEMELIUS*⁵¹⁴ kritisiert hatte, und zum anderen die Tatsache, dass das Zivilprozessgesetz das Geständnis nicht zu den Beweismitteln zählt. Da aus seiner Sicht der Gesetzgeber mit dem Wortlaut des § 266 ZPO denselben Inhalt äußern wollte, den damals die Vorschrift des § 107 AGO enthielt, plädierte er für die Änderung der Gesetzesbestimmung über das Geständnis im Sinne der Wendung der Josephinischen Gerichtsordnung. Darüber hinaus könne man nur aus der Nichterwähnung des Geständnisses als Beweismittel keinesfalls auf eine Willenserklärung als seine rechtliche Natur schließen.⁵¹⁵

TRAWNY, ein Gerichtsreferendar aus Dortmund, schloss sich 1937 in seiner Dissertation der Anschauung von *POLLAK*, die bereits *SKEDL* überzeugt hatte, an. Demnach hielt auch er nicht die Dispositions- bzw Verhandlungsmaxime für die Grundlage des gerichtlichen Geständnisses, sondern sah in der in § 178 statuierten Wahrheitspflicht das tragende Fundament seiner rechtlichen Natur. Das Geständnis sei daher eine Wissenserklärung, denn „*wem die großen tragenden Ideen der Schöpfung Kleins klar geworden sind, der kann gar nicht dazu kommen, der Partei die Disposition über das Tatsachenmaterial zuzugestehen*“⁵¹⁶.

Das Recht zu der in § 266 ZPO angeordneten Bindungskraft gegenüber dem Gericht ergebe sich ebenfalls aus § 178 ZPO. Da aufgrund dieser Vorschrift bereits nur von einer Partei vorgebrachte Behauptungen als wahr gelten würden, müsste umso mehr dem übereinstimmenden Vorbringen beider Parteien dieselbe Wirkung zukommen.⁵¹⁷

Auch *FASCHING* betrachtete in seinem 1966 veröffentlichten dritten Kommentarband das gerichtliche Geständnis als eine Wissenserklärung, dessen bindende Wirkung unabhängig vom Willen der Partei eintritt. Die Wirkung des Zugeständnisses gehe über die eines Beweismittels mit bindender Beweiskraft

⁵¹⁴ Vgl oben 102.

⁵¹⁵ *POLLAK*, System I 485 u System II 643f.

⁵¹⁶ *TRAWNY*, Die Wahrheitspflicht 40 FN 9.

⁵¹⁷ *TRAWNY*, Die Wahrheitspflicht 40f.

hinaus, weil die eingeräumten Tatsachen nicht nur ungeprüft der Entscheidung zugrunde zu legen, sondern dieselben auch aus dem Kreis der zu beweisenden Tatsachen auszuschließen seien, also einem Beweisthemenverbot unterliegen würden.⁵¹⁸

Obwohl sich in der österreichischen Lehre die Wahrnehmung des gerichtlichen Geständnisses als Wissenserklärung schon in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts immer mehr in den Vordergrund geschoben und sich letztendlich durchgesetzt hatte, ist deutlich zu erkennen, dass selbst noch 1966 das Geständnis im Zivilprozess grundsätzlich nur ein Instrument zur Begründung formeller Wahrheit darstellte. Den bis dahin von der Lehre übereinstimmend aufgestellten und von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen der Bindungswirkung⁵¹⁹ pflichtete *FASCHING* natürlich schon damals bei. Dagegen schloss sich der international berühmte Zivilverfahrensrechtler der Auffassung von *POLLAK*⁵²⁰ und *SPERL*⁵²¹, die eine Bindung auch in jenen Fällen verneinten, in denen der Richter die Unrichtigkeit der zugestanden Tatsachen aufgrund der bis dahin vorliegenden Beweisergebnisse bereits für eindeutig erwiesen hält, erst achtzehn Jahre später in seinem Lehrbuch⁵²² an. Die Durchsetzung der Ansicht vom wirkungslosen Geständnis im Falle des bereits erbrachten Beweises, war laut *RECHBERGER* ein entscheidender Wendepunkt für die Auslegung des § 266 ZPO.⁵²³

1.3.2.3. Die Rechtsprechung

Seit Inkrafttreten der ZPO 1898 war auch die herrschende Rechtsprechung eine Vertreterin der Bindungswirkung des gerichtlichen Geständnisses.⁵²⁴ So entschied der OGH am 4. Februar 1913, dass das Geständnis ohne Überprüfung auf seine Wahrheit der Entscheidung zugrunde zu legen ist:

„Sobald aufgrund der Parteienerklärungen die Tatsache der Erteilung der Altersnachsicht an die B außer Streit gestellt wurde, war dieser Tatsache nicht weiter nachzugehen und nach Beweisen zu forschen, da

⁵¹⁸ *FASCHING*, Kommentar 242ff.

⁵¹⁹ Vgl unten 1.3.2.3.

⁵²⁰ *POLLAK*, Gerichtliches Geständnis 163; *POLLAK*, System I 485.

⁵²¹ *SPERL*, Lehrbuch 299. Bereits vor *SPERL* findet sich diese Meinung andeutungsweise bei *NEUMANN*; vgl *dens*, Kommentar 613.

⁵²² *FASCHING*, Lehrbuch RZ 851.

⁵²³ *RECHBERGER in FASCHING/KONECNY*, Kommentar zu §§ 266, 267 ZPO RZ 8.

⁵²⁴ *ILLICHMANN*, Das Geständnis 63f; *MOSKON*, Das Zugeständnis 24ff; *POLLAK*, System I 484f.

*Tatsachen, die anerkannt sind, nach § 266 ZPO, eines Beweises nicht mehr bedürfen.*⁵²⁵

Auch in seinem Urteil vom 2. Dezember 1925 hielt er ausdrücklich fest, dass § 266 Abs 1 ZPO eine weitere Beweisaufnahme über die zugestandenen Tatsachen ausschließt:

„Da bei der Streitverhandlung außer Streit gestellt wurde, daß [...], so durfte nach der richtigen Bemerkung des Berufungsgerichts das Prozeßgericht davon nicht abgehen und von Amts wegen feststellen, daß ein Teilbetrag [...] noch unberichtigt gewesen sei; das Prozeßgericht war vielmehr an das einverständliche Vorbringen der Parteien gebunden.“⁵²⁶

In den nächsten Jahrzehnten hielt der OGH⁵²⁷ immer wieder fest, dass ein gerichtliches Geständnis den Richter bindet und bezüglich der zugestandenen Tatsachen ein Beweisthematenverbot schafft.

Allerdings erkannte die ständige Rechtsprechung auch Grenzen der bindenden Wirkung an. Demnach ist ein Geständnis immer dann wirkungslos, wenn das Gegenteil der zugestandenen Tatsachen allgemein bekannt ist, oder das Eingeständte allgemein anerkannten Erfahrungssätzen widerspricht.⁵²⁸ Des Weiteren zählen zu den Ausnahmen übereinstimmend vorgebrachte Tatsachen, deren Gegenteil dem Gericht im Zuge seiner amtlichen Tätigkeit bekannt geworden ist⁵²⁹, sowie von Amts wegen zu prüfende und zu erhebende Tatsachen.⁵³⁰

Aus der Entscheidung vom 21. 11. 1989⁵³¹, welche die Anregung für RECHBERGERS Artikel „Das Dogma von der Bindungswirkung des Geständnisses“⁵³² bildete, ging nicht hervor, ob der OGH nun ebenso wie FASCHING die Bindungswirkung entfallen lässt, wenn die bisherigen

⁵²⁵ GIUNF Nr 6292, 132f.

⁵²⁶ GIUNF Nr 386, 942f.

⁵²⁷ 30.04.1969, 5 Ob 55/69; 08.10.1975, 1 Ob 203/75; 13.11.1975, 7 Ob 236/75; 30.01.1976, 7 Ob 503/76; 12.10.1978, 2 Ob 144/78; 7 Ob 720/78 RZ 1979, 85; 03.12.1980, 3 Ob 641/80; 14.09.1982, 5 Ob 683/82; 10 ObS 239/89 SSV-NF 3/104; 5 Ob 631/89 JBl 1990, 590; 25.08.1993, 1 Ob 587/93; 19.08.1997, 10 ObS 252/97z; 3 Ob 30/02m SZ 2002/31; 17.03.2004, 7 Ob 72/03v; 01.09.2009, 5 Ob 120/09x; 23.03.2011, 17 Ob 1/11p.

⁵²⁸ 3 Ob 376/56 EvBl 1957/90; 5 Ob 631/89 JBl 1990, 590.

⁵²⁹ 4 Ob 72/67 VersR 1968, 1052 ZfRV 1969, 140; 1 Ob 501/79 JBl 1979, 491; 7 Ob 825/82 SZ 56/120; 5 Ob 631/89 JBl 1990, 590; 9 Ob 174/97x RdW 1998, 20.

⁵³⁰ 1 Ob 210/74 EvBl 1975/105.

⁵³¹ 5 Ob 631/89 JBl 1990, 590.

⁵³² RECHBERGER, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (69ff).

Beweisergebnisse dem Richter eindeutig die Unrichtigkeit eines Geständnisses aufzeigen. Erst in den 90er Jahren erkannte der OGH diese Ausnahme ausdrücklich an:

*„Das bedeutet, daß das Gegenteil der von der Beklagten zugestandenen Tatsache dem Gericht im Zuge seiner amtlichen Tätigkeit bekannt geworden ist, bzw. daß die Unrichtigkeit des Geständnisses im laufenden Rechtsstreit aufgrund der Beweisergebnisse als eindeutig erwiesen erscheint. Diese Fälle stellen aber Ausnahmen von der bindenden Wirkung eines Tatsachengeständnisses dar.“*⁵³³

*„[...] denn der Richter soll nicht gezwungen werden, sehenden Auges auf amtsbekannt unwahrer Grundlage zu urteilen.“*⁵³⁴

Unter Anführung von *POLLAK*, *SPERL* und *FASCHING* hielt der OGH im März 2011 fest, dass sich damit seine *„Rechtsprechung im Ergebnis der in der Lehre vertretenen Auffassung, wonach ein Geständnis nicht bindet, wenn das Gegenteil im Verfahren eindeutig erwiesen wurde“*⁵³⁵, nähert. Diese Angleichung des OGH an die *„vermittelnde Position“*⁵³⁶ von *FASCHING* ist zu begrüßen, denn die Rechtsprechung unterscheidet sich damit von der herrschenden Lehre, die in jedem Fall eine freie Würdigung des Geständnisses präferiert, nur noch dadurch, dass sie die Aufnahme weiterer Beweise nicht mehr zulässt, wenn etwaige dem Geständnis entgegenstehende Verhandlungsergebnisse nicht eindeutig sind.⁵³⁷

1.3.3. Die Verfechter der freien Beweiswürdigung

In seinem Lehrbuch räumte *FASCHING*⁵³⁸ ein, dass der Wortlaut des § 266 Abs 1 ZPO auch dahingehend interpretiert werden könnte, dass es dem Richter freigestellt sein solle, sich mit dem Geständnis zufrieden zu geben oder doch Beweise über die eingeräumten Tatsachenbehauptungen aufzunehmen. Er verwies dabei auf die zwei Autoren *W. KRALIK* und *HOLZHAMMER* als Fürsprecher einer solchen Auslegung der Gesetzesvorschrift.

⁵³³ 25.08.1993, 1 Ob 587/93.

⁵³⁴ 16.07.1998, 6 Ob 313/97s.

⁵³⁵ 23.03.2011, 17 Ob 1/11p.

⁵³⁶ *RECHBERGER/SIMOTTA*, Zivilprozeßrecht RZ 489.

⁵³⁷ Vgl. *RECHBERGER*, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (73).

⁵³⁸ *FASCHING*, Lehrbuch RZ 849.

*HOLZHAMMER*⁵³⁹ hielt ausdrücklich fest, dass das Geständnis als Wissenserklärung das Gericht nicht bindet, sondern dessen freier Würdigung unterliegt. Bald darauf traten *RECHBERGER*⁵⁴⁰ und *BALLON*⁵⁴¹ diesem Standpunkt bei und erklärten trotz Vorliegens eines Geständnisses eine Beweisaufnahme für zulässig, weil zugestandene Tatsachen nicht gegen die Überzeugung des Gerichts zu einer verbindlichen Entscheidungsgrundlage werden könnten.

Eine besonders ausführliche Stellungnahme hat *RECHBERGER* gegen die echte Bindungswirkung des gerichtlichen Geständnisses 1991⁵⁴² aus Anlass einer diesbezüglichen Entscheidung des OGH⁵⁴³ veröffentlicht. Er versteht darunter, dass ein Richter, sofern für ihn zum Zeitpunkt des Geständnisses die Unrichtigkeit der eingeräumten Tatsachen durch die bisherigen Verhandlungsergebnisse noch nicht eindeutig erwiesen ist, keine Beweise mehr über die zugestandenen Tatsachen aufnehmen darf.⁵⁴⁴ Besonders in seinem Artikel, aber auch später⁵⁴⁵, kritisiert *RECHBERGER* dieses Beweisthematenverbot, welches *FASCHING*⁵⁴⁶ zum einen auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, zum anderen auf prozessökonomische Erwägungen und drittens auf die §§ 266, 267 ZPO bzw die §§ 269, 279 ZPO zurückführte.

Hinsichtlich der Entstehungsgeschichte räumt *RECHBERGER* zwar ein, dass sie insofern eine Erklärung für die bindende Auffassung darstellen könne, weil sowohl der Schöpfer der ZPO⁵⁴⁷ als auch die Motive zur neuen Prozessordnung die bindende Kraft des Geständnisses erwähnten. Allerdings widerlegt er das erste Argument *FASCHINGS* mit Verweis auf *SCHMIDT*⁵⁴⁸, der in seinem Werk dargelegt hat, dass es Österreich, indem es die deutsche Geständnisbestimmung im Wesentlichen wörtlich übernahm, nur dem deutschen Gesetzgeber in seinem Bestreben gleichzutun wollte, die Wirkung des Geständnisses von der gesetzlichen Beweistheorie zu lösen. Da aber eine Auslegung des Geständnisses als Dispositiverklärung, wie dies für die

⁵³⁹ *HOLZHAMMER*, Österreichisches Zivilprozeßrecht 244; vgl. *BUCHEGGER/DEIXLER-HÜBNER/HOLZHAMMER*, Praktisches Zivilprozeßrecht 271; *RECHBERGER* in *FASCHING/KONECNY*, Kommentar zu §§ 266, 267 ZPO RZ 8.

⁵⁴⁰ *RECHBERGER/SIMOTTA*, Zivilprozeßrecht RZ 489.

⁵⁴¹ *BALLON*, Einführung 128.

⁵⁴² *RECHBERGER*, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (69ff).

⁵⁴³ 5 Ob 631/89 JBl 1990, 590; vgl. oben 1.3.2.3.

⁵⁴⁴ *RECHBERGER*, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (74).

⁵⁴⁵ Vgl. *RECHBERGER* in *RECHBERGER*, Kommentar zu §§ 266–267 ZPO RZ 2; *RECHBERGER* in *FASCHING/KONECNY*, Kommentar zu §§ 266, 267 ZPO RZ 9.

⁵⁴⁶ *FASCHING*, Lehrbuch RZ 849.

⁵⁴⁷ *KLEIN*, Pro Futuro 31.

⁵⁴⁸ *SCHMIDT*, Teilbarkeit und Unteilbarkeit 111.

reichsdeutsche ZPO möglich war, aufgrund des in der österreichischen ZPO geltenden abgeschwächten Untersuchungsgrundsatzes ausgeschlossen sei⁵⁴⁹, stütze die Entstehungsgeschichte des § 266 Abs 1 ZPO nicht die Vorstellung eines Geständnisses mit bindender Kraft.⁵⁵⁰

Die zweite Begründung *FASCHINGS* für ein Beweisthemenverbot lässt er ebenfalls nicht gelten, weil ein solcher prozessökonomischer Effekt aufgrund der fehlenden Sanktionsmöglichkeit im Falle einer gesetzwidrigen Beweisaufnahme vertan sei. Des Weiteren sei eine vom Geständnis abweichende Tatsachenfeststellung weder ein Verfahrensmangel gem § 496 Abs 1 Z 2 ZPO noch eine unrichtige Tatsachenfeststellung.⁵⁵¹ Auch *FASCHING* erkannte in seinem Lehrbuch, dass das Abweichen vom Geständnis nicht bekämpft werden kann, obwohl er zunächst in seinem Kommentar dessen Nichtbeachtung als unrichtige Tatsachenfeststellung qualifizierte.⁵⁵²

Darüber hinaus bringt *RECHBERGER* gegen das dritte Argument *FASCHINGS* zutreffend vor, man könne die Bindungswirkung nicht *e contrario* aus den §§ 266, 267 ZPO ableiten, welche die richterliche Beurteilungsfreiheit nach *FASCHING* lediglich auf außergerichtliche und schlüssige Geständnisse und deren Widerruf beschränken. Denn es sei äußerst inkonsequent, nur das ausdrückliche gerichtliche Geständnis aus der freien Beweiswürdigung auszuklammern und einer gesetzlichen Beweisregel zu unterstellen.⁵⁵³

Ebenso wenig könne aus dem Vergleich von § 266 Abs 1 ZPO mit den §§ 269 und 270 ZPO auf ein Beweisthemenverbot geschlossen werden, obwohl beide Vorschriften ebenfalls den Ausdruck: „*bedürfen keines Beweises*“ enthalten, dem an diesen Stellen die Bedeutung zukommt, dass „*sicher keine weiteren Beweise aufzunehmen sind*“⁵⁵⁴. *RECHBERGER* bedauert, dass sich der österreichische Gesetzgeber, dem deutschen Vorbild folgend, dieser gleichlautenden Formulierung

⁵⁴⁹ Dennoch scheint der historische Gesetzgeber vor allem auch aufgrund von § 183 Abs 2 ZPO von einem Dispositivgeständnis ausgegangen zu sein. So erklärte *KLEIN* diese widersprüchliche Bestimmung, mit der die Ausübung wichtiger Maßnahmen der diskretionären Gewalt, nämlich die Beweiserhebung durch Urkunden und Zeugen, im Falle eines gemeinsamen Widerspruchs der Parteien untersagt wurde, mit der Notwendigkeit, „*die zürnenden Anhänger des Parteiherrschaftsdogmas zu besänftigen*“ (*KLEIN*, Pro futuro 35 FN 77); vgl *BÖHM*, Der Streit um die Verhandlungsmaxime, Ius Commune 1978, 136 (157).

⁵⁵⁰ *RECHBERGER*, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (71); *RECHBERGER* in *FASCHING/KONECNY*, Kommentar zu §§ 266, 267 ZPO RZ 9.

⁵⁵¹ *RECHBERGER*, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (71).

⁵⁵² *FASCHING*, Kommentar 244; *ders*, Lehrbuch RZ 849.

⁵⁵³ *RECHBERGER*, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (71f).

⁵⁵⁴ *FASCHING*, Lehrbuch RZ 849.

bedient hat, weil das Geständnis nur wenig mit den offenkundigen bzw den gesetzlich vermuteten Tatsachen gemein habe. Anschaulich erläutert er, dass der Zustand „Zugestanden“ im Gegensatz zu dem der Offenkundigkeit keine Eigenschaft ist, die einer einzigen Tatsache unmittelbar anhaften kann. Vielmehr bilde das Geständnis selbst eine zweite Tatsache, die zur der ersten, der zugestandenen, Tatsache hinzutritt.⁵⁵⁵ Daher könne nur bei notorischen Tatsachen jeder Beweis für ihre Wahrheit entfallen. Außerdem gleiche das Geständnis auch nicht einer vermuteten Tatsache, bei der das Gesetz eine Beweislastumkehr anordne, da nicht einmal das qualifizierte Geständnis eine Frage der Beweislastverteilung darstelle, sondern vom Gericht frei zu bewerten sei.⁵⁵⁶

RECHBERGERS stichhaltige Auseinandersetzung mit den Argumenten gegen die freie richterliche Würdigung des Geständnisses blieb in der Rechtsliteratur nicht ohne Wirkung. So überzeugte er damit *OBERHAMMER*, der 1993 für die freie richterliche Würdigung des Geständnisses eintrat, und der die Tatsache, dass gerade Franz *KLEIN* Anhänger der Idee des Dispositivgeständnisses war, als Paradoxon bezeichnete.⁵⁵⁷

Auch *SIMOTTA*, die sich ab der vierten Auflage des (mit *RECHBERGER*) gemeinsamen Lehrbuchs seiner Ansicht anschloss, lehnt seitdem jegliche bindende Wirkung des Geständnisses ab.⁵⁵⁸ *FEIL/KROISENBRUNNER*⁵⁵⁹, *DREIXLER-HÜBNER/KLICKA*⁵⁶⁰ und *KODEK*⁵⁶¹ geben nur die Auffassung der ständigen Rechtsprechung bzw der herrschenden Lehre wieder, beziehen in ihren veröffentlichten Studienbehelfen jedoch keine Stellung bezüglich dieser Problematik.

ILLICHMANN kommt in seiner Dissertation 2001 zu dem Ergebnis, dass weder einer strikten Bindungswirkung im Sinne von *SCHRUTKA* und *PETSCHEK/STAGEL* noch einer freien Beweiswürdigung des Geständnisses zugestimmt werden kann. Ersteres sei im Hinblick auf das Ziel des streitigen Verfahrens, nämlich eine gerechte Entscheidung aufgrund wahrer Tatsachen zu treffen, und Letzteres wegen der Nichtberücksichtigung der Grundsätze der Prozessökonomie und der Selbstverantwortlichkeit abzulehnen. Vielmehr

⁵⁵⁵ Vgl auch *SCHMIDT*, Teilbarkeit und Unteilbarkeit 110.

⁵⁵⁶ *RECHBERGER*, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (72).

⁵⁵⁷ *OBERHAMMER* in *KRALIK/RECHBERGER*, Konfliktvermeidung 52ff.

⁵⁵⁸ *RECHBERGER/SIMOTTA*, Grundriß 313; vgl *ILLICHMANN*, Das Geständnis 65.

⁵⁵⁹ *FEIL/KROISENBRUNNER*, Zivilprozessordnung RZ 802.

⁵⁶⁰ *DEIXLER-HÜBNER/KLICKA*, Zivilverfahren RZ 132.

⁵⁶¹ *KODEK* in *KODEK/MAYR*, Zivilprozessrecht RZ 654.

befürwortet er eine Kombination der beiden Modelle und schließt sich aus diesem Grund der Meinung von *FASCHING* an. Zeigen die bisherigen Beweisergebnisse die Unrichtigkeit des eingeräumten Sachverhalts auf, kommt seiner Ansicht nach das Argument der Prozessökonomie gegen eine freie Würdigung nicht mehr zum Tragen. Des Weiteren liege die Unvernunft klar auf der Hand, bereits vorhandene eindeutige Beweisergebnisse als Resultat eines diesen widersprechenden Geständnisses nutzlos werden zu lassen. Aus diesen Gründen seien zugestandene Tatsachen, für deren Unrichtigkeit der Beweis zuvor im laufenden Verfahren bereits erbracht wurde, als weitere Ausnahme von der grundsätzlichen Bindungswirkung anzusehen.⁵⁶²

Der Annahme einer grundsätzlichen Bindungswirkung des gerichtlichen Geständnisses ist jedoch nicht beizupflichten. Denn zum einen spricht dagegen, dass eine solche der rechtlichen Natur des Geständnisses nicht anhaftet. Das Geständnis ist eine Wissensmitteilung und keine aus dem Verhandlungsgrundsatz abzuleitende Dispositiverklärung. Wie bereits zuvor vor allem von *POLLAK* und *KLEIN*, wird die unrichtige Auffassung der Verhandlungsmaxime als Verfügungsfreiheit der Parteien über die Stoffsammlung, auch noch in jüngerer Zeit, besonders von *BÖHM*⁵⁶³, kritisiert und hervorgehoben, dass sie durch die materielle Prozessleitungsbefugnis des Richters und der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien wesentlich eingeschränkt wird und eigentlich einen abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz darstellt. Ein Geständnis im Sinne einer Verfügungsbefugnis der Partei über den Prozessstoff gibt es also nicht, weshalb auch eine der rechtlichen Geständnisnatur immanente Bindungskraft auszuschließen ist. Wird eine solche bindende Wirkung dennoch behauptet, handelt es sich dabei, wie *RECHBERGER*⁵⁶⁴ treffend formuliert, um die Aufstellung eines Dogmas. Wenn sich eine solche Bindungswirkung nicht aus der Rechtsnatur ableiten lässt, kann sie aber nur das Gesetz vorschreiben. Die Formulierung in § 266 Abs 1 ZPO, wonach zugestandene Tatsachen keines Beweises bedürfen, ist jedoch nicht als gesetzliche Beweisregel zu verstehen. Vielmehr bringt sie zum Ausdruck, dass ein Geständnis ein spezielles Beweismittel ist, indem es regelmäßig zur Erbringung des Beweises der zugestandenen Tatsache g e n ü g t, also den Bedarf an Beweismitteln deckt. Reicht dagegen das Geständnis nicht aus, um die volle Überzeugung des Richters zu begründen, ist aus dem Wortlaut der

⁵⁶² *ILLICHMANN*, Das Geständnis 68ff.

⁵⁶³ *BÖHM*, Der Streit um die Verhandlungsmaxime, *Ius Commune* 1978, 136 (148ff).

⁵⁶⁴ *RECHBERGER*, Das Dogma von der Bindungswirkung, *NZ* 1991, 69 (73).

Geständnisbestimmung keinesfalls auf ein Aufnahmeverbot weiterer Beweismittel zu schließen. Das prozessuale Geständnis unterliegt daher generell der freien Beweiswürdigung des Gerichts, und nicht nur in jenen Fällen, in denen die ständige Rechtsprechung eine Ausnahme von der Bindungswirkung sieht. Da die Rechtsprechung faktisch nur mehr im seltenen Fall, dass zum Zeitpunkt des Geständnisses keine oder nur zweifelhafte Beweisergebnisse gegen seine Wahrheit sprechen, anderer Meinung als die herrschende Lehre ist, wäre die Abkehr von der Bindungswirkung zugunsten der rechtlichen Qualifizierung eines gerichtlichen Geständnisses als materielles Beweismittel wünschenswert. RECHBERGER⁵⁶⁵ ist natürlich beizupflichten, wenn er unterstreicht, dass sich dadurch kaum Änderungen in der Praxis ergeben würden, doch kann man dieser Tatsache in sprachlicher Anlehnung an ein Zitat von Immanuel KANT, das die enge Verbundenheit von Theorie und Praxis deutlich veranschaulicht, entgegenhalten: „*Praxis ohne korrekte Theorie ist blind!*“

⁵⁶⁵ RECHBERGER in FASCHING/KONECNY, Kommentar zu §§ 266, 267 ZPO RZ 10.

2. Das Geständnis im Strafverfahren

2.1. Im inquisitorischen Strafprozess

2.1.1. In den Peinlichen Halsgerichtsordnungen einschließlich der *Constitutio Criminalis Theresiana* von 1768

Im 16. und 17. Jahrhundert basierte das Strafprozessrecht in den österreichischen Erbländern grundsätzlich auf der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532. Das deutsche Reichsgesetz hatte einen großen Einfluss auf die einzelnen österreichischen Gerichtsordnungen, wie zum Beispiel auf die Land- und Peinliche Gerichtsordnung von Karl II. für die Steiermark von 1574, die Peinliche Landgerichtsordnung von Ferdinand III. von 1656, die in Österreich unter der Enns und in Innerösterreich galt, auf die Kaiserliche und Landgerichtsordnung von Leopold I. für Österreich ob der Enns von 1675 oder auf die Peinliche Gerichtsordnung von Josef I. für Böhmen, Mähren und Schlesien von 1707.⁵⁶⁶ Allerdings ist die selbstständige Entwicklung des österreichischen Strafverfahrens in den Malefizordnungen anhand der Bestimmungen zum Folter- und Geständnisrecht deutlich sichtbar.

Die Steirische Landgerichtsordnung von 1574 übernahm zwar in weiten Teilen fast wörtlich die CCC, traf aber auch einige bedeutende Änderungen. Während die Carolina trotz Einführung des Inquisitionsprozesses nach wie vor den akkusatorischen Prozess in den Vordergrund stellte, erklärte dagegen die Landgerichtsordnung von Karl II. den inquisitorischen Prozess als den Regelfall. Der Endliche Rechtstag war nach der Carolina nichts anderes als eine bloße Formalität und diente nur dazu, das bereits beschlossene und schriftlich ausgefertigte Urteil öffentlich zu verkünden.⁵⁶⁷ Erzherzog Karl II. kannte im Gegensatz dazu auch Fälle, über die die Beisitzer⁵⁶⁸ erst nach den Vorträgen der Parteien am Gerichtstag mündlich urteilen durften. Der Endliche Rechtstag stellte in jenen Fällen also einen entscheidungserheblichen Teil des Prozesses dar.⁵⁶⁹

Unabhängig davon, ob der Rechtstag nun als reine Formsache oder als entscheidungsrelevantes Prozessstadium abgehalten wurde, legte die Steirische

⁵⁶⁶ KWIATKOWSKI, Die Constitutio Criminalis Theresiana 15f; RICHTER, Strafprozeß I 2f.

⁵⁶⁷ HERBST, Einleitung 2ff.

⁵⁶⁸ Die steirische LGO verlangte mindestens dreizehn Beisitzer, während die Carolina nur sieben oder acht Schöffen vorsah, wenn es um das Leben des Inquisiten ging. Ansonsten waren überhaupt vier Schöffen ausreichend; vgl HERBST, Einleitung 9 FN * [sic].

⁵⁶⁹ HERBST, Einleitung 14f.

Landgerichtsordnung für den Fall der Leugnung eines im Untersuchungsverfahren ordentlich abgelegten Geständnisses eine von der Carolina abweichende Regelung fest. Zwar wurde im Falle des Widerrufs im öffentlichen Gerichtstermin auch in der Steiermark das Geständnis verlesen und die beiden Lochschöffen wurden unter Eid um dessen Bestätigung ersucht. Die Modifikation betraf jedoch die Vorgehensweise, nachdem die zwei Beisitzer die Ablegung des Bekenntnisses versichert hatten. Im Anschluss an die Verlesung der Urgicht und die Bestätigung der Lochschöffen setzte die CCB das Verfahren ohne Besonderheiten fort. Die CCC trug dem Richter in einem solchen Fall auf, bei Rechtsverständigen um Rat zu suchen. Diese Vorschrift bezeichnete *HERBST*⁵⁷⁰ als überflüssig, weil das Urteil ja bereits beschlossen war. Anders zu bewerten ist seiner Ansicht nach allerdings das in der Steirischen Landgerichtsordnung erwähnte Ersuchen um Rat. Dieses kam nämlich nur dann in Frage, wenn die Beisitzer die von Karl II. angeordnete Frage des Richters, ob nach der eidlichen Bekräftigung des verlesenen Geständnisses durch die Lochschöffen wie gewohnt weiter verfahren werden sollte, verneinten. In einem solchen Fall wurde der leugnende Geständige wieder im Gefängnis verwahrt und erst nach der Einholung der Ansichten von Rechtsexperten über ihn Recht gesprochen. Erkannte das Gericht jedoch auf die Fortsetzung des Verfahrens, unterblieb eine solche Anfrage bei Rechtsgelehrten. Diese Bestimmung verdeutlicht die steirische Ablehnung von der Auffassung des Endlichen Rechtstages als bloße Formalität. Die CCC dagegen sah eine Frage des Richters nach der weiteren Vorgehensweise sowie eine diesbezügliche Entscheidung der Beisitzer nicht vor, sondern bestimmte im Falle eines Widerrufs des Geständnisses, immer die Obrigkeit zu Rate zu ziehen.⁵⁷¹

Da sich aber durch einen Widerruf im öffentlichen Gerichtstermin am bereits feststehenden Urteil nichts mehr änderte, ist diese Bestimmung in der Carolina tatsächlich als sinnlos zu qualifizieren. Der steirische Erzherzog dagegen gewährte 42 Jahre später dem Gericht die Möglichkeit, den Widerruf eines Geständigen auch im öffentlichen Endlichen Rechtstag⁵⁷² zu berücksichtigen und ein neues Urteil durch die Aktenversendung an ein Spruchkollegium einzuholen. Die Rechtsexperten dieses Spruchkörpers entschieden letztendlich über die Gültigkeit des Widerrufs.

⁵⁷⁰ *HERBST*, Einleitung 16.

⁵⁷¹ *HERBST*, Einleitung 15ff.

⁵⁷² *HERBST*, Einleitung 16. Im Untersuchungsverfahren wurde ein Widerruf insofern berücksichtigt, als er, wenn er unbegründet war, zur Wiederholung der Folter führte. Handelte es sich jedoch um einen motivierten Widerruf, musste der Richter dem Inquisiten die Möglichkeit geben, die vorgebrachten Ursachen des Widerrufs zu beweisen; vgl. *LOHSING*, Das Geständnis 44.

Damit entkleidete Karl II. das Geständnis, sofern es widerrufen wurde, auch in diesem Prozessstadium seiner rein formellen Bedeutung.

Dem freiwilligen und dem erzwungenen Geständnis im geheimen Untersuchungsverfahren wurde noch im dritten und letzten Entwurf der Landgerichtsordnung eine unbedingte Beweiskraft beigemessen. Doch letztendlich wurde diese Bestimmung abgelehnt und wie in der Carolina die Überprüfung jedes peinlichen und gütlichen Geständnisses auf seine Richtigkeit normiert. In Art 35 II wurde als Erklärung für die Wahrheitskontrolle noch hinzugefügt, dass eben angesichts der Folter oft mehr gestanden wird, als tatsächlich verbrochen wurde. Aus diesem Grund sah die steirische Gerichtsordnung über die in der CCC verankerten Schutzmechanismen hinausgehende Beschränkungen der Folter vor. So durfte zum Beispiel die peinliche Befragung nur aufgrund eines vorher gefassten Erkenntnisses, mit dem mindestens fünf bis sechs verständige und taugliche Gerichts- oder andere angesessene Personen die Indizien für die Folter als genügend erachteten, durchgeführt werden. Außerdem wurde nach der Aufzählung der zur Folter ausreichenden Indizien verfügt, dass der Beschuldigte nach der umfassenden Erkundung aller Umstände, aber noch vor der Entscheidung hinsichtlich der Zulässigkeit der Folter über die vorliegenden Indizien zu vernehmen ist. Des Weiteren warnte die Landgerichtsordnung in einem Artikel vor zweifelhaften Bekenntnissen über sich selbst oder einen Dritten, die nur aus Strenge oder Furcht vor der Marter abgelegt werden.⁵⁷³

Das stetig wachsende Misstrauen hinsichtlich des durch die Tortur erzwungenen Geständnisses als Wahrheitserforschungsmittel spiegelt sich auch in der Landgerichtsordnung von Ferdinand III. deutlich wider, indem sie den Einsatz der Marter weiter erschwerte. So verlangte sie für das so genannte „Beyurtheil“, mit dem über die Anwendung der Folter entschieden wurde, neben dem Richter und einem Schreiber zusätzlich zwölf Beisitzer und nicht nur fünf oder sechs verständige Personen wie die LGO in der Steiermark⁵⁷⁴. Darüber hinaus war dieses „Beyurtheil“ in all jenen Fällen nicht ausreichend, in denen die Ferdinandeia die Urteilskompetenz dem Landesfürsten zugewiesen hatte. Wurde gegen eine Person zum Beispiel wegen Zauberei, Landesverrat, Gotteslästerung, Vergiftung, Sodomie oder

⁵⁷³ BYLOFF, Die LGO Erzherzog Karls II. für Steiermark 54f; HERBST, Einleitung 37; LOHSING, Das Geständnis 45.

⁵⁷⁴ Allerdings galt die Ferdinandeia in der Steiermark seit dem Ende des 17. Jahrhunderts als subsidiäres Recht; vgl. GRIESEBNER, Konkurrierende Wahrheiten 53 FN 30.

Majestätsbeleidigung ermittelt, musste die beabsichtigte Vornahme der Folter bei den Beamten der niederösterreichischen Regierung beantragt werden. Des Weiteren verbot Ferdinand III. ausdrücklich, Knaben unter dem 14. und Mädchen unter dem 16. Lebensjahr sowie Menschen über dem 60. Lebensjahr zu foltern. Auch für schwangere Frauen, schwerkranke und geistig behinderte Personen galt dieses Folterverbot. Wurden Angehörige der obersten sozialen Schicht nicht wegen Majestätsbeleidigung oder Landesverrats belangt, waren auch sie vor der peinlichen Frage geschützt. Obwohl die Folter noch bei allen Verbrechen grundsätzlich vorgenommen werden durfte, war eine Folterung schweren Grades bei Delikten, die als Rechtsfolge keine schwere Leibesstrafe als Sanktion androhten, ausgeschlossen. Legte der Inquisit während der Folter kein Geständnis ab oder widerrief er es einige Zeit nach dem Abschluss der Peinigung, durfte eine Wiederholung nur mehr zweimal, anstatt unbegrenzt oft wie nach der CCC, stattfinden.⁵⁷⁵

Hervorzuheben ist eine weitere wichtige Bestimmung in der Ferdinandea. Obwohl die Landgerichtsordnung ebenso wie die CCC für die Verurteilung zur ordentlichen Strafe ein freiwilliges oder erpresstes Geständnis oder zumindest zwei untadelige Zeugen der Übeltat voraussetzte, stellte die Ferdinandea erstmals weniger das Vorliegen des Bekenntnisses, sondern vielmehr den Nachweis des *corpus delicti* in den Mittelpunkt. Konnte das Tatobjekt nicht sichergestellt werden, war selbst ein vorhandenes Geständnis⁵⁷⁶ nicht genügend und die Verhängung der ordentlichen Strafe ausgeschlossen. Stattdessen war es dem Gericht nur möglich, dem Geständigen die *poena extraordinaria* aufzuerlegen.⁵⁷⁷

Diese Vorschrift zeigt einerseits deutlich, für wie wichtig die Überprüfung des Geständnisses im Strafverfahren erachtet wurde und andererseits das große Misstrauen gegenüber der freien Beweiswürdigung durch das Gericht. Durch die Aufnahme des Erfordernisses des *corpus delicti* als Glaubwürdigkeitsvoraussetzung für jedes Geständnis schützte diese Bestimmung nun auch den aus freien Stücken

⁵⁷⁵ GRIESEBNER, Konkurrierende Wahrheiten 62ff; HERBST, Einleitung 37ff.

⁵⁷⁶ Mit dieser Bestimmung war auch ein freiwilliges Geständnis trotz der Überzeugung des Gerichts von seiner Wahrheit ohne Nachweis des *corpus delicti* nicht mehr für eine ordentliche Verurteilung ausreichend. Bereits in der Carolina war die Gewissheit, dass die Tat tatsächlich verübt worden war, Voraussetzung für die Zulässigkeit der Folter und damit für die Verwertung eines erzwungenen Geständnisses (Art 6 CCC: „Dazu soll auch ein jeder Richter in diesen grossen sachen vor der peinlichen frage, sovil muglich nach gestalt und gelegenheitt einer jeden sachen beschehen kann, sich erkundigen unnd fleissigs nachfragen haben, ob die missethat, darumb der angenommen beruchtet und verdacht, auch beschehen sey oder nit.“); vgl. HERBST, Einleitung 38; LOHSING, Das Geständnis 42.

⁵⁷⁷ GRIESEBNER, Konkurrierende Wahrheiten 65; HERBST, Einleitung 38 FN ** [sic].

gestehenden Beschuldigten vor der Willkür des Richters. Gelang es, die Tat zumindest teilweise zu belegen und stimmte das Geständnis damit überein, durfte die ordentliche Strafe verhängt werden. Der Mangel an einem vollständigen Tatbestandsnachweis kam dem Geständigen gem Art 44 LGO sogar als Strafmilderungsgrund zugute.⁵⁷⁸ Die Landgerichtsordnung von Leopold I. für Österreich ob der Enns von 1675 wurde der Ferdinandea weitgehend nachgebildet und folgte überdies wortgetreu den Bestimmungen zum Strafverfahren.⁵⁷⁹

Erst Kaiser Joseph I. entwickelte 1707 das Geständnisrecht mit seiner peinlichen Halsgerichtsordnung für Böhmen, Mähren und Schlesien in Anlehnung an die Lehre von *CARPZOW* weiter und ging sogar über diese hinaus. So beschränkte er die Tortur nicht nur auf die Fälle schwerer Verbrechen, sondern erlaubte sie grundsätzlich nur mehr dann, wenn die Todesstrafe als Sanktion vorgesehen war. Des Weiteren reduzierte er ihren Gebrauch, indem er ein die Marter bejahendes Urteil nur zuließ, wenn die vorhandenen Verdachtsgründe mindestens einem halben Beweis entsprachen und zusätzlich der Untersuchungsgefangene eine sonst verdächtige und übel beleumundete Person war. Im Gegensatz zu *CARPZOW* ließ der Kaiser selbst bei schwersten Delikten keine Wiederholung der Folter zu. Blieb der Gepeinigte standhaft oder widerrief er sein erfoltertes Geständnis einige Zeit später wieder, durfte der Richter kein zweites Mal Hand an ihn legen lassen, sondern musste beim Berufungsgericht⁵⁸⁰ um Belehrung ansuchen. Außerdem verringerte die Josephina die Bedeutung des Geständnisses auch dadurch, dass sie die Aussagen von zwei Mitschuldigen, die bis dahin nur einen für die Folter ausreichenden Verdachtsgrund darstellen konnten, den Aussagen von zwei Zeugen gleichstellte und für die Verurteilung genügen ließ. Bezüglich des Verbrechens der Zauberei wurde jedoch eine Ausnahme normiert. In Hexenprozessen reichten daher wegen der hohen Betrugsgefahr die Aussagen von geständigen Komplizen weder für die Anwendung der Folter noch gar zur Verurteilung aus.⁵⁸¹

Die Ferdinandea und die Josephina waren die Vorbilder für die *Constitutio Criminalis Theresiana*. Kaiserin Maria Theresia setzte 1752 eine Kommission zur Kodifikation des Straf- und Strafprozessrechts ein, die 1768 eine Allgemeine Peinliche Gerichtsordnung für alle österreichischen Erbländer mit

⁵⁷⁸ *GRIESEBNER*, Konkurrierende Wahrheiten 65.

⁵⁷⁹ *LOHSING*, Österreichisches Strafprozeßrecht 12.

⁵⁸⁰ Die CCC dagegen kannte noch keine Rechtsmittel; vgl. *ROEDER*, Lehrbuch 5.

⁵⁸¹ *HERBST*, Einleitung 39.

Ausnahme Ungarns hervorbrachte. Das am 31. Dezember 1768 in Kraft getretene Gesetz war eine überwiegend kompilatorische Arbeit, die sich bezüglich des prozessrechtlichen Inhalts an die Carolina, die Ferdinanda und die Josephina anlehnte und sich auch den Lehren von *CARPZOW* anschloss. Die Theresiana, die im Gegensatz zur Peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V. keine salvatorische Klausel enthielt, sah für das Habsburgerreich ausschließlich den geheimen, schriftlichen und mittelbaren Inquisitionsprozess vor. Die Einleitung eines Strafverfahrens durch Erhebung einer Privatanklage⁵⁸² war damit nicht mehr möglich. Die erste einheitliche Strafprozessordnung für Österreich gewährte dem Verurteilten zwar nicht wie die Josephina ein ordentliches Rechtsmittel, gestattete ihm aber die Ergreifung eines aus Gnaden- und Rechtsgründen zulässigen Rekurses an den Landesfürsten.⁵⁸³

Die CCTh übernahm die schon in der Josephina getroffene Einschränkung der Folter auf mit Todesstrafe bedrohte Delikte. Zusätzlich regelte sie, dass die Schreckung mit der Tortur nur zulässig war, wenn eine schwere Leibesstrafe drohte. Bei der Begehung kleinerer Verbrechen drohte nicht einmal mehr diese.⁵⁸⁴

Darüber hinaus entzog sie den unteren Gerichten die Entscheidungskompetenz über die Zulässigkeit der Folter vollends und wies sie nun ohne Ausnahme den Obergerichten zu. Geheime Anmerkungen zur Theresiana enthielten weitere Bestimmungen zum Schutz des Beschuldigten. So durften die Obergerichte die Peinigung zum Beispiel nur dann anordnen, wenn der Inquisit aus Halsstarrigkeit überhaupt nicht antwortete, in großem Ausmaß ungereimte Antworten von sich gab oder sich boshaft verstellte.⁵⁸⁵

Diese restriktive Handhabung der Folter durch Kaiserin Maria Theresia hatte natürlich die erfreuliche Konsequenz, dass auch die erzwungenen Geständnisse in ganz Österreich immer seltener vorkamen. Den bis dahin außergewöhnlich hohen Stellenwert des Geständnisses begann die CCTh jedoch auch mit der Hilfe anderer

⁵⁸² Eine öffentliche Anklage war nur ausnahmsweise in zwei Fällen zulässig. Erstens auf Anordnung der zuständigen Gerichtsstelle und zweitens gegen bevorrechtete Personen nach der Landesordnung; vgl. *HERBST*, Einleitung 27; *KWIATKOWSKI*, Die Constitutio Criminalis Theresiana 139; *LOHSING*, Österreichisches Strafprozeßrecht 13.

⁵⁸³ *HERBST*, Einleitung 31; *KWIATKOWSKI*, Die Constitutio Criminalis Theresiana 15 u 136f; *LOHSING*, Österreichisches Strafprozeßrecht 14; *ROEDER*, Lehrbuch 5f.

⁵⁸⁴ *HERBST*, Einleitung 40.

⁵⁸⁵ *GRIESEBNER*, Konkurrierende Wahrheiten 63 u 74; *KWIATKOWSKI*, Die Constitutio Criminalis Theresiana 139.

Vorschriften zu wandeln. Zwar konnte ein Beschuldigter nach wie vor nicht allein aufgrund von Indizien zum Tod oder einer dem Tod entsprechenden Strafe verurteilt werden. Allerdings lag es nun bei geringeren Verbrechen im Ermessen der Gerichte, ob die Indizien für eine Verurteilung zur ordentlichen Strafe langten oder nicht. Das unbedingte Hinarbeiten auf ein Geständnis, wenn nicht die Aussagen von zwei einwandfreien Zeugen oder geständigen Komplizen vorlagen, war nun nicht mehr nötig und auch das freiwillige Geständnis verlor dadurch an Gewicht. Außerdem konnte der Beweis gleichermaßen durch eine Urkunde, die ein außergerichtliches Geständnis enthielt, erbracht werden, sofern es nicht um die Verhängung der Todesstrafe ging.⁵⁸⁶ Diese Regelungen brachten den Thron, auf dem es sich das strafgerichtliche Geständnis als Königin der Beweismittel lange Zeit bequem gemacht hatte, erheblich zum Wanken.

2.1.2. In der Allgemeinen Kriminalgerichtsordnung von 1788

Doch noch konnte sich das Geständnis auf dem Königsstuhl halten. Daran änderte auch nichts die Abschaffung der Folter, die Kaiserin Maria Theresia 1776 unter dem Einfluss ihres Sohnes und weiterer bedeutender Männer, wie zum Beispiel Sonnenfels, der sich schon 1767 gegen die Tortur ausgesprochen hatte, ohne jede Einschränkung vornahm. Österreich beseitigte damit nach Preußen (1740) als zweiter europäischer Staat dieses grausame, unmenschliche und erniedrigende Wahrheitserforschungsmittel.⁵⁸⁷

Das Geständnis verlor dadurch seine Vormachtstellung allerdings noch nicht. Im Gegenteil, die Lücke im Beweisverfahren schloss Kaiser Joseph II. 1788 in seiner Kriminalgerichtsordnung, dem ersten reinen Strafprozessgesetz in Österreich, mit der Einführung von Ungehorsams- und Lügenstrafen. Ihr Zweck war nicht mehr wie bei der Folter die Erzwingung einer sich selbst belastenden Aussage, sondern die Ahndung einer während des Verfahrens gesetzten strafbaren Handlung, wie zum Beispiel ein unanständiges oder beleidigendes Verhalten. Allerdings waren Ungehorsamsstrafen auch dann zulässig, wenn der Beschuldigte seiner Antwortpflicht nicht nachkam, eine Sinnesverwirrung vortäuschte oder es bevorzugte, Lügen zu erzählen. Einfaches Leugnen dagegen war straffrei, führte aber

⁵⁸⁶ HERBST, Einleitung 41.

⁵⁸⁷ HERBST, Einleitung 41f; LIEBL, Altertümer österreichischer Strafrechtspflege 37f; LOHSING, Österreichisches Strafprozeßrecht 15.

in der Praxis wegen der diffizilen Grenzziehung zwischen Leugnen und Lügen vermutlich auch oft zur Bestrafung.⁵⁸⁸

Die Ungehorsamsstrafen stellten demnach ebenso Zwangsmittel zur Erforschung der Wahrheit dar und kamen stellvertretend für die aufgehobene Folter zum Einsatz. Da sie jedoch nicht wie die Folter nur auf mit Todesstrafe bedrohte Delikte Anwendung fanden, sondern mit ihrer Hilfe auch bei geringeren Verbrechen der Beschuldigte zu einer Aussage bewegt werden durfte, festigten sie die Vormachtstellung des Geständnisses. Das Streben des Untersuchungsrichters nach einem Bekenntnis des Inquisiten zementierte Joseph II. weiters dadurch ein, dass er anders als Kaiserin Maria Theresia eine Verurteilung aufgrund der Aussagen von Mitschuldigen nicht mehr zuließ und auch im Falle der Überführung durch Indizien die ordentliche Strafe ausschloss.⁵⁸⁹

2.1.3. Im Strafgesetzbuch von 1803 und in der Strafprozessordnung von 1853

Die von Kaiser Joseph II. eingeführten Ungehorsams- und Lügenstrafen, welche die Erzwingung eines Geständnisses in wesentlich weiterem Ausmaß als in der Endphase der Folterzeit ermöglichten, gingen auch in das Strafgesetzbuch von 1803 über, das jedoch einige Fortschritte zu verzeichnen hatte. So war zum Beispiel die Überweisung durch Komplizen und Indizien wieder erlaubt. Darüber hinaus wurde die positive Beweistheorie in eine negative umgewandelt. Die Bindung des Richters an starre Beweisregeln wurde zugunsten einer freien Beweiswürdigung, die allerdings durch ein gesetzlich festgelegtes Beweisminimum beschränkt wurde, aufgegeben.⁵⁹⁰ ENDEMANN sprach diesbezüglich auch von einer „*halben Gesetzlichkeit der Wahrheitsbegründung*“⁵⁹¹.

Gem § 399 StGB 1803 musste neben der Überzeugung des Richters das Geständnis einige Eigenschaften aufweisen, um als rechtlicher Beweis der Schuld gelten zu können. Für eine Verurteilung war es nur ausreichend, wenn es der Beschuldigte im Verhör vor dem Strafgericht ablegte oder bestätigte. Des Weiteren musste sich der Geständige in einem Zustand befinden, in dem er seiner Sinne

⁵⁸⁸ HERBST, Einleitung 43 u 120; LOHSING, Österreichisches Strafprozeßrecht 16; ROEDER, Lehrbuch 6 FN 1.

⁵⁸⁹ HERBST, Einleitung 44.

⁵⁹⁰ HERBST, Einleitung 44 FN * [sic] u 120f; LOHSING, Österreichisches Strafprozeßrecht 16f; RULF, Kommentar zur Strafprozessordnung 58f.

⁵⁹¹ DEPPENKEMPER, Beweiswürdigung 196 FN 1250; ENDEMANN, Beweislehre 639f.

vollkommen mächtig war. Die Besinnung wurde nicht nur durch Geisteskrankheiten, Berausung oder schwere körperliche Krankheiten als gestört angesehen, sondern auch aufgrund einer gem § 365 StGB 1803 erfolgten körperlichen Züchtigung. Ein gleich nach einer solchen Züchtigung abgelegtes Geständnis wurde als ein erzwungenes und nach § 401 StGB 1803 ungültiges Bekenntnis gewertet. *KITKA*⁵⁹² wies deshalb ausdrücklich darauf hin, dass in einem solchen Fall das Verhör erst nach einer längeren Erholungspause fortzusetzen sei, weil ein Inquisit während der Züchtigung regelmäßig davon überzeugt sei, wegen des Leugnens und nicht wegen seines Ungehorsams bestraft zu werden.⁵⁹³

Darüber hinaus musste das Geständnis klar und bestimmt sein und auf eigener Erzählung des Beschuldigten beruhen. Notwendig war also eine verständliche Äußerung, die nicht nur allgemein gehalten sein sollte, sondern auch alle Nebenumstände der Tat zum Inhalt haben musste, an denen die Glaubwürdigkeit des Geständnisses überprüft werden konnte. Stellte sich das Geständnis als bloße Bejahung von die Tat vorhaltenden Fragen dar, begründete es keinen Beweis der Schuld. Beruhten dagegen nur wenige Antworten auf suggestiven Fragen, tat dies seiner Beweiskraft keinen Abbruch.⁵⁹⁴ Als letzte Voraussetzung verlangte das Strafgesetzbuch von 1803 in § 399 lit e die Übereinstimmung des Eingeräumten mit den über die Umstände des Verbrechens eingeholten Erfahrungen.⁵⁹⁵

Dieses Erfordernis kannte bereits die Halsgerichtsordnung Ferdinands III. von 1656 sowohl hinsichtlich des freiwillig als auch des durch Zwang abgelegten Geständnisses, während in der Carolina der Nachweis des *corpus delicti* nur für die Glaubwürdigkeit des erfolgten Bekenntnisses eine Rolle gespielt hatte.⁵⁹⁶

In der Literatur erhob sich nun die Frage, inwieweit der objektive Tatbestand eines Delikts erhoben werden muss, wenn ein volles Geständnis des Verbrechens vorliegt. *PÜTTLINGEN*⁵⁹⁷ erörterte dieses Thema 1828 anhand eines Falles, in dem eine Mutter gestand, das Verbrechen des Kindesmordes verübt zu haben. Nachgewiesen werden konnte nur, dass die Frau schwanger war, geboren hatte und das Kind verschwunden war. Dass das Kind lebend geboren wurde, konnte nicht erhoben werden. Auch der Leichnam des Kindes wurde nicht gefunden.

⁵⁹² *KITKA*, Beweislehre 53.

⁵⁹³ *KITKA*, Beweislehre 46ff; *PÜTTLINGEN*, Criminalrechtsfall, ZöRPG 1828, 195 (211).

⁵⁹⁴ *KITKA*, Beweislehre 56ff.

⁵⁹⁵ *KITKA*, Beweislehre 64; *PÜTTLINGEN*, Criminalrechtsfall, ZöRPG 1828, 195 (211).

⁵⁹⁶ Vgl oben 117.

⁵⁹⁷ *PÜTTLINGEN*, Criminalrechtsfall, ZöRPG 1828, 195 (214).

PÜTTLINGEN kam zu dem Schluss, dass es zur Verurteilung ausreiche, wenn neben dem Geständnis nicht der volle äußere Tatbestand, sondern nur einige mittelbare Umstände, die für die Verwirklichung des Delikts sprechen, bewiesen werden können. Zum einen begründete er seine Ansicht damit, dass § 399 StGB 1803 mit „Umstände(n) des Verbrechens“ nicht nur solche meint, die sich unmittelbar auf die Tat beziehen, sondern auch lediglich mittelbare Umstände erfassen muss, wie eben im Fall des Kindesmordes die Schwangerschaft und das Gebären der beschuldigten Frau, weil sonst viele Verbrechen straflos bleiben würden. Zum anderen ergebe sich aus § 400 StGB 1803, dass diese Formulierung nicht auf die Erhebung aller Umstände abziele. Denn diese Vorschrift hielt fest, dass das Geständnis nur dann einen rechtlichen Beweis bildet, wenn daneben zumindest noch eine weitere Spur des Verbrechens gesichert werden konnte und nichts erhoben wurde, das die Wahrheit des Gestandenen zweifelhaft erscheinen lässt.⁵⁹⁸

Dieselbe Meinung vertrat KITKA, der als zusätzliches Argument gegen die Annahme der Notwendigkeit eines vollständig erwiesenen Tatbildes das Fehlen des Zahlwortes „alle“ in der Phrase des § 399 StGB 1803 „mit d e n [anstatt mit a l l e n] eingeholten Erfahrungen übereinstimme“ vorbrachte.⁵⁹⁹

Differenziert betrachteten die beiden Autoren allerdings die Frage, ob die in den §§ 399, 400 StGB 1803 angeordnete Tatbestandserhebung auch bei spurlosen Verbrechen Anwendung finden sollte oder in diesen Fällen ein Geständnis allein einen rechtlichen Beweis erbringen konnte. Spurlose Verbrechen sind im Gegensatz zu den spurlassenden solche, die keine wahrnehmbaren bleibenden Veränderungen, so genannte *corpora delicti*, in der Sinneswelt hinterlassen. PÜTTLINGEN folgte der 1807 geäußerten Ansicht von ZEILLER⁶⁰⁰ und ließ bei spurlosen Verbrechen, wie der mündlichen Verleumdung oder der Gotteslästerung, das Geständnis allein, sofern es der Richter ansonsten als glaubwürdig einstuft, zur Verurteilung genügen. Im Widerspruch dazu nahm KITKA in einem solchen Fall zum Schutze des geständigen Beschuldigten lieber die Straflosigkeit in Kauf als das Risiko einzugehen, einen Unschuldigen zu bestrafen.⁶⁰¹

⁵⁹⁸ PÜTTLINGEN, Criminalrechtsfall, ZöRPG 1828, 195 (212ff).

⁵⁹⁹ KITKA, Beweislehre 64f u 68 FN 2. Die Allgemeine Kriminalgerichtsordnung von 1788 verlangte dagegen in § 116 noch ausdrücklich die Übereinstimmung mit allen äußeren Umständen der Tat, online unter: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Kriminalgerichtsordnung1788.pdf> (10.1.2012).

⁶⁰⁰ ZEILLER, Jährlicher Beitrag 137f.

⁶⁰¹ KITKA, Beweislehre 69 FN 1 u 80ff; PÜTTLINGEN, Criminalrechtsfall, ZöRPG 1828, 195 (206f u 209 FN 1).

Durchgesetzt hat sich die Meinung von *KITKA*, denn sie wurde auch von mehreren Kommentatoren der Strafprozessordnung von 1853 verfochten, die der ersten nach französischem Vorbild reformierten Strafprozessordnung in Österreich nachfolgte und wieder zum, durch die Beibehaltung der mündlichen Schlussverhandlung und der Staatsanwaltschaft jedoch etwas gemilderten, inquisitorischen Verfahren von 1803 zurückkehrte.⁶⁰² So genügte auch nach der Anschauung von *RULF*⁶⁰³ das bloße Geständnis keinesfalls zum Beweis einer strafbaren Handlung, in deren Natur es liegt, keine Spuren zu hinterlassen. Desgleichen erachtete *FRÜHWALD*⁶⁰⁴ das Geständnis auch eines spurlosen Verbrechens, das vor allem durch eine Unterlassungshandlung begangen werde, nur dann als beweiskräftig, wenn wenigstens bewiesen werden konnte, dass das nicht gehinderte Delikt tatsächlich verübt wurde und der Geständige die Möglichkeit hatte, es zu verhindern.

Resümierend präsentierte sich das Geständnis wie bereits in der CCC auch in den auf ihr fußenden österreichischen Partikulargesetzen grundsätzlich als materielles Beweismittel, weil es einer Glaubwürdigkeitsprüfung durch den Richter unterzogen werden musste. Da jedoch der gänzlich freien richterlichen Würdigung noch wenig Vertrauen entgegengebracht wurde und der Geständige vor der Willkür des Gerichts geschützt werden sollte, wurden ihr Grenzen gesetzt. Bereits die Landgerichtsordnung von Ferdinand III. von 1656 weitete das Erfordernis der Übereinstimmung des Zugestandenen mit den nachgewiesenen objektiven Tatbestandsmerkmalen auch auf das zwanglose Geständnis aus.⁶⁰⁵ Das Strafgesetzbuch von 1803 sowie die Strafprozessordnung von 1853 beschränkten die freie Wertung des Geständnisses weiter, indem zahlreiche neue formale Kriterien

⁶⁰² *HOKE*, Rechtsgeschichte 437; *LOHSING*, Österreichisches Strafprozeßrecht 17; *OLECHOWSKI*, Zur Entstehung des österreichischen Strafgesetzes 1852, in *FS OGRIS* 339; *ROEDER*, Lehrbuch 7.

⁶⁰³ *RULF*, Kommentar zur Strafprozeßordnung 73.

⁶⁰⁴ *FRÜHWALD*, Handbuch 352.

⁶⁰⁵ *BRUNNENMEISTER* und *HALL* waren entgegen der herrschenden Ansicht der Meinung, dass bereits nach der Carolina nicht nur im Falle eines erzwungenen, sondern auch bei Vorliegen eines freiwilligen Geständnisses, die Tat objektiv nachzuweisen war und damit die Überprüfung des Geständnisses lediglich auf seine innere Glaubwürdigkeit nicht ausreichte. Nach *BRUNNENMEISTER* habe Schwarzenberg die Erinnerung an das Erfordernis des Feststehens des objektiven Tatbestandes beim freiwilligen Geständnis für unnötig empfunden. Im Gegensatz dazu verstand *HALL* den letzten Satz des Art 6 der Carolina nicht nur als prozessuale Voraussetzung für die Anwendung der Folter, sondern als allgemeine Anweisung. Die in Art 6 CCC geforderte Gewissheit der Tat war nach *HALL* demnach die prozessuale Voraussetzung für die Einleitung der Inquisition gegen eine bestimmte Person; vgl. *BRUNNENMEISTER*, Die Quellen der Bambergensis 222 u. 235; *HALL*, Die Lehre vom corpus delicti 42; *WESTHOFF*, Über die Grundlagen 85.

festgelegt wurden, wobei die Kongruenz von Geständnis und *corpora delicti* als „sicherster Prüfstein“⁶⁰⁶ für die Glaubwürdigkeit des Geständnisses galt. Ohne Vorliegen aller geforderten Eigenschaften durfte ein Geständiger, unabhängig davon, ob es sich um ein spurlassendes oder spurloses Verbrechen handelte, selbst bei voller Überzeugung des Richters von der Wahrheit seiner Aussage, nicht bestraft werden.⁶⁰⁷ Das volle Maß an Freiheit bezüglich der Würdigung des Geständnisses wurde dem Gericht im inquisitorischen Strafverfahren Österreichs demnach noch nicht zugestanden.

2.2. Im reformierten Strafprozess

2.2.1. Von der Strafprozessordnung 1850 zur Strafprozessordnung 1873

Die Französische Revolution führte als Ausgangspunkt des politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wandels im Europa des 19. Jahrhunderts auch im Strafverfahren zu erheblichen Umwälzungen, die sich im *Code d'instruction criminelle* von 1808 niederschlugen. In Frankreich wurde der Inquisitionsprozess durch ein modernes Anklageverfahren ersetzt, in dem die Rolle des Anklägers getrennt von der des Richters war, und in dem die Prinzipien der Öffentlichkeit, der Mündlichkeit, der Unmittelbarkeit, der Laienbeteiligung sowie der Unabhängigkeit der Richter vorherrschten.⁶⁰⁸

Die Revolution von 1848 brachte auch in Österreich eine liberale Bewegung hervor, die die Abschaffung des überholten Inquisitionsverfahrens und die Rezeption des französischen Strafverfahrens forderte. Der erste Schritt zu einem reformierten Prozess wurde am 18. Mai 1848 mit der Einführung der Geschworenengerichte bei Preßdelikten, die durch den Inhalt von Druckschriften begangen wurden, gesetzt. Von herausragender Bedeutung war die EntschlieÙung des Kaisers vom 22. Mai 1848, mit der die Lügen- und Ungehorsamsstrafen nach sechzigjähriger Anwendung endlich beseitigt wurden. Die Revolutionsverfassung vom 4. März 1849 proklamierte erstmals die von Montesquieu geforderte Trennung von Justiz und Verwaltung. Des Weiteren verkündete sie die Ausübung des Richteramts durch unabhängige Organe sowie die Grundsätze der Öffentlichkeit und der Mündlichkeit des Verfahrens. Auf

⁶⁰⁶ RULF, Kommentar zur Strafprozeßordnung 73.

⁶⁰⁷ Ein Freispruch war jedoch trotz Erfüllung sämtlicher Glaubwürdigkeitskriterien erlaubt; vgl. RULF, Kommentar zur Strafprozeßordnung 58.

⁶⁰⁸ RICHTER, Strafprozeß I 3; ROEDER, Lehrbuch 6.

der Grundlage der Märzverfassung und nach französischem Vorbild verfasste Josef von Würth die Strafprozessordnung von 1850⁶⁰⁹. Die Geschworenengerichte fanden nun auch Anwendung bei allen schweren Verbrechen und bei den meisten politischen Delikten. Die Staatsanwaltschaft wurde als Anklagebehörde geschaffen und die freie Beweiswürdigung trat an die Stelle der gesetzlichen Beweistheorie. Doch die Phase des Abgehens vom Inquisitionsprozess währte nicht lange, denn nach der aufgrund der Reaktion erfolgten Aufhebung der Märzverfassung und der Abschaffung der Geschworenengerichte kehrte schon 1853⁶¹⁰ die von Hye von Glunek verfasste Strafprozessordnung wieder zum Inquisitionsprinzip zurück.⁶¹¹

Erst im Zuge der Beseitigung der absoluten Monarchie wurden wieder Forderungen nach einem reformierten Strafprozess laut. Im Jahr 1861 beauftragte Justizminister Pratobevera den Strafrechtsprofessor Julius Glaser mit der Ausarbeitung von Reformvorschlägen für eine neue Strafprozessordnung. Nach mehreren Entwürfen, die die Errungenschaften der StPO von 1850 beibehielten, gelang es Glaser, der 1871 zum Justizminister berufen worden war, den zehnten Entwurf durchzusetzen. Die Strafprozessordnung vom 23. Mai 1873⁶¹² führte wieder das Anklageverfahren ein und beseitigte damit endgültig den Inquisitionsprozess.⁶¹³

Im Jahr 1876 schrieb GLASER in seinem Handbuch folgenden Satz:

*„Der accusatorische und der inquisitorische Prozess können in ihrer vollen Reinheit nicht verwirklicht werden.“*⁶¹⁴

Nach dem Verständnis von GLASER kann nämlich von einem reinen Anklageverfahren nur gesprochen werden, wenn die Ermittlungstätigkeit nicht zu den richterlichen Aufgaben zählt, die Stoffsammlung also vielmehr allein den Parteien obliegt. Da jedoch nach der neuen österreichischen Strafprozessordnung im Vorverfahren zwar die Anklagefunktion der Staatsanwaltschaft übertragen wurde, es jedoch ansonsten bei der richterlichen Untersuchung blieb, und der Richter auch im Hauptverfahren Beweise von Amts wegen erheben konnte, also inquirierte, ging GLASER nicht von der Umsetzung eines rein akkusatorischen Strafverfahrens

⁶⁰⁹ RGBI 1850/236.

⁶¹⁰ RGBI 1853/151; vgl. oben 124.

⁶¹¹ LOHSING, Österreichisches Strafprozeßrecht 17; RICHTER, Strafprozeß I 3; ROEDER, Lehrbuch 6f.

⁶¹² RGBI 1873/119.

⁶¹³ LOHSING, Österreichisches Strafprozeßrecht 18f; RICHTER, Strafprozeß I 3; ROEDER, Lehrbuch 7.

⁶¹⁴ GLASER, Handbuch 26 FN 7.

aus.⁶¹⁵ Allerdings sah man in der Literatur das Anklageprinzip, verstanden als strikte Trennung der anklagenden von der aburteilenden Institution, in der StPO 1873 zum ersten Mal als vollständig verwirklicht an. Denn nach der StPO 1850 war zwar ebenfalls grundsätzlich die Staatsanwaltschaft für die Einleitung des Strafverfahrens zuständig, aber daneben konnte auch das Gericht die Voruntersuchung ohne Antrag des öffentlichen Anklägers in Gang setzen. Des Weiteren durfte das Gericht die Voruntersuchung auf Taten erweitern, die nicht vom Einleitungsantrag erfasst waren, und es entschied über die Einstellung, wenn der Staatsanwalt und der Untersuchungsrichter sich diesbezüglich nicht einigen konnten. Daneben entschied nicht der Ankläger, sondern das Gericht mittels Verweisungserkenntnisses über die Versetzung in den Anklagestand. Im Gegensatz dazu normierte die StPO 1873 die Einleitung des Strafverfahrens nur auf Antrag des Anklägers, der jederzeit, bis sich das Gericht zur Beratung zurückzog (Immutabilitätsprinzip), frei, also ohne Zustimmung des Gerichts, über den Verfolgungsanspruch disponieren konnte.⁶¹⁶

Umgekehrt hielt die StPO 1873 auch nicht an den Bestimmungen der StPO 1850 fest, nach denen das Gericht nur mit Zustimmung des Anklägers wegen eines schwereren als im Verweisungserkenntnis angenommenen Delikts eine Verurteilung aussprechen durfte und die Verhängung einer höheren als die vom Staatsanwalt beantragte Strafe unzulässig war. In § 255 Abs 1 StPO 1873 wurde sogar das Verbot aufgenommen, eine ziffernmäßig bestimmte Strafe zu beantragen.⁶¹⁷

Die Strafprozessordnung von 1873 setzte nicht nur das Anklageprinzip durch, sondern konnte entsprechend den liberalen Forderungen der Revolution von 1848 alle Prozessgrundsätze eines modernen aufgeklärten Strafverfahrens dauerhaft umsetzen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die geltende Strafprozessordnung vom 9. Dezember 1975⁶¹⁸ die dritte Wiederverlautbarung dieser reformierten Strafverfahrensordnung darstellt, die allerdings seit ihrem Inkrafttreten 1873 durch zahlreiche Novellen und Nebengesetze fortgebildet wurde.⁶¹⁹

Welche Bedeutung dem Geständnis in der StPO 1873 beigemessen wurde und welche Änderungen die relevanten Regelungen im geltenden Strafprozessrecht, vor

⁶¹⁵ GLASER, Handbuch 27f; NOWAKOWSKI in LIEBSCHER, Hundert Jahre österreichische Strafprozeßordnung 153f.

⁶¹⁶ NOWAKOWSKI in LIEBSCHER, Hundert Jahre österreichische Strafprozeßordnung 151ff.

⁶¹⁷ NOWAKOWSKI in LIEBSCHER, Hundert Jahre österreichische Strafprozeßordnung 158f.

⁶¹⁸ BGBl 1975/631 (WV).

⁶¹⁹ RICHTER, Strafprozeß I 3; ROEDER, Lehrbuch 7 FN 2.

allem durch das Strafprozessreformgesetz 2004⁶²⁰, erfahren haben, soll nun im Folgenden untersucht werden.

2.2.2. Das Geständnis als Beweismittel

Im Spannungsfeld zwischen dem Ziel der Strafrechtspflege, die staatliche Strafgewalt bestmöglich zu realisieren, und dem gleichzeitig vorhandenen Interesse des Staates, die Absicherung des Staatsbürgers vor damit verbundenen Übergriffen zu gewährleisten, räumte die StPO 1873 letzterem den Vorrang ein. Aus diesem Grund wurden das Anklageprinzip, die Oficialmaxime, der Legalitätsgrundsatz, das Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit, die Laienbeteiligung, die Unabhängigkeit der richterlichen Organe und deren freie Beweiswürdigung sowie die Verfahrensgrundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit zum Bestandteil des österreichischen Strafverfahrens. Die Verankerung dieser Absicherungen führte zu einem Wandel der prozessualen Stellung des Beschuldigten. Dieser war nicht mehr wie im Inquisitionsverfahren lediglich Mittel zum Zweck der Erforschung der Wahrheit, sondern wurde endlich zum Prozesssubjekt, das ebenso wie der öffentliche Ankläger in jedem Prozessstadium als Partei des Strafverfahrens auftrat. Die Subjektstellung des Beschuldigten hat zur Folge, dass der Beschuldigte im Anklageprozess im Gegensatz zum inquisitorischen Strafverfahren keiner Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage mehr unterliegt. Er ist also davon befreit, an der Tataufklärung und an seiner eigenen Überführung mitwirken zu müssen.⁶²¹

Trotzdem statuierte der Gesetzgeber von 1873 in § 199 Abs 1 StPO aF die Vorschrift, dass der Beschuldigte vor der Vernehmung zur wahrheitsgemäßen Beantwortung der an ihn gerichteten Fragen ermahnt werden muss. Der Grund für die Aufnahme der Wahrheitserinnerung lag im Grundsatz der materiellen Wahrheit und der herrschenden Auffassung, der Beschuldigte habe zwar keine rechtliche, aber immerhin sittliche Pflicht, der Wahrheit entsprechend auszusagen, wenn er sich dafür entscheide, sein Aussageverweigerungsrecht nicht in Anspruch zu nehmen. Problematisch war allerdings der Mangel einer ausdrücklich⁶²² normierten Pflicht des

⁶²⁰ BGBl 2004/19.

⁶²¹ SCHUPPICH in LIEBSCHER, Hundert Jahre österreichische Strafprozeßordnung 198f; SEILER, Die Stellung des Beschuldigten 25 u 53.

⁶²² Die in § 3 StPO aF enthaltene Pflicht, den Beschuldigten auch dort, wo es nicht explizit im Gesetz festgehalten wird, über seine Rechte zu belehren, wurde hinsichtlich der Selbstbelastungsfreiheit

Vernehmenden, den Beschuldigten auf sein Schweigerecht hinzuweisen, sowie die Tatsache, dass § 199 Abs 1 StPO aF vor allem für Rechtsunkundige den Anschein einer rechtlichen Pflicht zur wahrhaftigen Antwort erweckte.⁶²³

Zwar wurde durch die im Zuge der StPÄG 1993⁶²⁴ hinzugefügten §§ 178, 179 StPO aF eine solche Belehrungspflicht bei der Einvernahme von Festgenommenen und bei Gericht Eingelieferten eingeführt, in allen anderen Fällen blieb der Beschuldigte aber nach wie vor unaufgeklärt.⁶²⁵

Erst durch das StPRG 2004 wurde den Anforderungen eines „fairen Verfahrens“ im Sinne von Art 6 EMRK entsprochen, indem der Gesetzgeber in § 164 Abs 1 StPO gF eine umfassende Belehrungspflicht normierte. In der geltenden Strafprozessordnung muss der Beschuldigte vor Beginn der Vernehmung über seine wesentlichen Rechte informiert werden. Er ist vor allem über sein Recht zu unterrichten, seine Aussage verweigern zu dürfen. Eine Ermahnungspflicht zur Wahrheit ist dagegen nicht mehr im Gesetz vorhanden, weil der Beschuldigte straflos die Unwahrheit sagen darf, soweit er nicht in die strafrechtlich geschützte Sphäre einer anderen Person eingreift.⁶²⁶

Nach der Rechtsprechung des OGH⁶²⁷ unterliegt das Schweigen des Vernommenen der freien Beweiswürdigung des Gerichts und kann als Eingeständnis der Schuld gewertet werden. *SEILER*⁶²⁸ kritisiert diese Judikatur zu Recht, denn dadurch wird der Beschuldigte indirekt gezwungen sich zu äußern, um zu verhindern, dass aus seinem Schweigen nachteilige Schlüsse gezogen werden. Das aus dem Grundsatz „*nemo tenetur se ipsum accusare*“⁶²⁹ abgeleitete Recht zur Aussageverweigerung wird dabei jedoch unterlaufen.

von den Strafverfolgungsorganen einfach ignoriert; vgl *MATHIS*, Schweigerecht, AnwBl 1986, 274 (276).

⁶²³ *SEILER*, Die Belehrung des Beschuldigten, ÖJZ 1993/8, 257 (257ff); *KIRCHBACHER*, WK-StPO § 199 RZ 3.

⁶²⁴ BGBl 1993/526.

⁶²⁵ *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten 64.

⁶²⁶ *FABRIZY*, StPO § 164 RZ 1f.

⁶²⁷ Os IV 312/24 SSt 4/96; 9 Os 98/85 SSt 56/82; 15 Os 18/06t SSt 2006/33; vgl auch *FABRIZY*, StPO § 258 RZ 5c; *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten 81 FN 218.

⁶²⁸ *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten 81.

⁶²⁹ Der *nemo-tenetur*-Grundsatz wird vom VfGH aus dem Anklageprinzip gem Art 90 Abs 2 B-VG abgeleitet; vgl *SCHMOLLER*, Erzwungene selbstbelastende Aussagen, JBl 1992, 69 (70f).

2.2.2.1. Die Verwertung des im Vorverfahren abgelegten freiwilligen Geständnisses

Gem dem in § 258 Abs 1⁶³⁰ statuierten Unmittelbarkeitsgrundsatz können Ergebnisse des Vorverfahrens nur dann als Beweismittel verwertet werden, wenn sie im Zuge der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung verlesen werden. Die Verlesungsvorschrift des § 245 Abs 1 letzter Satz ist jedoch sehr allgemein gehalten, so dass es seit der Geltung dieser Bestimmung unklar war, ob nur die frühere Aussage des Beschuldigten vor dem Untersuchungsrichter oder auch diejenige vor den Organen der Sicherheitsbehörden im Falle eines Abweichens bzw einer Aussageverweigerung in der Hauptverhandlung ganz oder teilweise verlesen werden darf. *FABRIZY* wies nach, dass der Gesetzgeber von 1873 die Beweisverwertung von Vernehmungsprotokollen der Sicherheitsbehörden nicht anders als die von gerichtlichen Niederschriften regeln wollte. Denn im Gegensatz zu *GLASER* und früheren Gesetzesentwürfen, die die Benutzung einer vor der Polizei abgelegten Aussage als Beweismittel nicht gestatten wollten, ließ der historische Gesetzgeber die Verwertung einer solchen Aussage in den Ausnahmefällen gem § 252 Abs 1 StPO aF zu.⁶³¹

Nach der Konzeption des historischen Gesetzgebers, der dem Polizeiapparat aufgrund seiner Entstehung im absolutistischen Staat des 17. und 18. Jahrhunderts mit Argwohn gegenüberstand, durften die Sicherheitsbehörden gem § 24 StPO aF nur bei Gefahr im Verzug vorbereitende Anordnungen zur Beweissicherung treffen. Eine Beweisaufnahme durch die Polizei war nach dem Wortlaut des Gesetzes lediglich im Auftrag des Staatsanwaltes bzw des Untersuchungsrichters zulässig. In der Praxis stand jedoch schon bald die eigenständige Ermittlungstätigkeit der Polizei am Anfang jedes Strafverfahrens. Die Nachforschungen des Untersuchungsrichters wurden immer mehr von den polizeilichen Vorerhebungen verdrängt. Die tatsächliche Wahrheitsfindung erfolgte daher nicht mehr wie nach dem Willen des historischen Gesetzgebers in der Voruntersuchung und vor allem in der Hauptverhandlung, sondern bereits im Vorfeld des eigentlichen Strafverfahrens durch die Organe der Sicherheitsbehörden, weshalb sich die Rechtsprechung für die generelle Verwertung von polizeilichen Vernehmungsprotokollen ausgesprochen

⁶³⁰ Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO in der geltenden Fassung.

⁶³¹ *FABRIZY*, Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, RZ 1990, 134 (134ff).

hat.⁶³² Der OGH⁶³³ befand nämlich im Jahr 1925, die Aktenstücke der Polizei über Vernehmungen nicht zu den Protokollen im Sinne von § 252 Abs 1 StPO aF, sondern zu den Schriftstücken gem Abs 2 zu zählen, die in der Hauptverhandlung verlesen werden müssen, sofern nicht beide Parteien darauf verzichten.⁶³⁴

Nach der höchstrichterlichen Judikatur mussten daher Geständnisse, die vor der Kriminalpolizei abgelegt und schriftlich festgehalten wurden, in der Hauptverhandlung verlesen und gegebenenfalls dem Urteil zugrunde gelegt werden.

Dieser Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zugunsten der materiellen Wahrheitserforschung wurde in der Literatur auch zugestimmt.⁶³⁵ So äußerte sich zum Beispiel *STEININGER*⁶³⁶ 1992 zum Reformkonzept des strafprozessualen Vorverfahrens dahingehend, dass auch zukünftig alle Ergebnisse des Vorverfahrens als entlastende bzw belastende Beweise in die Hauptverhandlung einfließen sollten. Ferner führte er an, dass selbst die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dem nicht entgegenstehe, da aus ihr kein generelles Verlesungs- und Verwertungsverbot von Aussagen im Vorverfahren abgeleitet werden könne.

Ebenso befürwortete *KODEK*⁶³⁷ die Vorgehensweise des OGH, denn auch er plädierte für die Beibehaltung der Verlesung von sicherheitsbehördlichen Schriftstücken, die im reformierten Vorverfahren aufgenommen werden. Denn die Verpflichtung zur Erforschung der materiellen Wahrheit sei dem Unmittelbarkeitsgrundsatz teleologisch vorgelagert, weshalb dieser auch nie zu einem Verwertungsverbot führen dürfe.

Das StPÄG 1993 unterstrich jedoch wieder den Vorrang des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und ordnete, der Absicht des historischen Gesetzgebers entsprechend, die Gleichstellung von gerichtlichen und sicherheitsbehördlichen Protokollen an. Sowohl § 245 Abs 1 letzter Satz, also auch § 252 Abs 1 umfassen

⁶³² *EDER-RIEDER*, Die amtswegige Wahrheitsforschung, ÖJZ 1984/24, 645 (645f); *FABRIZY*, Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, RZ 1990, 134 (135f).

⁶³³ Os 219/25 SSt 5/66; vgl auch *EDER-RIEDER*, Die amtswegige Wahrheitsforschung, ÖJZ 1984/24, 645 (646 FN 12); *PLATZGUMMER*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens 1989, 21.

⁶³⁴ *FABRIZY*, Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, RZ 1990, 134 (135).

⁶³⁵ Heftige Kritik erfuhr diese Rechtsansicht allerdings, weil sie zu einem schweren Wertungswiderspruch führte. Denn im Falle einer berechtigten Zeugnisenstschlagung waren untersuchungsrichterliche Protokolle gem § 252 Abs 1 Z 3 StPO unverwertbar; sicherheitsbehördliche Niederschriften über die Vernehmung eines solchen Zeugen dagegen mussten verlesen werden. Erst das StPÄG 1993 schaffte Abhilfe. Seitdem ist die Verlesung eines früheren Vernehmungsprotokolls dann zulässig, wenn der entschlagungsberechtigte Zeuge kontradiktorisch vernommen wurde; vgl EBRV 924 BlgNR 18. GP 31f; *FABRIZY*, Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, RZ 1990, 134 (135).

⁶³⁶ *STEININGER*, Die Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, RZ 1992, 134 (135 u 139f).

⁶³⁷ *KODEK*, Verwertung der Ergebnisse des Vorverfahrens, RZ 1990, 186 (187).

seit dieser Reform *alle* früheren Aussagen von Beschuldigten bzw von Zeugen und Mitbeschuldigten. Die Verwertbarkeit von Personalbeweisen, die im polizeilichen Vorverfahren aufgenommen werden, wurde also mit dieser Gesetzesänderung eingeschränkt. Des Weiteren wurde die Missachtung der Verlesungsbeschränkungen in § 252 Abs 1 und des in Abs 4 neu eingeführten Umgehungsverbotes mit Nichtigkeitssanktion bedroht.⁶³⁸

Die Verlesung eines vor der Kriminalpolizei freiwillig abgelegten Geständnisses war daher nicht mehr länger geboten. Ebenso wie das Geständnis im gerichtlichen⁶³⁹ Vorverfahren dürfen seit 1993 auch die von den Organen der Sicherheitsbehörden aufgezeichneten belastenden Aussagen lediglich in den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen in die Hauptverhandlung eingebracht und als materielles Beweismittel der freien Beweiswürdigung des Richters unterzogen werden.

2.2.2.2. Die Verwertung rechtswidrig erlangter Geständnisse

Durch den akkusatorischen Charakter des Strafverfahrens erhielt die Vernehmung des Beschuldigten eine völlig neue Ausrichtung. Im reformierten Strafprozess zielt sie nicht mehr wie das Verhör im Inquisitionsverfahren nur auf die Erlangung eines Geständnisses ab, sondern dient vielmehr dem Beschuldigten zur Wahrnehmung seiner prozessualen Rechte. Aus diesem Grund unterscheidet die österreichische Strafprozessordnung formal zwischen der Vernehmung des Beschuldigten und der Beweisaufnahme. Der primäre Zweck der Vernehmung ist im Gegensatz zum inquisitorischen Strafprozess die Wahrung von Verteidigungsrechten, nicht die Sachverhaltsaufklärung. Der Beschuldigte ist vor Beginn der Vernehmung über den gegen ihn bestehenden Tatverdacht und über sämtliche Verdachtsgründe zu unterrichten. Nur dann, wenn der Beschuldigte alle Verdachtsgründe kennt, schafft die Vernehmung die Möglichkeit zur Ausübung des rechtlichen Gehörs des Beschuldigten, indem er die Gelegenheit erhält, durch eine zusammenhängende Erzählung den Sachverhalt darzustellen und den ihm zur Last gelegten Tatvorwurf sowie die gegen ihn vorliegenden Verdachtsmomente auszuräumen. Gesteht der Angeschuldigte jedoch während der Vernehmung für die Urteilsfindung erhebliche

⁶³⁸ EBRV 924 BlgNR 18. GP 30ff.

⁶³⁹ Seit dem Strafprozessreformgesetz 2004 kommt dem Gericht im reformierten Vorverfahren in der Regel die Aufgabe zu, die Ermittlungstätigkeit der Kriminalpolizei und der Staatsanwaltschaft zu kontrollieren. Eine gerichtliche Beweisaufnahme erfolgt nur noch in den Fällen des § 104 StPOGf; vgl SEILER, Strafprozessrecht RZ 623 u 642.

Tatsachen, stellt dieses freiwillige Geständnis als Teil der Beschuldigtenaussage ein Beweismittel dar. Die Vernehmung des Beschuldigten kann daher auch zur Beweisaufnahme werden. Allerdings hielt das österreichische Strafverfahrensgesetz bis zur Reform des Vorverfahrens in § 202 StPO aF ausdrücklich fest, dass es in der Voruntersuchung zu keiner Verzögerung durch das Bemühen, ein Geständnis zu erhalten, kommen darf. Durch diesen Satz wurde deutlich zum Ausdruck gebracht, dass der Vernommene vor allem Partei ist und nur in zweiter Linie, wenn es sich mit seiner Subjektstellung vereinigen lässt, auch ein Beweismittel darstellt.⁶⁴⁰

Aufgrund der Doppelstellung des Beschuldigten als Beweisperson und als Prozesspartei, von deren Willen die Erreichung des Untersuchungszwecks der Vernehmung abhängt⁶⁴¹, sind im österreichischen Strafverfahrensrecht Vernehmungsmethoden, die zu einem unfreiwilligen Geständnis führen könnten, verboten. Zum Schutz der Willensfreiheit hat die Strafprozessordnung 1873 daher in § 202 das Verbot von Drohungen, Versprechungen, Vorspiegelungen⁶⁴² oder Zwangsmitteln aufgestellt. Hervorzuheben ist, dass diese Vernehmungsmethoden bereits im Strafgesetzbuch von 1803 verboten waren, obwohl der Beschuldigte damals noch einer Antwortpflicht unterlag, die auch mit Ungehorsamsstrafen durchgesetzt wurde. War der Beschuldigte zu einer Aussage bereit, leugnete er aber den Tatvorwurf, durfte gem § 368 StGB 1803 zur Erzwingung eines Geständnisses *„niemals eine Vorspiegelung, eine Verheißung, noch irgend eine Bedrohung oder was immer für eine Thätigkeit“*⁶⁴³ gegen den Beschuldigten angewendet werden.

Darüber hinaus waren auch die in § 200 Abs 1 StPO 1873 untersagten unbestimmten, dunklen, mehrdeutigen oder verfänglichen Fragen bereits in der StPO von 1850 verpönt. Die Unzulässigkeit solcher Fragestellungen wurde sogar in der inquisitorischen Strafprozessordnung von 1853 festgehalten. Während nach der StPO von 1850 Suggestivfragen m ö g l i c h s t, nach der StPO von 1853⁶⁴⁴ sogar g ä n z l i c h zu vermeiden waren, erlaubte der Gesetzgeber von 1873 die Stellung

⁶⁴⁰ GLEISPACH, Das deutschösterreichische Strafverfahren 238; PLATZGUMMER, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens 1997, 101; SCHWAIGHOFER, Die neue Strafprozessordnung 134; SEILER, Die Stellung des Beschuldigten 55; SUESS, Die Stellung der Parteien 120f; WÜRTH, Die österreichische Strafprozessordnung 307f.

⁶⁴¹ ULLMANN, Das österreichische Strafprozessrecht 454.

⁶⁴² Während BERTEL noch 1984 die Vortäuschung, Mitbeschuldigte hätten schon gestanden, als erlaubt ansah, betrachtete er diesen Trick später als unzulässig; vgl BERTEL, Grundriß RZ 336; BERTEL/VENIER, Grundriß RZ 314.

⁶⁴³ MAYER, Entstehungsgeschichte 617. Ein Geständnis, das einer körperlichen Züchtigung folgte, war sogar unverwertbar; vgl oben 122.

⁶⁴⁴ Zur Behandlung von Suggestivfragen im StGB 1803 vgl oben 122.

von Suggestivfragen ausnahmsweise, wenn der Beschuldigte nicht auf eine andere Weise zu einer Erklärung über bestimmte Tatsachen geführt werden kann und sie wörtlich in das Protokoll aufgenommen werden.⁶⁴⁵ *SEILER* kritisierte diesen „Rückschritt“⁶⁴⁶ und forderte, um Widersprüche zum Schweigerecht des Beschuldigten zu vermeiden, eine dahingehende Präzisierung des Wortlautes des § 200 Abs 2 StPO aF.⁶⁴⁷

Des Weiteren waren nach der Rechtsprechung⁶⁴⁸ und sind heute in § 164 Abs 4 zweiter Satz alle Untersuchungsmethoden verboten, die den freien Willen des Beschuldigten beeinträchtigen. Demnach sind die Anwendung von Hypnose oder Narkoanalyse sowie der Gebrauch eines Lügendetektors, selbst mit Zustimmung und auch auf ausdrückliches Verlangen des Beschuldigten, untersagt.⁶⁴⁹

Die Vernehmungsbestimmungen galten ihrem Wortlaut nach jedoch lediglich für die Vernehmung von Beschuldigten. Bis zur Strafprozessreform 2004 ging die österreichische Strafprozessordnung von einem formellen Beschuldigtenbegriff aus. Laut § 38 Abs 1 StPO aF wurde ein Tatverdächtiger erst mit dem Antrag auf Einleitung der Voruntersuchung oder mit der Einbringung der Anklage zum Beschuldigten.⁶⁵⁰ Durch § 38 Abs 3 StPO aF hat der historische Gesetzgeber zwar größtenteils den Rechtsschutz, den der Beschuldigte bei Vernehmungen in der Voruntersuchung genoss, auch auf Angeklagte und Verdächtige ausgedehnt. Wurden Verdächtige jedoch im Rahmen der Vorerhebungen der Gerichtspolizei vernommen, gab es grundsätzlich keine rechtliche Absicherung für sie, weil die herrschende⁶⁵¹ Lehre und die Rechtsprechung⁶⁵² entgegen dem Wortlaut des Gesetzes diese Regelung auf Verdächtige in gerichtlichen Vorerhebungen beschränkte.⁶⁵³ *MOOS*⁶⁵⁴

⁶⁴⁵ *MAYER*, Entstehungsgeschichte 615f.

⁶⁴⁶ *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten 100.

⁶⁴⁷ Dieser Forderung kam jedoch der Gesetzgeber im Rahmen der Reformierung des Vorverfahrens nicht nach; vgl § 164 Abs 4 vierter Satz StPO gF.

⁶⁴⁸ Siehe dazu die Aufzählung der diesbezüglichen Entscheidungen in *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten 117 FN 313; *ders*, Strafprozessrecht RZ 406f.

⁶⁴⁹ *FABRIZY*, StPO § 164 RZ 12; *PLATZGUMMER*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens 1997, 104.

⁶⁵⁰ *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten 27ff u 85.

⁶⁵¹ *FOREGGER/SERINI*, StPO § 38 Anm III; *ROEDER*, Lehrbuch 88; *PLATZGUMMER*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens 1984, 52.

⁶⁵² Siehe dazu die Aufzählung der diesbezüglichen Entscheidungen in *MOOS*, Beschuldigtenstatus, in *FS JESCHEK* 729 FN 20 sowie *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten 36 FN 78.

⁶⁵³ *EDER-RIEDER*, Die amtswegige Wahrheitsforschung, *ÖJZ* 1984/24, 645 (645); *FABRIZY*, Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, *RZ* 1990, 134 (136f); *ÖHNER* in *HUFFMASTER*, Das Geständnis und seine Instanzen 22.

⁶⁵⁴ *MOOS*, Beschuldigtenstatus, in *FS JESCHEK* 730; vgl auch *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten 35 FN 72.

kritisierte 1985 diese einschränkende Auslegung, weil dadurch der im Rahmen von sicherheitsbehördlichen Vorerhebungen vernommene Tatverdächtige nicht nur in jenen Fällen, in denen die Kriminalpolizei entgegen dem Untersuchungsrichterkonzept⁶⁵⁵ der geltenden Strafverfahrensordnung selbstständig ermittelt, sondern auch in solchen, in denen sie im Auftrag der Staatsanwaltschaft tätig wird, lediglich ein Beweisobjekt darstellen würde. Auch SEILER⁶⁵⁶ wies 1996 darauf hin, dass es sachlich nicht zu begründen sei, wenn die den Auftrag ausführenden Personen nicht denselben Vernehmungsverboten unterliegen würden wie ihre Auftraggeber. Außerdem fordere § 88 Abs 3 StPO aF bei den angeordneten Untersuchungshandlungen ausdrücklich die Einhaltung „*aller für gerichtliche Akte dieser Art vorgeschriebenen Förmlichkeiten*“ und stehe damit im Widerspruch zu einer restriktiven Auslegung von § 38 Abs 3 StPO aF.

ULLMANN vertrat bereits 1879 den Standpunkt, dass die Vernehmungsverbote auch bei der sicherheitspolizeilichen Einvernahme einzuhalten seien. Er sah dies in § 25 StPO aF verankert, obwohl diese Bestimmung eigentlich nur den Einsatz eines Lockspitzels für unzulässig erklärte.⁶⁵⁷

Des Weiteren legte SEILER entsprechend dem Standpunkt des VfGH⁶⁵⁸ überzeugend dar, dass auch Tatverdächtige, die ohne Auftrag von den Sicherheitsorganen vernommen werden, nicht mittels unlauterer Vernehmungsmethoden zu einem Geständnis veranlasst werden dürften. Denn die Anwendung der Vernehmungsvorschriften, mit denen der Gesetzgeber das sich aus dem akkusatorischen Prinzip (Art 90 Abs 2 B-VG) ergebende Recht der Aussagefreiheit schützen wolle, könne nicht von einem bestimmten Verfahrensstadium oder von einem allfälligen Auftrag abhängen, sondern habe sich lediglich danach zu richten, ob eine Person wegen einer gerichtlichen strafbaren Handlung als Verdächtiger vernommen werde und damit Beschuldigter im materiellen Sinn sei, dem Subjektstellung zukomme.⁶⁵⁹

⁶⁵⁵ Bereits 1888 wurden nahezu 70% der Anklageschriften ohne Voruntersuchung eingebracht; vgl. SUESS, Die Stellung der Parteien 242 FN 29.

⁶⁵⁶ SEILER, Die Stellung des Beschuldigten 86f.

⁶⁵⁷ SEILER, Die Stellung des Beschuldigten 87 FN 230; ULLMANN, Das österreichische Strafprozeßrecht 456 FN 1; ders, Lehrbuch 74 FN 1.

⁶⁵⁸ VfGH G7/80 VfSlg 9950/1984: „*Behördliches Handeln und Verpflichtungen des Beschuldigten und jener Personen, die einer strafbaren Handlung verdächtig werden, die im gerichtlichen Strafverfahren verfassungsrechtlich verpönt sind, können schon nach dem Größenschluß im Verwaltungsstrafverfahren oder in einem Stadium vor Einleitung eines Strafverfahrens im weitesten Sinn nicht verfassungsmäßig sein.*“

⁶⁵⁹ SEILER, Die Stellung des Beschuldigten 87.

Auch *BERTEL*⁶⁶⁰ verstand unter „Vernehmung“ in § 38 Abs 3 StPO aF auch die sicherheitsbehördliche Vernehmung, betont aber, dass selbst, wenn man im Einklang mit der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung von der Einschränkung dieser Gesetzesbestimmung auf die richterliche Einvernahme ausginge, dem von den Sicherheitsorganen Vernommenen trotzdem aufgrund von Art V EGVG Parteirechte, wie sie dem Beschuldigten nach dem VStG und dem AVG zukommen, eingeräumt werden müssten. Den Versuch des Gesetzgebers, im Rahmen der Schaffung der Verwaltungsverfahrensgesetze 1925 durch Art V EGVG auch die Tätigkeit der Gerichtspolizei den neuen Verfahrensvorschriften zu unterwerfen, erachtete man schon kurz nach dem Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze zwar als ersten Schritt in die richtige Richtung, bezeichnete ihn aber auch als „*halben vorläufigen Notbau*“⁶⁶¹, weil die Gendarmerie, die keine Verwaltungsbehörde darstellte, nicht von dieser Regelung erfasst wurde. *FUCHS*⁶⁶² unterstrich, dass selbst bei Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze die Rechte des Betroffenen, besonders im Hinblick auf die Vernehmung, gegenüber den Regeln der StPO eingeschränkt sind. Er schlug daher als mögliche Lösung vor, Art V EGVG dahingehend zu verstehen, dass die Regeln der StPO immer dann auch schon im polizeilichen Vorverfahren zum Einsatz kommen, wenn der Verfahrensakt als solcher in der StPO geregelt ist. In der Praxis wurden jedoch sogar die Rechte, die nach den Verfahrensvorschriften zustünden, im sicherheitsbehördlichen Untersuchungsverfahren regelmäßig verweigert.⁶⁶³

Durch die Reform des Vorverfahrens 2004 wurde der Mangel an ausdrücklich verankerten Rechten des Vernommenen in diesem Prozessstadium endlich behoben. Die bisherige Zweiteilung wurde zugunsten eines einheitlichen Vorverfahrens fallen gelassen, in dem die Organe der Sicherheitsbehörden nun *l e g a l* selbstständig ermitteln dürfen, allerdings unter der Leitung⁶⁶⁴ des Staatsanwalts. Diese autonome Ermittlungstätigkeit der Kriminalpolizei wird in der geltenden Strafprozessordnung durch die in § 164 Abs 4 aufgezählten unzulässigen Vernehmungsmethoden, die

⁶⁶⁰ *BERTEL*, Grundriß RZ 250.

⁶⁶¹ Zit von *FABRIZY*, Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, RZ 1990, 134 (137).

⁶⁶² *FUCHS*, Zur Verwertung polizeilicher Ermittlungen, in *FS PALLIN* 90f.

⁶⁶³ *FUCHS*, Zur Verwertung polizeilicher Ermittlungen, in *FS PALLIN* 91; vgl *LECHNER*, Die Stellung des Beschuldigten 4 FN 14.

⁶⁶⁴ Die Leitungsfunktion ist allerdings schon nach dem Gesetz schwach ausgestaltet. Laut den Ergebnissen einer vom BMJ in Auftrag gegebenen Evaluierung der Umsetzung des StPRG 2004 fällt die Kommunikation zwischen Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft in der Praxis sehr gering aus; vgl *BIRKLBAUER*, Die Rechtspraxis des Ermittlungsverfahrens, ÖJZ 2011/91, 852 (854ff).

jenen in §§ 200, 202 StPO aF wörtlich entsprechen, unmissverständlich eingeschränkt.⁶⁶⁵

Die Missachtung der Vernehmungsvorschriften in §§ 200, 202 StPO aF führte nach der herrschenden Lehre⁶⁶⁶ nicht zu einem Verwertungsverbot, sondern hatte nur die entsprechende Sanktionierung der Vernehmungsperson zur Konsequenz.

*SCHMOLLER*⁶⁶⁷ schließt seit Beginn der 90er Jahre die Verwertungsmöglichkeit aber immer dann aus, wenn durch die unzulässige Vernehmungsmethode der Beweiswert beeinträchtigt wird. Den Verstoß gegen ein Beweisgewinnungsverbot allein sieht er demnach nicht als hinreichendes Argument für die Unverwertbarkeit des auf diese Weise hervorgebrachten Beweismaterials. Im Gegensatz dazu leitet *THIENEL*⁶⁶⁸ ein Verbot hinsichtlich der Verwertung rechtswidrig erzwungener Geständnisse aus Art 90 Abs 2 B-VG ab. Seiner Auffassung nach verbietet die genannte Bestimmung sowohl staatliche Maßnahmen, die intentional auf die Selbstbeschuldigung gerichtet sind, als auch solche, deren Auswirkungen in den Schutzbereich des Grundrechts unverhältnismäßig eingreifen. Zu letzteren Maßnahmen zähle vor allem die Verwertung unfreiwilliger selbstbelastender Aussagen. Denn nicht nur durch den Zwang, eine Aussage ablegen zu müssen, sondern auch durch die Verwertung einer auf diese Art erzielten Äußerung wird nach *THIENEL* eine Person zum Beweisobjekt des Strafverfahrens.

Auch *SEILER*⁶⁶⁹ zählt zu den Befürwortern eines Verwertungsverbotes und trat schon 1996 dafür ein, dass die Verletzung der Vernehmungsvorschriften durch die Sicherheitsbehörden ebenso wie ein derartiger Verstoß durch das Gericht über § 281 Abs 1 Z 4 bzw § 345 Abs 1 Z 5 als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden kann. Bleibt jedoch die freie Dispositionsmöglichkeit des Beschuldigten trotz der unerlaubten Vernehmungsmethode erhalten, könne der relative Nichtigkeitsgrund nicht mit Erfolg herangezogen werden.

In seiner älteren Judikatur ging der OGH aufgrund seiner Annahme, der historische Gesetzgeber habe die Beweisverwertungsverbote abschließend geregelt, ebenso wie die Vertreter der herrschenden Lehre davon aus, dass ein

⁶⁶⁵ *BERTEL/VENIER*, Einführung in die neue StPO RZ 371.

⁶⁶⁶ *BERTEL*, Grundriß RZ 332; *PLATZGUMMER*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens 1984, 85; *SCHMOLLER*, Erzwungene selbstbelastende Aussagen, JBl 1992, 69 (81 FN 82 mwN u 92); *STEININGER*, Die Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, RZ 1992, 134 (139); *THIENEL*, Anklageprinzip und Verwertung, JBl 1992, 484 (485 FN 10 mwN).

⁶⁶⁷ *SCHMOLLER*, Erzwungene selbstbelastende Aussagen, JBl 1992, 69 (92).

⁶⁶⁸ *THIENEL*, Anklageprinzip und Verwertung, JBl 1992, 484 (485ff u 490f).

⁶⁶⁹ *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten 181 u 188.

strafprozessuales Verwertungsverbot aus der Rechtswidrigkeit eines Beweisgewinnungsvorganges nicht abgeleitet werden könne. Noch im Jahr 1992⁶⁷⁰ entschied der OGH, es gebe nur die im Gesetz taxativ aufgezählten Beweisverwertungsverbote.⁶⁷¹ Da der Gesetzgeber die Verletzung der Vorschriften in den §§ 200, 202 StPO aF nicht eigens als „nichtig“ bezeichnete und deshalb keine ausdrückliche Unverwertbarkeit gem § 281 Abs 1 Z 2 oder 3 vorlag, durfte nach der österreichischen Rechtsprechung ein rechtswidrig erlangtes Geständnis als Erkenntnisgrundlage für die richterliche Entscheidung herangezogen werden.

Einzige Ausnahme bildete nur das durch Folter erzwungene Geständnis. Seit 1958 ist die Folter als Beweisgewinnungsmethode nicht mehr nur auf einfachgesetzlicher Ebene, sondern aufgrund von Art 3 EMRK auch auf Verfassungsebene verboten. Im Jahr 1987 wurde durch Art 15 des Übereinkommens gegen Folter die Verwertung solcher erzwungener Geständnisse als Beweismittel unzulässig.⁶⁷²

Erst im Laufe der 90er⁶⁷³ Jahre erkannte die höchstrichterliche Rechtsprechung auch nicht ausdrücklich im Gesetz statuierte Verwertungsverbote an. So hat der OGH in einer Entscheidung⁶⁷⁴ die Unverwertbarkeit einer belastenden Zeugenaussage mangels relevanten Beweiswerts angenommen, weil die vom Angeklagten vorgebrachte, aber vom Erstgericht nicht nachgeprüfte, Drohung geeignet war, die Richtigkeit der Aussage ernstlich in Zweifel zu ziehen.⁶⁷⁵

Ohne einen relevanten Beweiswert erachtete der OGH eine rechtswidrig zustande gekommene belastende Aussage also als unverwertbar. Geständnisse, deren Beweiswert trotz der Anwendung einer unerlaubten Vernehmungsmethode nicht beeinträchtigt wurde⁶⁷⁶, waren dagegen weiterhin als materielles Beweismittel zulässig. In seinem Urteil vom 27. 8. 2008⁶⁷⁷ distanzierte sich der OGH endgültig von seiner älteren Rechtsprechung, nach der nur direkt im Gesetz angeordnete Beweisverwertungsverbote geltend gemacht werden konnten. Er entschied, dass im Fall der Verletzung von Beweiserhebungsvorschriften, deren Nichtigkeit in der StPO nicht angeordnet ist, die Vorführung des gesetzwidrig beschafften Beweismittels in

⁶⁷⁰ 15 Os 3/92 JBl 1994, 188.

⁶⁷¹ SCHMOLLER, Beweisverwertungsverbote, JRP 2002, 251 (254, 258f u 265f).

⁶⁷² PLATZGUMMER, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens 1997, 103; SCHMOLLER, Beweisverwertungsverbote, JRP 2002, 251 (265f).

⁶⁷³ 14 Os 20/91 EvBl 1991/165.

⁶⁷⁴ 15 Os 160/87 EvBl 1988/89.

⁶⁷⁵ SCHMOLLER, Beweisverwertungsverbote, JRP 2002, 251 (259f).

⁶⁷⁶ SCHMOLLER, Beweisverwertungsverbote, JRP 2002, 251 (266).

⁶⁷⁷ 13 Os 83/08t JBl 2009, 527.

der Hauptverhandlung mit der Nichtigkeitsbeschwerde gem § 281 Abs 1 Z 4 vom Angeklagten bei entsprechender Antragstellung erfolgreich bekämpft werden kann, wenn der Verstoß einem Verfahrensmangel im Sinne der Z 2 und 3 einigermaßen gleichwertig ist. Der OGH ermöglichte damit dem Gericht, entsprechend der Forderung des EGMR nach einer Gesamtbetrachtung, zu beurteilen, ob das Verfahren durch die Verwertung unerlaubter Ermittlungsmaßnahmen als Ganzes noch als fair zu betrachten ist.⁶⁷⁸

Da jedoch seit 2008 die Nichteinhaltung der nunmehr in § 164 StPO normierten Vernehmungsregeln mit dem ausdrücklichen Verwertungsverbot⁶⁷⁹ in § 166 Abs 1 Z 2 bedroht ist, sind Geständnisse von Beschuldigten, Zeugen und Mitbeschuldigten⁶⁸⁰, die unter Missachtung der Vernehmungsrichtlinien im Ermittlungsverfahren zustande kommen, von dieser Entscheidung des OGH nicht betroffen.

⁶⁷⁸ *SIGL*, Die prozessuale Stellung des Beschuldigten 110ff; 13 Os 83/08t JBl 2009, 527 (533f).

⁶⁷⁹ Anstatt der noch in der RV vertretenen Disziplinierungsfunktion von Beweisverwertungsverböten setzten sich im Justizausschuss die erforderliche Distanzierung des Staates sowie die Mangelhaftigkeit des Beweiswertes als Gründe für die Unverwertbarkeit durch; vgl *LECHNER*, Die Stellung des Beschuldigten 162ff.

⁶⁸⁰ Vor dem StPÄG 1993 konnte ein Zeuge im Fall der drohenden Selbstbelastung die Aussage nur verweigern, sofern diese nicht unerlässlich war. Die Unerlässlichkeit nahm man zB bei der Kollision mit schwerwiegenden Drittinteressen an. Das in diesen Fällen i e g a l erzwungene Geständnis des Zeugen wurde ebenso wie das bei Fehlen der Kriterien der Unerlässlichkeit i l l e g a l erlangte Geständnis als verwertbar angesehen; vgl *SCHMOLLER*, Erzwungene selbstbelastende Aussagen, JBl 1992, 69 (86); *SCHMOLLER*, Neu geregelte Beweisverwertungsverbote, in *FS PLATZGUMMER* 285ff. Mit dem StPÄG 1993 wurde das Zeugnisverweigerungsrecht bei drohender Selbstbelastung jedoch absolut gestaltet und ein Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Geständnisse von Zeugen hinsichtlich des Verfahrens, in dem die belastende Aussage erfolgt ist, im Gesetz verankert. Seit dem StPRG 2004 ist das Geständnis von Zeugen, die wegen der Gefahr der Selbstbelastung die Aussage verweigern dürfen, aber nicht darüber informiert werden, allerdings n i c h t mehr nichtig. Legt daher zB ein Mitbeschuldigter im abgesonderten Verfahren gegen einen anderen Mittäter bei seiner Vernehmung als Zeuge trotz seines Rechts zur Verweigerung der Aussage ein Geständnis ab, ist dieses auch bei Unterlassung der Belehrung als Beweismittel verwertbar. Nur wenn er schon vor der Vernehmung als Zeuge gestanden hat, steht ihm kein Zeugnisverweigerungsrecht zu, weil er sich über das Gestandene hinaus nicht belasten kann. Gibt es kein früheres Geständnis oder widerruft er es, ist er dagegen nicht zur Zeugenaussage verpflichtet. Wurde der geständige Mitbeschuldigte bereits rechtskräftig verurteilt, steht ihm der Weigerungsgrund wegen der Gefahr der Selbstbelastung gem § 157 Abs 1 Z 1 nach der Rspr aber nicht zu. *BERTEL/VENIER* sehen diese Fallkonstellation anders. Der Mittäter könne sich zwar nicht weiter belasten, aber sich sehr wohl der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen. Denn enthalte sein Geständnis falsche Angaben über Dritte, gestehe er durch seine wahre Zeugenaussage eine Verleumdung. Mit der einschränkenden Auslegung des § 157 Abs 1 Z 1 verfolge die Rspr das Ziel, im Verfahren gegen die angeblichen Mittäter das frühere Geständnis des Verurteilten und zur Zeugenaussage Verpflichteten nach § 252 Abs 1 Z 3 verlesen lassen zu können. *BERTEL/VENIER* qualifizieren diese Vorgehensweise als „unsinnig“, weil bekannt sei, dass Beschuldigte unter dem Druck einer sicherheitsbehördlichen Vernehmung und im Gedanken an den Milderungsgrund nach § 34 Abs 1 Z 1 oft nicht nur sich selbst, sondern auch Dritte zu Unrecht belasten. Aus diesem Grund seien solche Geständnisse hinsichtlich der Wahrheitsfindung wenig vertrauenswürdig; vgl *BERTEL/VENIER*, Einführung in die neue StPO RZ 350ff; *BERTEL/VENIER*, Strafprozessrecht RZ 246ff u 453.

Denn durch ihre Verlesung zum Nachteil des Beschuldigten⁶⁸¹ wird das Urteil aufgrund von § 166 Abs 2, der die Nichtigkeit der belastenden Aussage selbst vorsieht, nach § 281 Abs 1 Z 2⁶⁸² und nicht nach Z 4 dieser Bestimmung nichtig.

Dagegen kann die Verletzung der Vernehmungsvorschriften in der Hauptverhandlung lediglich bei Stellung eines auf Nichtvornahme der Vernehmung gerichteten Antrages nach Z 4 geltend gemacht werden, weil § 166 in die taxative Aufzählung der Verfahrensverstöße der Z 3 nicht aufgenommen wurde. Die Gleichwertigkeitsprüfung, die der OGH zur Geltendmachung eines nicht ausdrücklich normierten Beweisverbotes fordert, ist nach Ansicht von *FUCHS* in diesen Fällen aber nicht vorzunehmen, weil nach § 166 Abs 2 die Aussage ohnehin nichtig und damit der Verstoß von Z 2 erfasst sei.⁶⁸³

Allerdings knüpft das Gesetz nur an Aussagen, die unter Folter abgelegt werden, ein absolutes Beweisverbot. Im Falle einer belastenden Aussage, die das Ergebnis einer entgegen den in § 164 enthaltenen Verboten und Geboten erfolgten Vernehmung darstellt, ist eine einzelfallbezogene Abwägung vorzunehmen. Nur wenn der Gesetzesverstoß auf die Willensfreiheit einwirkt, schwerwiegende fundamentale Verfahrensgrundsätze (§§ 5 bis 8 StPO) verletzt und das Verwertungsverbot für die Wiedergutmachung der Gesetzwidrigkeit unerlässlich macht, ist das Geständnis der Würdigung durch das erkennende Gericht vorzuenthalten. *SEILER*⁶⁸⁴ hält aus rechtsstaatlichen Erwägungen die Wiedergutmachung bei sämtlichen Vernehmungsfehlern, die in den Anwendungsbereich des § 166 Abs 1 fallen, für unerlässlich. Für *BERTEL/VENIER*⁶⁸⁵ ist die Nichtigkeit in all jenen Fällen zwingend erforderlich, in denen die Zuwiderhandlung eine unwahre Aussage zur Folge haben könnte. Darüber hinaus stellen nach *BERTEL/VENIER* Verstöße gegen die beiden ersten Sätze des § 164 Abs 4 die Subjektstellung des Beschuldigten in Frage und sind daher stets als schwerwiegende Verletzungen fundamentaler Verfahrensgrundsätze (insb § 7 Abs 2 StPO) zu qualifizieren, die eine spätere Sanierung nicht mehr zulassen.⁶⁸⁶

⁶⁸¹ Im Verfahren gegen eine Person, die im Zusammenhang mit einer Vernehmung einer Rechtsverletzung beschuldigt ist, also gegen den Folterer, gilt dieses Beweisverwertungsverbot nicht; vgl *BACHNER-FOREGGER*, StPO § 166 Anm I.

⁶⁸² *BERTEL/VENIER*, Einführung in die neue StPO RZ 376; *LECHNER*, Die Stellung des Beschuldigten 159f.

⁶⁸³ *FUCHS*, Neues zur Urteilsanfechtung, ÖJZ 2009/33, 308 (311f); *HOLLÄNDER/FRICK*, Beweisverbot und Nichtigkeit, AnwBl 2008, 438 (442); aM *FABRIZY*, StPO § 281 RZ 34; *SEILER*, Strafprozessrecht RZ 1048.

⁶⁸⁴ *SEILER*, Strafprozessrecht RZ 409.

⁶⁸⁵ *BERTEL/VENIER*, Einführung in die neue StPO RZ 375.

⁶⁸⁶ *FABRIZY*, StPO § 166 RZ 1ff; *LECHNER*, Die Stellung des Beschuldigten 158ff.

Demzufolge sind nach der geltenden Strafprozessordnung jedenfalls Geständnisse, die durch die Anwendung von Täuschungen, Drohungen oder Zwangsmittel (§ 164 Abs 4 erster Satz), die als „*massivste Formen der Willensbeeinträchtigungen*“⁶⁸⁷ gelten, sowie durch sonstige Beeinträchtigungen der Willensfreiheit des Vernommenen (§ 164 Abs 4 zweiter Satz) erzielt werden, nicht als Beweismittel zulasten des Beschuldigten verwertbar. Ob auch Versprechungen⁶⁸⁷ eine unverwertbare belastende Aussage produzieren, hängt davon ab, inwieweit sie im Einzelfall tatsächlich auf die Willensentschließung des Beschuldigten einwirken.

Die Missachtung von Fangfragen, die in § 164 Abs 4 dritter Satz verboten werden, führt wohl unabhängig von einer allfälligen Beeinträchtigung des Willens, zu keinem Beweisverwertungsverbot. Denn stimmt man der Ansicht von *SEILER*⁶⁸⁸ zu, nach der eine verfängliche Fragestellung mit der prozessualen Subjektstellung des Beschuldigten durchaus vereinbar sei, mangelt es für eine Nichtigkeit nach § 166 Abs 1 Z 2 bereits an einer schwerwiegenden Verletzung wichtiger Verfahrensgrundsätze.

Das gilt jedoch nicht für Geständnisse, die aufgrund einer speziellen Art von Fangfragen abgegeben werden. Mit unterstellenden Fragen versucht das staatliche Vernehmungsorgan nämlich nicht nur mittels einer verfänglichen Fragestellung Widersprüche aufzudecken, sondern darüber hinaus den Beschuldigten auch zu täuschen. Beim Beschuldigten wird schließlich der Anschein erweckt, er habe eine bestimmte Tatsache bereits zugestanden. Ist ihm diese Täuschung nicht bewusst und wehrt er sich nicht gegen die erfolgte Unterstellung, gibt er sowohl bei Bejahung als auch bei Verneinung einer derartigen Frage zwangsläufig gegen seinen Willen ein Geständnis hinsichtlich der unterstellten Tatsache ab.⁶⁸⁹

Auch die Unterlassung der Belehrung kann das Vernehmungsergebnis nach § 166 Abs 1 Z 2 unverwertbar machen. Allerdings ist zu beachten, dass durch eine gänzliche Außerachtlassung der in § 164 Abs 1 vorgeschriebenen Belehrungen die Befragung des Beschuldigten zu einer bloßen Erkundigung wird. Aufgrund der Umgehung der Bestimmungen über die Vernehmung ist diese Erkundigung jedoch nach § 152 Abs 1 nichtig. Geständnisse eines – aus der Sicht eines objektiven Betrachters – bereits konkret Tatverdächtigen im Rahmen einer informativen

⁶⁸⁷ *LECHNER*, Die Stellung des Beschuldigten 170.

⁶⁸⁸ *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten 93.

⁶⁸⁹ *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten 96.

Befragung können daher nicht als Beweis dienen. Anders verhält es sich aber mit spontanen Äußerungen des Beschuldigten vor einer Belehrung. Darunter werden Angaben verstanden, die der Sprechende von sich aus abgibt. Das Strafverfolgungsorgan darf dabei weder aktiv intervenieren, noch Erklärungen entgegennehmen, sonst ist im Regelfall eine (unzulässige) Erkundigung anzunehmen. Spontane Geständnisse können durch die Vernehmung der erhebenden Beamten oder, sofern sie in einem Aktenvermerk festgehalten werden, nach den allgemeinen Verlesungsbeschränkungen des § 252 Abs 1 als Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt werden, wenn die betroffene Person sogleich als Beschuldigter förmlich belehrt und vernommen wird.⁶⁹⁰

Durch die Verabsäumung nicht aller, aber einzelner zwingend vorgesehener Belehrungen unterliegt ein Geständnis dem Verwertungsverbot des § 166 Abs 1 Z 2 nur dann, wenn durch die Unterlassung auf die Willensentschließung des Beschuldigten eingewirkt wurde. Hätte der Beschuldigte bei einer ordnungsgemäßen Belehrung seine Aussage nicht oder in einer anderen Form getätigt, ist das Geständnis unverwertbar.⁶⁹¹

*BERTEL/VENIER*⁶⁹² heben mit Verweis auf die Erläuternden Bemerkungen besonders hervor, dass die Nichtigkeiten der StPO nicht nur für richterliche Ermittlungsakte gelten, wie der OGH bisher annahm, sondern auch auf polizeiliche Erkundigungen und Beweisaufnahmen, die nach dem Willen des Reformgesetzgebers den Regelfall bilden sollen, anzuwenden sind.

Im Gegensatz dazu wird die Ermittlungstätigkeit von Privaten nur durch Bestimmungen des Straf- und Zivilrechts, nicht aber von den Beweisgewinnungsvorschriften und Beweisverwertungsverböten der StPO begrenzt.⁶⁹³ Geständnisse, die gegenüber den staatlichen Strafverfolgungsorganen abgelegt werden, weil der Beschuldigte, Zeuge oder Mitbeschuldigte von einem Privaten gesetzwidrig⁶⁹⁴ dazu veranlasst wurde, sowie Geständnisse, die außerhalb des Strafverfahrens von einer Privatperson, die später als Zeuge aussagen wird,

⁶⁹⁰ *BERTEL/VENIER*, Einführung in die neue StPO RZ 340 u 364; EBRV 25 BlgNR 22. GP 198 u 216; *LECHNER*, Die Stellung des Beschuldigten 186f; *SCHWAIGHOFER*, Die neue Strafprozessordnung 304 u 404; *SEILER*, Strafprozessrecht RZ 190.

⁶⁹¹ *FABRIZY*, StPO § 166 RZ 4f; *LECHNER*, Die Stellung des Beschuldigten 170f.

⁶⁹² *BERTEL/VENIER*, Einführung in die neue StPO RZ 376.

⁶⁹³ *RATZ*, Beweisverbote und deren Garantie, RZ 2005, 74 (81); *SEILER*, Strafprozessrecht RZ 333; *SIGL*, Die prozessuale Stellung des Beschuldigten 108.

⁶⁹⁴ In Betracht kommt vor allem die Verletzung des Rechts auf Freiheit der Willensentscheidung gem §§ 105ff StGB; vgl *SIGL*, Die prozessuale Stellung des Beschuldigten 107.

unrechtmäßig gewonnen werden, sind daher nach herrschender Meinung⁶⁹⁵ verwertbar. Im Gegensatz dazu leitet *SIGL*⁶⁹⁶ aus den jüngsten Entscheidungen⁶⁹⁷ des OGH ab, dass auch rechtswidrig erlangte Beweise Privater nicht länger uneingeschränkt verwertbar sind. Seiner Ansicht nach können daher auch von Privaten gesetzwidrig erwirkte gerichtliche und außergerichtliche Geständnisse dann nicht verwertet, sondern als Verfahrensmangel gem § 281 Abs 1 Z 4 geltend gemacht werden, wenn der ihnen zugrunde liegende Verstoß dem Gewicht eines ausdrücklich im Gesetz verankerten Beweisverwertungsverbotes entspricht.

Dagegen spricht jedoch, dass auch im Zivilprozess nach herrschender Ansicht aus der illegalen Beweisbeschaffung der Parteien nicht ohne weiteres ein Beweisverwertungsverbot folgt. So hält *RECHBERGER* Beweismittel, die von den Parteien rechtswidrig erlangt wurden, grundsätzlich für verwertbar, um materiell unrichtige Urteile als Konsequenz zu vermeiden – solange sie nicht „*auf aus rechtsstaatlicher Sicht unerträglicher Weise zustande gekommen sind*“⁶⁹⁸. Auch *FASCHING* nimmt ein Vewertungsverbot nur ausnahmsweise in jenen Fällen an, in denen „*eine strafgesetzliche Vorschrift, die ein verfassungsmäßig geschütztes Grund- und Freiheitsrecht der durch die Handlung betroffenen Person schützt, verletzt wird*“⁶⁹⁹.

Zusammenfassend kann man sagen, dass die in der StPO von 1873 zum Ausdruck gebrachte Ablehnung einer Ermittlung der objektiven Wahrheit um jeden Preis in der geltenden StPO von 1975 noch stärker verankert wurde. Denn die Grenzen der materiellen Wahrheitsfindung wurden im Strafverfahren zugunsten der Subjektstellung des Beschuldigten bzw des Angeklagten einerseits durch die 1993 gesetzlich verankerte Verlesungsbeschränkung von Geständnissen, die von der Kriminalpolizei aufgenommen werden, und andererseits durch das seit dem StPRG 2004 geltende Beweisverwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Geständnisse sowie die diesbezüglich geänderte Judikatur des OGH noch enger gezogen. Die Wirkung eines Geständnisses, das jedoch in der Hauptverhandlung verwertet werden darf, sowie der Umfang der Beweisaufnahme bei Vorliegen eines derartigen Beweismittels sollen im Folgenden untersucht werden.

⁶⁹⁵ OGH 15 Os 3/92 JBl 1994, 188; *BIREK*, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise durch Privatpersonen, AnwBl 2003, 133 (137); *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten 90.

⁶⁹⁶ *SIGL*, Die prozessuale Stellung des Beschuldigten 112f.

⁶⁹⁷ 13 Os 83/08t JBl 2009, 527; 14 Os 46/09k EvBl 2009/131.

⁶⁹⁸ *RECHBERGER* in *RECHBERGER*, Kommentar zu vor § 266 ZPO RZ 24.

⁶⁹⁹ *FASCHING*, Lehrbuch RZ 936.

2.2.2.3. Die freie Würdigung des Geständnisses und der Umfang der Beweisaufnahme

Die im Strafgesetzbuch von 1803 und in der Strafprozessordnung von 1853 verankerte negative gesetzliche Beweistheorie, die die freie Würdigung des Geständnisses durch den Richter aufgrund der geforderten Beweisminima beschränkte⁷⁰⁰, zeigte schon bald ihre Unzulänglichkeit. Mangelte es auch nur an einem der gesetzlichen Erfordernisse, musste der geständige Verbrecher, an dessen Schuld kein vernünftiger Richter zweifeln konnte, freigesprochen werden.⁷⁰¹ Aus diesem Grund wurde dieses unbefriedigende Beweissystem in den Strafprozessordnungen von 1850 und von 1873 aufgegeben und an die Stelle der gesetzlichen Beweisregeln die freie Überzeugung der Richter gesetzt, und zwar nicht nur in Geschworenengericht, sondern auch in jenen Strafverfahren, in denen Berufsrichter entschieden.⁷⁰² Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung findet sich auch in § 258 Abs 2 der geltenden Strafprozessordnung mit unverändertem Wortlaut wieder und besagt, dass ein Richter *„nur nach seiner freien, aus der gewissenhaften Prüfung aller Für und Wider vorgebrachten Beweismittel gewonnenen Überzeugung eine Tatsache als erwiesen annehmen darf.“*

Dieser Grundsatz erlaubt dem Gericht aber nicht, willkürlich eine zugestandene Tatsache als erwiesen dem Urteil zugrunde zu legen. Denn nach wie vor unterliegt die Überzeugungsbildung einer Bindung. Zwar ist der Richter nicht mehr an gesetzliche Bestimmungen gebunden, über Denk- und Erfahrungssätze darf er sich aber nicht hinwegsetzen. Die freie Beweiswürdigung ist also eine *„Verstandes-, nicht Gefühlstätigkeit“*⁷⁰³. Darüber hinaus muss er seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit des Geständnisses ausreichend begründen und darf sie nur aus dem Inhalt der Hauptverhandlung schöpfen.⁷⁰⁴ Des Weiteren hat das Gericht das Geständnis, wie jedes Beweismittel, nicht nur für sich allein zu prüfen, sondern auch den Zusammenhang aller Beweisergebnisse zu würdigen. Da die absolute Wahrheit

⁷⁰⁰ Vgl oben 121ff.

⁷⁰¹ EBERL, Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung 11f; WÜRTH, Die österreichische Strafproceßordnung 20.

⁷⁰² EBERL, Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung 16.

⁷⁰³ OGH 12 Os 138/68 EvBl 1969/171; vgl ELLINGER, Die Reform 146.

⁷⁰⁴ Im Gegensatz dazu durfte der Richter beim Bezirksgericht im Mandatsverfahren, das mit der Strafprozessnovelle 1999 (BGBl 1999/55) abgeschafft wurde, bei Vorliegen eines Geständnisses ohne Durchführung einer Hauptverhandlung eine Strafverfügung erlassen, sofern es alle objektiven und subjektiven Tatsachen umfasste und mit den übrigen Beweisergebnissen in Einklang stand; vgl FOREGGER/SERINI, StPO § 458 Anm III u § 460 Anm II.

der menschlichen Erkenntnis allerdings nicht zugänglich ist, kann der Richter durch seine freie Beweiswürdigung nur eine subjektive und damit relative Wahrheit finden. Wird das objektive Mindestmaß der Überzeugung, nämlich „*die an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit*“⁷⁰⁵ nicht erreicht, ist der Beschuldigte gemäß dem Grundsatz „*in dubio pro reo*“⁷⁰⁶ freizusprechen.⁷⁰⁷

Neben dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung wurde in § 206 StPO aF bis zum Strafprozessreformgesetz 2004 ausdrücklich die Pflicht des (Untersuchungs-) Richters festgehalten, auch im Fall eines geständigen Beschuldigten den Tatbestand so weit als möglich zu ermitteln.⁷⁰⁸ Seit dem Inkrafttreten des Reformgesetzes am 1. 1. 2008 fehlt jedoch eine diesem Paragraphen entsprechende ausdrückliche Regelung. Da jedoch auch in der reformierten Strafprozessordnung die Prinzipien der Amtswegigkeit, der Objektivität und der materiellen Wahrheitsforschung in Geltung stehen, ist das Gericht, wenn es Zweifel hat, nach wie vor verpflichtet, zugestandene Tatsachen anhand weiterer Beweisergebnisse nachzuprüfen. Im Idealfall wirkt das Geständnis daher deklarativ, und die Wahrheit der zugestandenen Tatsachen wird durch andere Beweismittel bekräftigt. Weitaus häufiger wirkt das Geständnis in der Strafrechtspflege jedoch suppletorisch. In vielen Fällen ergänzen die zugestandenen Tatsachen die nur teilweise ermittelten Tatsachen, die für sich allein gesehen nicht zu einer Verurteilung ausreichen würden. Denn nach der Rechtsprechung ist für die Überzeugung von der Glaubwürdigkeit einer Aussage der „*persönliche Eindruck*“⁷⁰⁹ des Richters ausreichend.⁷¹⁰

Nach der Ansicht von GLASER⁷¹¹ und GLEISPACH⁷¹² ist es aufgrund des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung sogar zulässig, die Verurteilung a l l e i n auf ein Geständnis zu stützen. Ein gegenteiliger Standpunkt sei nur als Nachwirkung

⁷⁰⁵ OGH 9 Os 104/74 SSt 45/23; vgl ELLINGER, Die Reform 146.

⁷⁰⁶ OGH 12 Os 72/66 EvBl 1967/48; vgl SEILER, Strafprozessrecht RZ 342.

⁷⁰⁷ EBERL, Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung 22ff; ELLINGER, Die Reform 145f; FABRIZY, StPO § 258 RZ 8ff; FUCHS, Zur Verwertung polizeilicher Ermittlungen, in FS PALLIN 86f; PLATZGUMMER, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens 1984, 21; ROEDER, Lehrbuch 138f.

⁷⁰⁸ Nur wenn das Geständnis umfassend war und durch die übrigen Ergebnisse der Voruntersuchung (nicht bloß durch die der sicherheitsbehördlichen Vorerhebungen) unterstützt wurde, durfte der Untersuchungsrichter von der vollständigen Überprüfung des Geständnisses absehen. Denn die Vornahme weiterer Erhebungen hing in einem solchen Fall gem § 206 StPO aF von den besonderen Anträgen des Anklägers ab; vgl LOHSING, Systematische Darstellung 366f.

⁷⁰⁹ OGH 11 Os 198/63 RZ 1964, 38.

⁷¹⁰ BERTEL/VENIER, Grundriss RZ 39; FABRIZY, StPO § 258 RZ 6; KIRCHBACHER, WK-StPO § 206 RZ 1ff; LOHSING, Das Geständnis 67f; SCHAFFLER, Das Geständnis 14.

⁷¹¹ GLASER, Handbuch 607 FN 7.

⁷¹² „§ 206 stellt nicht das Verbot auf, nur auf Grund eines Geständnisses zu verurteilen“; vgl GLEISPACH, Das deutschösterreichische Strafverfahren 214.

der Beweistheorie zu erklären. *LOHSING*⁷¹³ und *GEYER*⁷¹⁴ lehnten jedoch die konstitutive Wirkung des Geständnisses vehement ab. Sie vertraten, wie auch *KITKA*, *RULF* und *FRÜHWALD* im inquisitorischen Strafverfahren⁷¹⁵, die Meinung, dass sich die Prüfung eines umfassenden Geständnisses nicht auf die innere Glaubwürdigkeit der Aussage beschränken darf, sondern stets nachgeforscht werden muss, ob das Verbrechen auch tatsächlich verübt wurde. Lässt sich kein einziger Sachbeweis oder Zeuge finden, der das angebliche Verbrechen bestätigt, müsse ein falsches Geständnis angenommen werden und dürfe eine Verurteilung nicht erfolgen.

GLASER räumte zwar ein, dass ein umfassendes Geständnis in der Praxis nur äußerst selten völlig „*ununterstützt*“⁷¹⁶ vorkommen würde, hielt aber daran fest, dass ein glaubwürdiges volles Geständnis, vor allem wenn es im Rahmen einer Selbststellung des mutmaßlichen Täters abgelegt wird, die Vorführung von Untersuchungsergebnissen, die das Geständnis nicht erschüttern, in der Hauptverhandlung entbehrlich mache und, im Falle des Verzichts der Parteien auf die offenbar überflüssige Beweisaufnahme, für das Strafurteil genüge.

Obwohl auch nach *LOHSING*⁷¹³ die Beweiskraft eines durch Selbstanklage eingeräumten Geständnisses die der anderen Beweismittel weit überragt, könne es nur den Ausschlag für die Verurteilung geben, aber niemals die alleinige Grundlage dafür sein.

Bereits im Jahr 1908 stimmte der Oberste Gerichts- und Kassationshof⁷¹⁷ der Ansicht von *GLASER* und *GLEISPACH* zu und hielt fest, dass der Standpunkt, nach dem der Beweis des Verschuldens allein durch das Geständnis des Angeklagten erbracht werden kann, mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung vereinbar ist. Auch der OGH⁷¹⁸ brachte in einigen Entscheidungen deutlich zum Ausdruck, dass § 258 jede Beweisregel und damit auch die, dass ein Geständnis nicht als Feststellungsgrundlage dienen kann, ausschließt.⁷¹⁹

Interessant ist, dass diese Kontroverse nach *LOHSING* nicht weiter erörtert wurde, jedoch einige Länder in jüngster Zeit die Verurteilung allein aufgrund eines Geständnisses verboten haben, obwohl der Grundsatz der freien Beweiswürdigung in

⁷¹³ *LOHSING*, Systematische Darstellung 366; *LOHSING/SERINI*, Strafprozeßrecht 321.

⁷¹⁴ *GEYER* in *HOLTZENDORFF*, Handbuch 263.

⁷¹⁵ Vgl oben 123f.

⁷¹⁶ *GLASER*, Handbuch 607 FN 7.

⁷¹⁷ 7.4.1908 KH 3447.

⁷¹⁸ 2 Os 359 EvBl 1950/45; 2 Os 14/46 SSSt 19/2; 12 Os 221/71 RZ 1972, 181.

⁷¹⁹ *MAYERHOFER/HOLLAENDER*, Das österreichische Strafrecht 614.

Geltung steht. So normierte zum Beispiel 2003 der taiwanesischer Gesetzgeber dieses Verbot in seiner neuen Strafprozessordnung.⁷²⁰ Auch im japanischen Strafverfahren ist die Verurteilung allein aufgrund eines Geständnisses ausdrücklich ausgeschlossen.⁷²¹

Bedenkt man den hohen Stellenwert, der dem Geständnis in der österreichischen Strafrechtspraxis⁷²² zukommt, wäre eine solche Regelung durchaus überlegenswert. Obwohl das Geständnis in der reformierten Strafprozessordnung von 1873 den anderen Beweismitteln völlig gleichgestellt wurde, stellte es in der Praxis nach wie vor das Ziel der Ermittlungstätigkeit dar.⁷²³ Denn noch war die Ansicht vorherrschend, „die Naturwidrigkeit des Geständnisses verbürge seine Glaubwürdigkeit.“⁷²⁴ Erst Hans Gross, der Begründer der Kriminalistik, trennte die Begriffe „Geständnis“ und „Wahrheit“ auch in der Praxis und regte mit seiner kritischen Haltung gegenüber dem Geständnis zum Zweifel an seinem Wahrheitsgehalt und seiner hohen Beweiskraft an.⁷²⁵ In seinem berühmten Handbuch hielt er fest:

„Niemals begnüge man sich mit einem durch keine anderen Beweise gestützten Geständnisse, mit dem der Schuldbeweis steht und fällt.“⁷²⁶

Doch trotz seiner bemerkenswerten Ausführungen zur „suggerierenden Macht“⁷²⁷ des Geständnisses und zur weit höheren Verlässlichkeit forensischer Befunde steht auch noch in der heutigen Praxis⁷²⁸ das Geständnis in einem höheren Rang als der Sachbeweis, weshalb die Erprobung seiner Richtigkeit von großer Bedeutung ist.

⁷²⁰ HSU, Die Bewertung 14.

⁷²¹ WEIGEND, Absprachen in ausländischen Strafverfahren 20f.

⁷²² Eine bevorzugte Stellung wird dem Geständnis nicht nur als Milderungsgrund, sondern auch im Rahmen informeller Absprachen eingeräumt; vgl unten 148.

⁷²³ SUESS, Die Stellung der Parteien 246.

⁷²⁴ ÖHNER in HUFFMASTER, Das Geständnis und seine Instanzen 23.

⁷²⁵ NEMEC in HUFFMASTER, Das Geständnis und seine Instanzen 110 u 115.

⁷²⁶ GROSS, Handbuch der Kriminalistik 165.

⁷²⁷ NEMEC in HUFFMASTER, Das Geständnis und seine Instanzen 111.

⁷²⁸ CPT Inf (91) 11, 2f: „The disproportionately large amount of personal evidence, in particular confessions, in comparison to factual evidence must be seen as a specific characteristic of Austrian criminal police practice.“; MEDIGOVIC in SOYER, Ringen um Fairness 135 FN 20.

2.2.3. Das Geständnis als verfahrensbeendendes Verständigungsmittel

Nach der tiefgreifenden Umgestaltung des strafprozessualen Vorverfahrens durch das StPRG 2004 steht nun auch die Reform des Hauptverfahrens auf dem Programm der Regierung. Neben einzelnen Reformvorschlägen, wie zum Beispiel die Zweiteilung der Hauptverhandlung durch das so genannte „Schuldinterlokt“ oder die Stärkung des Fragerechts der Parteien durch das Wechselverhör anstelle der Befragung durch den Richter, sind besonders verfahrensbeendende Absprachen, in deren Mittelpunkt im Regelfall⁷²⁹ ein Geständnis als Gegenleistung für eine Strafmilderung steht, ein weiterer wichtiger Reformaspekt.⁷³⁰

Die aus dem amerikanischen Parteiverfahren stammende und auf der Dispositionsmaxime beruhende Praxis des *plea bargaining* hat sich in den letzten Jahrzehnten auch in den kontinentaleuropäischen Strafverfahren entwickelt. Vor allem die Empfehlung⁷³¹ des Europarates vom 17. September 1987, in der die Mitgliedstaaten aufgefordert wurden, „*the procedure of guilty pleas*“ in den Strafprozessen einzuführen, soweit die jeweiligen Verfassungen und rechtlichen Traditionen keine unüberwindbaren Grenzen darstellen, hat wohl die Verbreitung dieses konsensualen Elements aus dem amerikanischen Strafverfahren begünstigt. In einigen Ländern, wie zum Beispiel Italien, Portugal, Spanien und Frankreich, wurde die Zulässigkeit von Prozessabsprachen bereits gesetzlich verankert. Im Jahr 2009 hat schließlich auch Deutschland⁷³² mit dem „Gesetz zur Regelung von Verständigungen im Strafverfahren“ ein gesetzliches Fundament für strafprozessuale Deals geschaffen.⁷³³

In Österreich dagegen hat der OGH in seiner Entscheidung vom 24. August 2004 die Zulässigkeit von verfahrenserledigenden Verständigungen wegen des „*eklatanten Widerspruches zu den tragenden Grundprinzipien [...], namentlich jenem zur Erforschung der materiellen Wahrheit*“⁷³⁴ verneint und ausgesprochen, dass die

⁷²⁹ Daneben werden noch zwei weitere Absprachekonstellationen unterschieden. Zum einen sind diese auf den teilweisen Verfolgungsverzicht des Staatsanwalts, zum anderen auf das Fallenlassen von Beschuldigungspunkten nach der Anklageerhebung oder auf den dem Schuldspruch zugrunde zu legenden Sachverhalt gerichtet; vgl dazu MEDIGOVIC in SOYER, Ringen um Fairness 129f.

⁷³⁰ KÖNIG, Wahrheit im Strafprozess, JSt 2010, 6 (7f); MOOS, Die Reform der Hauptverhandlung, ÖJZ 2003/20, 369 (369).

⁷³¹ Empfehlung Nr R (87) 18 über die Vereinfachung der Strafjustiz.

⁷³² BGBl 2009/2352.

⁷³³ AICHER/ROHRER, Alternative Verfahren der Streitbeilegung, ÖJZ 2008/101, 946 (950); BOCKEMÜHL/KIER, Verständigungen in Strafverfahren, AnwBl 2010, 402 (402); SCHAFFLER, Das Geständnis 22f.

⁷³⁴ 11 Os 77/04 JBl 2005, 127.

Beteiligung diszipliniere (§ 57 RDG) und strafrechtliche (§ 302 StGB) Folgen nach sich ziehen könne. Diese Rechtsauffassung hat der OGH auch in weiteren Entscheidungen⁷³⁵ bekräftigt.⁷³⁶

In der Literatur wurde diese Thematik trotz der bestehenden Verständigungspraxis⁷³⁷ erst am Ende der 1980er Jahre aufgegriffen, also zu einer Zeit, in der in Italien und Portugal die Prozessabsprachen bereits gesetzlich verankert waren.

ZITTA⁷³⁸ nahm als einer der Ersten 1987 zu einer im Jahr davor stattgefundenen Urteilsabsprache eine negative Haltung ein und kritisierte sie als „Unrechtsgeschäft“. Vier Jahre später beanstandete SOYER⁷³⁹ das Schweigen im Schrifttum und forderte die Enttabuisierung von Verständigungen. Doch erst Ende der 1990er Jahre begann eine lebhafte Diskussion hinsichtlich dieser Thematik. MOOS⁷⁴⁰ lehnte 1997 Absprachen im Strafverfahren ab, weil es darin um die Erforschung der objektiven Wahrheit und nicht um ein Agreement gehe. TIPOLD⁷⁴¹ kam 1999 zu dem Ergebnis, dass das Gesetz zwar an vielen Stellen eine Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten zulasse, ein derartiger „Handel über Schuld und Strafe“⁷⁴² aber *contra legem* und unverbindlich sei. 2001 äußerte sich SCHWAIGHOFER⁷⁴³ missbilligend über Absprachen, weil durch diese die Hauptverhandlung zu einem bedeutungslosen Ritual werde.⁷⁴⁴

Zwei Jahre später sprachen sich BERTEL⁷⁴⁵, GERSTBERGER und SOYER⁷⁴⁶ ausdrücklich für prozessbeendende Verständigungen aus. GERSTBERGER betont aber, dass dem Geständnis keinesfalls eine „Anerkennungswirkung“⁷⁴⁷ zukommen dürfe. Auch MOOS spricht sich seit 2003⁷⁴⁸ für Absprachen aus und gab seine frühere ablehnende Haltung wegen „des Wildwuchses in der Praxis, der

⁷³⁵ 12.7.2006 13 Os 70/06b; 4.3.2010, 13 Os 1/10m.

⁷³⁶ BOCKEMÜHL/KIER, Verständigungen in Strafverfahren, AnwBl 2010, 402 (402 FN 6).

⁷³⁷ VELTEN, Die Geister, die ich rief, JSt 2009, 181 (190 FN 50 mwN).

⁷³⁸ ZITTA in ZITTA, Unser Strafprozeß II 184.

⁷³⁹ SOYER, Ermittlungsrecht und Ausschließung, AnwBl 1991, 71 (72 FN 7).

⁷⁴⁰ MOOS, Der Außergerichtliche Tatausgleich für Erwachsene, JBl 1997, 337 (351).

⁷⁴¹ TIPOLD, Absprachen im Strafprozeß 169 (169ff).

⁷⁴² TIPOLD, Absprachen im Strafprozeß 189.

⁷⁴³ SCHWAIGHOFER in PILGERMAIR, Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert 263.

⁷⁴⁴ SCHAFFLER, Das Geständnis 23; JÄGER, Absprachen im österreichischen und US-amerikanischen Strafprozess 167f; ZAPONIG, Von Absprachen und Verständigungen im Strafprozess 12f.

⁷⁴⁵ BERTEL in SOYER, Realität und Vision 14.

⁷⁴⁶ SOYER in SOYER, Realität und Vision 82.

⁷⁴⁷ GERSTBERGER in SOYER, Realität und Vision 101.

⁷⁴⁸ MOOS, Die Reform der Hauptverhandlung, ÖJZ 2003/18, 321 (330ff).

*Prozessökonomie und der Veränderung von Prozessprinzipien*⁷⁴⁹ auf. Des Weiteren befürwortet *MEDIGOVIC*⁷⁵⁰ die konsensuale Verfahrenserledigung, wenn zugleich wirksame Elemente der Fairness und Richtigkeitsgewähr geschaffen werden. Ebenso halten *MÜHLBACHER*⁷⁵¹ und *KÖNIG*⁷⁵² aus staatsanwaltlicher Sicht ein gesetzlich geregeltes Abspracherecht für erstrebenswert, „um den Eindruck des Feilschens um ein Urteil im Hinterzimmern“⁷⁵³ zu vermeiden. Weiters treten *BIRKLBAUER*⁷⁵⁴, *RUHRI*⁷⁵⁵ und *ORLANDI*⁷⁵⁶ für die gesetzliche Implementierung von Verständigungen ein.

Trotz dieser mittlerweile zahlreichen Befürworter einer Kodifizierung, gibt es nach wie vor viele Gegner. So bringen die OGH Richter *RATZ*⁷⁵⁷, *MARKEL*⁷⁵⁸ und *DANEK*⁷⁵⁹, die Professoren *VELTEN*⁷⁶⁰, *SCHÜNEMANN*⁷⁶¹ und *VENIER*⁷⁶² sowie die Rechtsanwälte *BOCKEMÜHL/KIER*⁷⁶³ eine Reihe von Argumenten gegen die Legalisierung von Prozessabsprachen vor. Als bedeutsamsten Einwand gegen Deals im Strafverfahren bezeichnet *OBETZHOFFER*⁷⁶⁴, Richter am OLG Graz, die Preisgabe des Grundsatzes der materiellen Wahrheitsforschung. Denn selbst im Fall der Beibehaltung der Pflicht des Gerichts zur Nachprüfung des abgesprochenen Geständnisses würde diese auf einen bloßen Formalakt reduziert werden.

Obwohl die Befürworter die gesetzliche Normierung der Absprachenpraxis als logischen nächsten Evolutionsschritt des Strafverfahrens nach der Einführung der Diversion ansehen und die „Dämonisierung“⁷⁶⁵ dieses Themas ablehnen, steht außer Zweifel, dass solche „Vergleiche über Schuld und Strafe“⁷⁶⁶ in einem

⁷⁴⁹ MOOS, Absprachen im Strafprozess, RZ 2004, 56 (60f).

⁷⁵⁰ MEDIGOVIC in SOYER, Ringen um Fairness 136f u 141f.

⁷⁵¹ MÜHLBACHER, Verteidigung in der Hauptverhandlung, JSt 2009, 40 (40).

⁷⁵² KÖNIG, Wahrheit im Strafprozess, JSt 2010, 6 (8).

⁷⁵³ MÜHLBACHER, Verteidigung in der Hauptverhandlung, JSt 2009, 40 (41).

⁷⁵⁴ BIRKLBAUER, Der Prozessgegenstand 133f.

⁷⁵⁵ RUHRI, Verständigungen, AnwBl 2010, 243 (243).

⁷⁵⁶ ORLANDI, Plea bargaining, ÖJZ 2009/46, 404 (406).

⁷⁵⁷ RATZ, Verfahrensbeendende Prozessabsprachen, ÖJZ 2009/102, 949 (950); ders, Zur Reform der Hauptverhandlung, ÖJZ 2010/47, 387 (387).

⁷⁵⁸ MARKEL, WK-StPO § 1 RZ 9; vgl ZAPONIG, Von Absprachen und Verständigungen im Strafprozess 13 FN 69.

⁷⁵⁹ DANEK, Wahrheitsfindung und Prozessökonomie, RZ 2004, 122 (129).

⁷⁶⁰ VELTEN, Die Geister, die ich rief, JSt 2009, 181 (190f).

⁷⁶¹ SCHÜNEMANN, Reformaspekte, JSt 2010, 85 (85f).

⁷⁶² VENIER in SOYER, Bewährung in der Praxis 20.

⁷⁶³ BOCKEMÜHL/KIER, Verständigungen in Strafverfahren, AnwBl 2010, 402 (412ff).

⁷⁶⁴ OBETZHOFFER in SOYER, Ringen um Fairness 123.

⁷⁶⁵ OBERHOFER in SOYER, Ringen um Fairness 146.

⁷⁶⁶ TIPOLD, Absprachen im Strafprozeß 183.

Spannungsverhältnis mit den Errungenschaften des reformierten Strafprozesses stehen. Denn neben dem Prinzip der materiellen Wahrheit werden durch einen solchen Handel, der gewöhnlich nicht in der Hauptverhandlung erfolgt, auch der Öffentlichkeits-, Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz, der Grundsatz der Laienbeteiligung, das Legalitätsprinzip, die Unschuldsvermutung, der Gleichheitsgrundsatz, die freie Beweiswürdigung sowie der *nemo-tenetur*-Grundsatz verletzt.⁷⁶⁷ Der absprachefreundlich gesinnte Teil der Lehre plädiert daher *de lege ferenda* für die Weiterentwicklung der Prozessprinzipien, vor allem für die Modifikation der amtswegigen Wahrheitsforschung zur „*konsensualen Wahrheitsfindung*“⁷⁶⁸.

Die ermittelte Wahrheit soll ein Produkt der Kommunikation zwischen dem Gericht und/oder dem Staatsanwalt einerseits und dem Angeklagten andererseits und nicht mehr das Ergebnis des untersuchenden und urteilenden Richters sein. Das Geständnis, das gemäß der Vereinbarung in der Hauptverhandlung abgelegt wird, sei aber nicht mit dem anglo-amerikanischen Schuldanerkenntnis, der *guilty plea*, zu vergleichen, weil es zwar die umfangreiche Beweiserhebung ersetze, aber dennoch vom Gericht auf seinen objektiven Wahrheitsgehalt überprüft werden müsse.⁷⁶⁹

Nach dieser Ansicht kommt es daher trotz der Konsensbildung nicht zu einer Kollision des abgesprochenen Geständnisses mit der Aufklärungspflicht des Gerichts. Es wird dabei jedoch übersehen, dass ohne eine umfassende Beweisaufnahme das Geständnis nicht übergeprüft und gewürdigt werden kann.

Auch mit dem von der Arbeitsgruppe der Strafrechtskommission 2009 vorgeschlagenen Modell⁷⁷⁰ für eine gesetzliche Regelung von Verständigungen über Rechtsfolgen soll keine formelle Wahrheit im Strafprozess eingeführt werden. Tatsächlich würde damit jedoch die Inquisitionsmaxime ausgehöhlt werden. Der Entwurf fordert als unbedingte Voraussetzung für einen Deal eine „*geständige Verantwortung*“⁷⁷¹. Das Geständnis muss jedoch nicht umfassend und reumütig sein, sondern ist ausreichend, wenn es entsprechend den Voraussetzungen für eine Diversion zu einem geklärten Sachverhalt führt. Der Verständigungsrichter, der im

⁷⁶⁷ MEDIGOVIC in SOYER, Ringen um Fairness 133; dies in BMJ, Vorarlberger Tage 2007, 104; MOOS, Absprachen im Strafprozess, RZ 2004, 56 (56f); VELTEN, Die Geister, die ich rief, JSt 2009, 181 (183 u 186f).

⁷⁶⁸ SOYER, Wahrheit im Strafprozess, JSt 2010, 10 (10).

⁷⁶⁹ MOOS, Absprachen im Strafprozess, RZ 2004, 56 (62).

⁷⁷⁰ Siehe dazu RUHRI, Verständigungen, AnwBl 2010, 243 (243ff).

⁷⁷¹ RUHRI, Verständigungen, AnwBl 2010, 243 (247).

Fall seiner Ablehnung der von den Parteien beabsichtigten Absprache von der Rechtssache ausgeschlossen wird, darf zwar das absprachegemäße Geständnis nicht unbesehen seinem Urteil zugrunde legen, es reicht jedoch die Beurteilung der Richtigkeit der zugestandenen Tatsachen anhand des Akteninhalts aus.⁷⁷² Stimmt also das Geständnis mit den Akten überein, wird auf eine weitere Beweisaufnahme und damit auf die richterliche Überprüfung des Geständnisses verzichtet.

Zu Recht bezeichnet *VELTEN* aus diesem Grund die Hauptverhandlung lediglich als „*Schauprozess*“⁷⁷³. Denn die Aufklärung der Straftat erfolgt nicht mehr durch die gerichtliche Wahrnehmung der einzelnen Beweismittel. Durch die Verständigung wird die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung auf das abgesprochene Geständnis beschränkt, dessen Überprüfung nur noch auf den Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft basiert. Aus der Schlüssigkeit von Geständnis und Ermittlungsergebnis ist jedoch für die Aufklärung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts nichts gewonnen, da die Überzeugung des Gerichts von der Richtigkeit der zugestandenen Tatsachen nur aus dem Inhalt der Hauptverhandlung geschöpft werden darf.⁷⁷⁴

Der Beweiswert des im Rahmen einer Absprache abgelegten Geständnisses an sich ist jedoch fraglich, denn die Gefahr falscher Geständnisse erhöht sich in Verständigungsverfahren durch die verstärkte Drucksituation, in der sich der Angeklagte befindet. So wird allein die Zusicherung eines reduzierten Strafrahmens auf viele Angeklagte den Druck ausüben, lieber ein Geständnis abzulegen und die mildere Strafobergrenze in Kauf zu nehmen, anstatt auf ein ungewisses Urteil warten zu müssen. Zwar kann auch im streitigen Verfahren im Falle eines reumütigen oder umfassenden Geständnisses mit einem Vorteil, nämlich dem Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 17 StGB, gerechnet werden, aber wirklich sicher kann sich der Angeklagte hinsichtlich der Anwendung des Strafzumessungsgrundes nicht sein, weil der Richter gem § 262 StPO nur eine Prognose über das konkrete Strafmaß abgeben darf. Aus diesem Grund fallen der Geständnisdruck und damit die Gefahr unrichtiger Selbstbezeichnungen geringer als im konsensualen Verfahren aus.⁷⁷⁵

Die in der Praxis vorkommende so genannte „Sanktionsschere“, bei der die

⁷⁷² *RUHRI*, Verständigungen, AnwBl 2010, 243 (246f).

⁷⁷³ *VELTEN*, Die Geister, die ich rief, JSt 2009, 181 (183).

⁷⁷⁴ *HAUER*, Geständnis und Absprachen 175; *HSU*, Die Bewertung 135; *VELTEN*, Die Geister, die ich rief, JSt 2009, 181 (185); vgl auch oben 144.

⁷⁷⁵ *BOCKEMÜHL/KIER*, Verständigungen in Strafverfahren, AnwBl 2010, 402 (411); *TIPOLD*, Absprachen im Strafprozeß 181.

konkrete Strafhöhe sowohl für das geständige als auch für das leugnende Vorgehen vom Richter bekannt gegeben wird⁷⁷⁶, verstößt als unzulässige Drohung gegen § 164 Abs 4 StPO. Mit der im Entwurf der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Einführung eines Verständigungsrichters, der bei Nichtgenehmigung der Absprache am weiteren Verfahren nicht mehr teilnehmen darf, könnte diese unzulässige Beeinträchtigung der freien Willensentschließung des Angeklagten, die ihn zur Ablegung eines unter Umständen falschen Geständnisses nötigt, allerdings verhindert werden.⁷⁷⁷

Die im Entwurf festgelegte Anforderung an die Qualität des Geständnisses ist allerdings nicht geeignet, die bei Absprachen erhöhte Gefahr von unwahren Selbstbelastungen auszugleichen. Das Modell sieht vor, dass das Geständnis zwar nicht notwendig umfassend und reumütig zu sein hat, aber der Sachverhalt muss durch das Geständnis immerhin hinreichend geklärt werden. Ein „schlankes“ Geständnis, das ähnlich der anglo-amerikanischen *guilty plea* den Tatvorwurf nur pauschal bestätigt, ist daher nicht ausreichend und als Voraussetzung für Verständigungen untauglich. Doch auch wenn das Absprachegeständnis so beschaffen ist, dass es dem Gericht ausreichend Informationen zur Verfügung stellt, ist dies angesichts der verstärkten Drucksituation, in der sich der Geständige aufgrund der Absprache befindet, keinesfalls ein zuverlässiges Glaubwürdigkeitskriterium.⁷⁷⁸

Das ausgehandelte Geständnis besitzt also von vornherein kaum einen Beweiswert und ist aus diesem Grund nicht als alleinige Urteilsgrundlage geeignet. Wird nun die Richtigkeit des absprachegemäßen Geständnisses nicht durch weitere Beweiserhebungen in der Hauptverhandlung nachgewiesen, sondern sein Inhalt ungeprüft der Entscheidung zugrunde gelegt, wird die Hauptverhandlung, wie der Endliche Rechtstag im Inquisitionsverfahren, zur bloßen Formalität und dient nur mehr dazu, das auf den Akten des geheimen Ermittlungsverfahrens basierende und zwischen den Parteien ausgehandelte Ergebnis im Urteil öffentlich zu verkünden. Dem abgesprochenen Geständnis kommt im Hauptverfahren lediglich eine formelle verfahrensbeendende Funktion zu und es stellt demnach kein Instrument zur materiellen Wahrheitserforschung mehr dar.

⁷⁷⁶ Siehe dazu ALTENHAIN, Die Praxis der Absprachen 178ff.

⁷⁷⁷ BOCKEMÜHL/KIER, Verständigungen in Strafverfahren, AnwBl 2010, 402 (412); MEDIGOVIC in SOYER, Ringen um Fairness 134; dies in BMJ, Vorarlberger Tage 2007, 105; SCHAFFLER, Das Geständnis 26f.

⁷⁷⁸ HAUER, Geständnis und Absprache 201f; RUHRI, Verständigungen, AnwBl 2010, 243 (247).

Das Ziel des Strafprozesses, den Rechtsfrieden in der Gesellschaft wiederherzustellen⁷⁷⁹, kann letztlich aber nur durch das gewissenhafte Streben nach der objektiven Wahrheit erreicht werden.⁷⁸⁰ Absprachen, deren Ziel es gerade ist, die gerichtliche Beweisaufnahme, und damit die Überprüfung des absprachegemäßen Geständnisses auf seinen materiellen Wahrheitsgehalt, als „*Ballast*“⁷⁸¹ aufgrund „*der Finanznot*“⁷⁸² und „*der Ressourceninteressen des Staates*“⁷⁸³ loszuwerden, sind mit dieser Zielsetzung unvereinbar. Denn wie *RATZ*⁷⁸⁴ korrekt ausführt, ruinieren Absprachen das Vertrauen der Bevölkerung in eine funktionierende Strafjustiz und gefährden durch dieses hervorgerufene Misstrauen den sozialen Rechtsfrieden.

⁷⁷⁹ *PLATZGUMMER*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens 1997, 3.

⁷⁸⁰ *HSU*, Die Bewertung 155f.

⁷⁸¹ *MOOS*, Absprachen im Strafprozess, RZ 2004, 56 (61).

⁷⁸² *RATZ*, Verfahrensbeendende Prozessabsprachen, ÖJZ 2009/102, 949 (950).

⁷⁸³ *VELTEN*, Die Geister, die ich rief, JSt 2009, 181 (189).

⁷⁸⁴ *RATZ*, Verfahrensbeendende Prozessabsprachen, ÖJZ 2009/102, 949 (951f).

V. Das Geständnis in Deutschland

1. Das Geständnis im Zivilverfahren

1.1. In der Civilprozeßordnung für das Königreich Württemberg von 1868 und im Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund von 1869

Laut den Motiven⁷⁸⁵ waren die Württembergische Zivilprozessordnung von 1868 sowie der Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund von 1869, die die Grundsätze des gemeinen Rechts hinsichtlich des gerichtlichen Geständnisses normiert haben, die maßgeblichen Vorbilder für die entsprechenden Regelungen in der Reichszivilprozessordnung, die sieben Jahre nach der Gründung des Deutschen Reiches (1870) veröffentlicht wurde und zusammen mit den anderen Reichsjustizgesetzen am 1. Oktober 1879 Geltung erlangte.⁷⁸⁶

Nach Art 397 der Württembergischen Zivilprozessordnung „überhebt“ das Geständnis den Gegner des Beweises der zugestandenen Tatsache. Dass diese Prozessordnung wie das gemeine Recht das Geständnis nicht als Beweismittel, sondern als durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über den Prozessgegenstand betrachtete, geht nach Ansicht von *FECHT*⁷⁸⁷ nicht nur aus Art 397, sondern auch aus den Motiven und aus dem Commissionsbericht der Kammer der Abgeordneten eindeutig hervor. *SCHOOFS*⁷⁸⁸ sieht den Dispositionscharakter des Geständnisses in der Württembergischen Zivilprozessordnung zudem auch in Art 400 verdeutlicht, der den Widerruf entsprechend der gemeinrechtlichen Lehre nur im Fall eines entschuldbaren Irrtums zulässt. Da diese Bestimmungen keine Ähnlichkeit mit den Regelungen in der Reichszivilprozessordnung von 1877 aufweisen, nimmt *SCHOOFS* vielmehr den Entwurf für den Norddeutschen Bund als alleiniges Vorbild für die Textierung in der deutschen Zivilprozessordnung an, die in § 458 folgendes normierte:

„Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung

⁷⁸⁵ *HAHN*, Die gesammten Materialien 278.

⁷⁸⁶ *PRÜTTING* in *PRÜTTING/GEHRLEIN*, Einleitung RZ 5; *SCHOOFS*, Entwicklung 44.

⁷⁸⁷ *FECHT*, Civilprozeßordnung II 149.

⁷⁸⁸ *SCHOOFS*, Entwicklung 45.

oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind (gerichtliches Geständnis).“⁷⁸⁹

Der erste Satz in § 261 der Reichszivilprozessordnung 1877 (§ 288 Abs 1 ZPO gF) entsprach fast völlig dieser Regelung und enthielt im Vergleich zu § 458 des Entwurfs nur noch den Zusatz „*im Laufe des Rechtsstreits*“. Die Widerrufsregelung in § 263 der Reichszivilprozessordnung 1877 (§ 290 ZPO gF) unterschied sich zwar geringfügig im Wortlaut, aber nicht inhaltlich von § 460 des Entwurfs, in dem der Widerruf bereits an den doppelten Nachweis gebunden war, dass das Geständnis nicht der Wahrheit entspricht und dass es durch einen Irrtum veranlasst worden ist. Nach der in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts herrschenden gemeinrechtlichen Auffassung vom Geständnis als Dispositionsakt hätte jedoch der Irrtumsnachweis für sich allein ausgereicht, um die Bindung der gestehenden Partei zu beseitigen.⁷⁹⁰

WALSMANN⁷⁹¹ war indes der Ansicht, dass der Nachweis der Unwahrheit des Geständnisses deshalb zusätzlich zum Irrtumsnachweis gefordert wurde, weil sich der historische Gesetzgeber noch nicht völlig von der zunächst im gemeinen Recht herrschenden Auffassung⁷⁹² lösen konnte, nach der das Geständnis ein bindendes Beweismittel war und die Vermutung der Wahrheit in sich trug. Auch heute noch⁷⁹³ wird der zweifache Nachweis auf den doppelten Charakter des Geständnisses zurückgeführt. Demnach bedarf es des Nachweises der Unwahrheit, um die Wissenserklärung, und des Nachweises des Irrtums, um die Willenserklärung zu beseitigen.

SCHOOFS⁷⁹⁴ dagegen kam in seiner Dissertation 1982 zum Ergebnis, dass die Widerrufsregelung in § 290 ZPO gF nicht auf das gemeinrechtliche Verständnis des Geständnisses als Willenserklärung, sondern über den Norddeutschen Entwurf von 1869 auf die Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten von 1793 zurückzuführen sei. Er stimmte damit der von HEGLER⁷⁹⁵ schon im Jahr 1903 geäußerten Ansicht zu, dass der aus dem Norddeutschen Entwurf übernommenen Bestimmung erst nachträglich – durch die Bezugnahme auf die gemeinrechtlichen

⁷⁸⁹ Zit von SCHOOFS, Entwicklung 45f.

⁷⁹⁰ SCHOOFS, Entwicklung 46 u 68.

⁷⁹¹ WALSMANN, Der Irrtum im Prozeßrecht, AcP 1907, 1 (52f); vgl SCHOOFS, Entwicklung 48 FN 3 u 96;

⁷⁹² Vgl oben 76f.

⁷⁹³ ASSMANN in WIECZOREK/SCHÜTZE, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 9.

⁷⁹⁴ SCHOOFS, Entwicklung 49 FN 1 u 193.

⁷⁹⁵ HEGLER, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht 288 FN 2.

Grundsätze in den Motiven – die Lehre vom Geständnis als dispositivem Verzicht als „*Dekoration*“ beigefügt wurde.

Die preußische Allgemeine Gerichtsordnung von 1793 war ein Versuch, sich vom gemeinen Prozeß loszulösen.⁷⁹⁶ Der preußische Gesetzgeber lehnte zwar die AGO noch deutlich an die meisten Grundsätze des gemeinen Zivilprozesses an⁷⁹⁷, strebte aber durch die Anwendung der Untersuchungsmaxime auch im Zivilverfahren danach, die materielle Wahrheit zu ermitteln.⁷⁹⁸ Die Untersuchung durch den Richter von Amts wegen war zunächst im *Corpus Juris Fridericianum* von 1781 nur die notwendige Konsequenz der Abschaffung der Advokaten. Im Interesse der Parteien musste nun der Richter den wirklichen Sachverhalt aufklären, weil es keine Parteibeistände mehr gab, die ihm den Tatsachenstoff beibrachten. Obwohl in der AGO die Advokaten als so genannte „beamtete Justizkommissare“ wieder zugelassen wurden, schaffte man die Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen aber nicht ab. Die richterliche Untersuchungspflicht wurde nicht länger aus dem Recht der Parteien, sondern aus dem öffentlichen Recht abgeleitet und als eine im Interesse der objektiven Wahrheit notwendige selbstständige Pflicht des Richters verstanden.⁷⁹⁹

Die maßgeblichen Vorschriften zum Geständnis finden sich im Zehnten Titel des Ersten Teils der AGO. Der Zweite Abschnitt trug die Überschrift „*Vom Beweise durch Zugeständniß*“ und begann mit § 82, der folgendes festhielt:

*„Wenn eine Thatsache in der Klage, oder deren Beantwortung, zugestanden worden, so bedarf es darüber keiner Beweisesaufnahme; wenn aber die Parthei ein solches Zugeständniß während des Laufes der Instruktion zurücknimmt, so hat es bei der Vorschrift des § 27 sein Bewenden.“*⁸⁰⁰

Die Formulierung „*bedarf es darüber keiner Beweisesaufnahme*“ ist mit jener in § 458 des Entwurfs bzw in § 288 ZPO gF fast identisch. Nach herrschender Ansicht⁸⁰¹ hat der preußische Gesetzgeber mit der so getroffenen Regelung den

⁷⁹⁶ OPITZ-BONSE, Die Civilprozeßordnung 34.

⁷⁹⁷ PRÜTTING in PRÜTTING/GEHRLEIN, Einleitung RZ 5.

⁷⁹⁸ WITTMACK, Das gerichtliche Geständnis, AcP 1898, 1 (13).

⁷⁹⁹ BOMSDORF, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit 81ff u 87ff.

⁸⁰⁰ Zit von SCHOOFS, Entwicklung 49.

⁸⁰¹ BOMSDORF, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit 93; SAVIGNY, System VII 46; WITTMACK, Das gerichtliche Geständnis, AcP 1898, 1 (14 u 51); aM SCHOOFS, Entwicklung 65.

Erfahrungssatz, dass ein Geständnis regelmäßig der Wahrheit entspricht, zum Rechtssatz erhoben und das Geständnis als formelles Beweismittel aufgefasst. Die Widerrufsregelung in § 27 a der preußischen AGO lautete:

„Wenn bei der Vernehmung der Partheien eine derselben ein in den bisherigen Protokollen enthaltenes Geständniß widerruft oder sonst einen zur Sache gehörigen Umstand anders, als er dort vorgetragen ist, angiebt; so muß der Instruent sich dabei nicht schlechterdings beruhigen, sondern die Parthei anhalten, **wahrscheinliche Gründe, wodurch sie zu dem jetzt zurückgenommenen Geständnisse, oder zu der für irrig ausgegebenen Erklärung bewogen worden**, anzuführen, auch nothigen Falls zu bescheinigen; ingleichen Mittel an die Hand geben, wodurch die **wahre Bewandtniß einer solchen Thatsache ins Licht gesetzt** werden könne [...].“⁸⁰²

SCHOOFS⁸⁰³ wies nach, dass diese Bestimmung auf eine sehr ähnlich lautende Vorschrift (1. Teil, 10. Titel, § 9) im *Corpus Juris Fridericianum* von 1781 zurückgeht. Aus dem Vergleich mit der Widerrufsregelung im Projekt des *Codex Fridericiani Marchici* von 1748 erkannte SCHOOFS die eigenständige Leistung des preußischen Gesetzgebers von 1781, denn der Nachweis der Unrichtigkeit der zugestandenen Tatsache wurde im CFM noch nicht gefordert.⁸⁰⁴ Der preußische Gesetzgeber von 1871 beschränkte mit diesem Erfordernis den Widerruf auf objektiv unrichtige Geständnisse und bewirkte damit eine Beweislastumkehr. In Bezug auf den Nachweis des Widerrufsgrundes wurde im CFM⁸⁰⁵ durch das Wort „etwa“ noch deutlich hervorgehoben, dass der Irrtum nur einen von mehreren möglichen Gründen zur Entkräftung eines Geständnisses darstellt. Obwohl dieses Wort in der entsprechenden Bestimmung des *Corpus Juris Fridericianum* und der AGO fehlte, wollte der preußische Gesetzgeber nach der Ansicht von SCHOOFS⁸⁰⁶ den Widerruf

⁸⁰² Zit von SCHOOFS, Entwicklung 50.

⁸⁰³ SCHOOFS, Entwicklung 53f.

⁸⁰⁴ Auch der bayerische Gesetzgeber forderte dies im *Codex Juris Bavarici Judiciarii* von 1753 nicht. Als Widerrufsgründe waren neben dem Irrtum auch Zwang und Hinterlist ausdrücklich zulässig; vgl. SCHÖLL, Der *Codex Juris Bavarici Judiciarii* von 1753 im Vergleich 174; SCHOOFS, Entwicklung 54 FN 1.

⁸⁰⁵ CFM 3. Teil, Titel XII, § 12: „Es soll aber die **etwa** aus Irrtum in einer eigenen oder fremden Sache selbst, oder in deren wichtigen Umständen geschehene Confession, wann selbige gleich endlich demjenigen so solche gethan, keineswegs nachtheilig seyn; jedoch muß solcher Irrthum deutlich angezeigt und beweislich ausgeführet [...] werden.“; zit von SCHOOFS, Entwicklung 54.

⁸⁰⁶ SCHOOFS, Entwicklung 65f u 69.

allerdings nicht auf den Irrtum beschränken, sondern ihn innerhalb einer möglichst allgemein gehaltenen Regelung lediglich weiterhin als typisches Beispiel im Gesetz anführen, weil er der häufigste Widerrufsgrund eines Geständnisses sei. Erst durch die inhaltliche Übernahme der AGO-Regelung des Widerrufs in den Entwurf für den Norddeutschen Bund – ohne auf eine dem § 27 a entsprechende allgemein gehaltene Formulierung zu achten – war es möglich, dieser Regelung nachträglich die gemeinrechtliche Lehre vom Geständnis als Willenserklärung „überzustülpen“.

Diese von *SCHOOFS* und *HEGLER* angenommene Entstehungsgeschichte des Wortlauts der Regelung des Geständnisses wird von ihnen noch durch den Hinweis untermauert, dass es sich beim nachzuweisenden Irrtum bei seiner Ablegung im Entwurf nicht um einen von der gemeinrechtlichen Lehre geforderten *entschuldbaren* Irrtum handelte.⁸⁰⁷ Auch *WALSMANN*⁸⁰⁸ bemängelte hinsichtlich der Auffassung des deutschen Gesetzgebers vom Geständnis als Willenserklärung, dass dieser den Irrtum in § 290 ZPO gF inkonsequenterweise nicht als einen entschuldbaren Mangel im Willen, sondern lediglich als einen verschuldeten oder unverschuldeten Irrtum über die Wahrheit des Geständnisses, also einen nach der Willenstheorie eigentlich unbeachtlichen Motivirrtum auffasst. Die herrschende deutsche Lehre und Rechtsprechung verstehen unter einem nach § 290 ZPO gF relevanten Irrtum „die unbewusste Unkenntnis des wirklichen Sachverhalts“⁸⁰⁹ bzw. „den irrigen Glauben an die Wahrheit der zugestandenen Tatsache“⁸¹⁰. Es ist unerheblich, ob es sich um einen Tatsachen- oder einen Rechtsirrtum oder um einen verschuldeten oder entschuldbaren Irrtum handelt.⁸¹¹ Aufgrund dessen wird *vice versa* gefolgert, dass ein bewusst unwahres Geständnis mangels Irrtums nicht widerrufen werden kann.⁸¹²

⁸⁰⁷ *HEGLER*, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht 288 FN 2; *PLANCK*, Lehrbuch 330 FN 47; *SAVIGNY*, System VII 31f; *SCHOOFS*, Entwicklung 68ff; *WALSMANN*, Der Irrtum im Prozeßrecht, AcP 1907, 1 (52).

⁸⁰⁸ *WALSMANN*, Der Irrtum im Prozeßrecht, AcP 1907, 1 (52); vgl. *SCHOOFS*, Entwicklung 96.

⁸⁰⁹ *GREGER* in *ZÖLLER*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 2; *HUBER* in *MUSIELAK*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 2 FN 2; *PRÜTTING*, MK-ZPO § 290 RZ 5.

⁸¹⁰ *HARTMANN*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 7.

⁸¹¹ III 379/82 RGZ 11, 408; *GREGER* in *ZÖLLER*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 2; *LAUMEN* in *PRÜTTING/GEHRLEIN*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 2; *LEIPOLD* in *STEIN/JONAS*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 4; *PRÜTTING*, MK-ZPO § 290 RZ 5; *REICHOLD* in *THOMAS/PUTZO*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 2.

Von der Beachtlichkeit eines Erklärungs- und Inhaltsirrtums gehen in der deutschen Lehre nur wenige aus. Während *ORFANIDES* für eine analoge Anwendung des § 290 eintritt, werden diese Irrtümer nach *ASSMANN* direkt vom Wortlaut der Widerrufsregelung erfasst; vgl. *ORFANIDES*, Die Berücksichtigung von Willensmängeln 109f; *ASSMANN* in *WIECZOREK/SCHÜTZE*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 14.

⁸¹² VII ZR 46/61 BGHZ 37, 154; *GREGER* in *ZÖLLER*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 3; *LAUMEN* in *PRÜTTING/GEHRLEIN*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 2; *LEIPOLD* in *STEIN/JONAS*,

Seit der Einführung der Wahrheitspflicht im Jahr 1933 bezweifeln jedoch einige Rechtsgelehrte die Bindung an ein als unwahr erkanntes Geständnis und nehmen selbst bei als bewusst unwahr erkannten Tatsachenerklärungen eine Ausnahme von der Bindungskraft des Geständnisses an.⁸¹³ Zudem sehen sie aufgrund der Wahrheitspflicht im Geständnis überhaupt nicht länger eine Willenserklärung, sondern eine Wissenserklärung.⁸¹⁴

1.2. In der deutschen Zivilprozessordnung seit der Einführung der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht im Jahr 1933

Während die Wahrheitspflicht in den Prozessgesetzen des 18. und 19. Jahrhunderts, wie zum Beispiel in der österreichischen AGO von 1781, in der preußischen AGO von 1793 sowie noch in der Württembergischen ZPO von 1868 ausdrücklich statuiert war, fehlte diese Pflicht in der rechtspolitisch gänzlich vom Liberalismus beherrschten deutschen Zivilprozessordnung von 1877. Der Kampf in der Wissenschaft um die Wahrheitspflicht der Parteien, der durch *KLEINS* Auffassung vom Prozess als soziale Wohlfahrtseinrichtung ausgelöst und in den folgenden Jahrzehnten erbittert geführt wurde, fand erst durch die Zivilprozessnovelle vom 27. Oktober 1933, die diese Pflicht ausdrücklich in § 138 Abs 1 ZPO normierte, ein Ende.⁸¹⁵

Während nach herrschender Ansicht⁸¹⁶ das Geständnis von unmöglichen und offenkundig unwahren Tatsachen keine bindende Wirkung entfaltet, war es nach der Einführung der Wahrheitspflicht unklar und ist es auch heute noch strittig, welche prozessualen Folgen das bewusst wahrheitswidrige Zugeständnis hat; denn der Gesetzgeber von 1933 hat die Bestimmung über den Widerruf unverändert gelassen.

Eine Partei, die gegenüber dem Gericht bewusst unwahre Tatsachen zugesteht, verletzt nach einem Teil der Lehre⁸¹⁷ die Wahrheitspflicht nicht, weil diese nur

Kommentar zu § 290 ZPO RZ 1; *REICHOLD* in *THOMAS/PUTZO*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 2.

⁸¹³ Vgl die genannten Autoren im nächsten Kapitel.

⁸¹⁴ *RECHBERGER*, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (73).

⁸¹⁵ *SEUFFERT*, Die Wahrheitspflicht 1 u 6ff.

⁸¹⁶ BGH III ZR 156/77 NJW 1979, 2089; *ASSMANN* in *WIECZOREK/SCHÜTZE*, Kommentar zu § 288 ZPO RZ 56f; *GREGER* in *ZÖLLER*, Kommentar zu § 288 ZPO RZ 7; *HUBER* in *MUSIELAK*, Kommentar zu § 288 ZPO RZ 10; *LAUMEN* in *PRÜTTING/GEHRLEIN*, Kommentar zu § 288 ZPO RZ 8; *LEIPOLD* in *STEIN/JONAS*, Kommentar zu § 288 ZPO RZ 21f; *PRÜTTING*, MK-ZPO § 288 RZ 4; *REICHOLD* in *THOMAS/PUTZO*, Kommentar zu § 288 ZPO RZ 6.

⁸¹⁷ *LEIPOLD* in *STEIN/JONAS*, Kommentar zu § 138 ZPO RZ 5 u § 288 ZPO RZ 23; *REICHOLD* in *THOMAS/PUTZO*, Kommentar zu § 138 ZPO RZ 7; aM zB *HARTMANN*, Kommentar zu

gegenüber dem Gegner bestehe. Nach dieser Auffassung blieb die Widerrufsregelung in § 290 ZPO von der Einführung des Verbots unwahrer Aussagen unberührt, und das zugunsten des Gegners abgelegte wahrheitswidrige Geständnis bindet nach wie vor die gestehende Partei und damit auch den Richter.

Auch nach der Rechtsprechung des BGH⁸¹⁸ entfaltet ein als bewusst unwahr erkanntes Geständnis grundsätzlich eine Bindungswirkung. Allerdings nimmt der BGH wie der überwiegende Teil der Lehre⁸¹⁹ sehr wohl eine Wahrheitspflichtverletzung durch ein bewusst falsches Geständnis an, die aber durch die Bindung der Partei sanktioniert wird. Ist der Richter davon überzeugt, dass eine Partei Tatsachen im Bewusstsein ihrer Unrichtigkeit abgegeben hat, ist dieses Geständnis nur dann ausnahmsweise unwirksam, wenn ein betrügerisches Zusammenwirken der Parteien zulasten eines Dritten – zB der Haftpflichtversicherung – hinzukommt.⁸²⁰

*SCHNEIDER*⁸²¹, Richter am Oberlandesgericht Köln, sieht dagegen keinen Anlass für die Zulässigkeit einer solchen Ausnahme, ebensowenig wie hinsichtlich offenkundig⁸²² unwahrer Geständnisse, denn der BGH verkenne dabei die Verfügungsmacht der Parteien über den Streitstoff. Auch *GRUNSKY*⁸²³ geht von einer absoluten Bindung des Geständnisses aus und begründet dessen ausnahmslose Wirkung mit der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis der Parteien über das streitbefangene Recht, aus der er die uneingeschränkte Herrschaft über den Tatsachenstoff ableitet.⁸²⁴

Einführung vor §§ 288–290 ZPO RZ 6 und § 290 ZPO RZ 6: Das wider besseres Wissen abgegebene Geständnis hat gegenüber dem Gericht keine Bindungskraft, weil es gegen die Wahrhaftigkeitspflicht des § 138 Abs 1 ZPO, einer öffentlichrechtlichen Pflicht, verstößt; vgl auch *SEUFFERT*, Die Wahrheitspflicht 36 FN 4 mwN.

⁸¹⁸ VII ZR 46/61 BGHZ 37, 154; IV ZR 1084/68 VersR 1970, 826; III ZR 156/77 NJW 1979, 2089; VI ZR 122/94 NJW 1995, 1432.

⁸¹⁹ *ASSMANN* in *WIECZOREK/SCHÜTZE*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 3; *GREGGER* in *ZÖLLER*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 3; *HUBER* in *MUSIELAK*, Kommentar zu § 290 ZPO RZ 1; *PRÜTTING* in *PRÜTTING/GEHRLEIN*, Kommentar zu § 138 ZPO RZ 4; *PRÜTTING*, MK-ZPO § 290 RZ 2.

⁸²⁰ *GREGGER* in *ZÖLLER*, Kommentar zu § 288 ZPO RZ 7; *HUBER* in *MUSIELAK*, Kommentar zu § 288 ZPO RZ 9f; *ORFANIDES*, Die Berücksichtigung von Willensmängeln 89.

⁸²¹ *SCHNEIDER*, Die neuere Rechtsprechung I, MDR 6/1975, 444 (445).

⁸²² Ähnlich schon *SEUFFERT* 1951, der die Ausnahme von der Bindungswirkung bei offenkundig unwahren Tatsachen für inkonsequent hält, wenn das Geständnis als dispositive Willenserklärung aufgefasst wird. Nimmt man eine Dispositionsbefugnis der Parteien über Tatsachen an, dürfe sich das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der zugestandenen Tatsachen keine Überzeugung bilden. Demnach müssten die Parteien auch über notorisch unwahre Tatsachen verfügen dürfen; vgl *SEUFFERT*, Die Wahrheitspflicht 61; *ORFANIDES*, Die Berücksichtigung von Willensmängeln 93 FN 61.

⁸²³ *GRUNSKY*, Grundlagen 187; auch im von *BAUR* begründeten und von *GRUNSKY* fortgeführten Lehrbuch werden keine Ausnahmen von der Bindungswirkung genannt; vgl *BAUR/GRUNSKY*, Zivilprozeßrecht RZ 140f.

⁸²⁴ *SCHERER*, Zweifel des Gerichts, DRiZ 1996, 58 (58 FN 2 mwN).

Eine solche Dispositionsbefugnis der Parteien über die Wahrheit objektiver Tatsachen⁸²⁵ im „öffentlichrechtlichen Vorgang des Civilprozesses“⁸²⁶ hat R. SCHMIDT schon im Jahr 1898 als eine „in der Anschauung der übertriebenen Verhandlungsmaxime wurzelnde Vorstellung“⁸²⁶ bezeichnet und sie als „ungesund und dem Prozeßleben schädlich“⁸²⁶ missbilligt. Die Widerrufsregelung enthalte lediglich das Bestreben, durch eine Präsumtion der Wahrheit das Verantwortungsbewusstsein der Partei hinsichtlich ihrer prozessualen Erklärungen zu schärfen und die Gefahr des Widerrufs für den Gegner zu beseitigen. Die durch das Geständnis dem Gestehenden auferlegte Beweislast sei aber für diesen Zweck völlig ausreichend, weshalb R. SCHMIDT die Abänderung des § 263 ZPO aF durch die Beseitigung des Beweises des Irrtums forderte.⁸²⁶

Neben R. SCHMIDT fassten auch WITTMACK⁸²⁷ und andere Autoren⁸²⁸ bereits vor der Einführung der Wahrheitspflicht das Geständnis als Wissenserklärung auf und hielten es durch den bloßen Nachweis seiner Unwahrheit für widerruflich. Seit der Novelle von 1933 war es vor allem BERNHARDT, der den Grundstein für die Lehre vom Geständnis als Wissenserklärung in Deutschland legte.⁸²⁹ Aber schon 1935 kritisierte JUCHEMS⁸³⁰ die herrschende Lehre, die aufgrund ihrer Auffassung, das Geständnis sei eine „Folge der Parteiherrschaft“⁸³¹, und aufgrund des Wortlauts in § 288 ZPO den Zusammenhang zwischen Geständnis und Beweis zugunsten einer Unterteilung in bestrittene/beweisbedürftige und unbestrittene/nicht beweisbedürftige

⁸²⁵ GÖNNER gilt als der Schöpfer des Begriffspaares „Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime“. Er verstand darunter das „Nichts von Amts wegen“ bzw das „Alles von Amts wegen“ und sah diese von ihm geschaffenen Verfahrensgrundsätze im gemeinen Zivilprozess und in der preußischen AGO von 1793 verwirklicht. Die sich in der Wissenschaft hartnäckig haltende Auffassung, dass die Parteien aufgrund ihrer Befugnis, über den geltend gemachten Anspruch zu disponieren, auch ein Verfügungsrecht über den Streitstoff hätten und daher unwahre Tatsachen vorbringen und zugestehen dürften, ist allerdings nicht auf GÖNNER zurückzuführen. Denn dieser verstand darunter nicht das Recht der Parteien über den Streitstoff, sondern vielmehr ein Abwehrrecht gegen Eingriffe des Richters, die lediglich auf privates Wissen zurückzuführen sind. Nach BOMSDORF ist eher v. CANSTEIN dafür verantwortlich, der 1877 die Verhandlungsmaxime vom Dispositionsgrundsatz trennte und ersteres als „Recht der Parteien, über den die erhobenen Ansprüche begründenden Thatbestand (die Thatfachen und deren Beweise) frei zu verfügen“, definierte; vgl BÖHM, Der Streit um die Verhandlungsmaxime, Ius Commune 1978, 136 (142f); BOMSDORF, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit 121f, 146, 175f u 274f.

⁸²⁶ SCHMIDT, Lehrbuch 455.

⁸²⁷ WITTMACK, Das gerichtliche Geständnis, AcP 1898, 1 (51ff).

⁸²⁸ Vgl die Nachweise bei ORFANIDES, Die Berücksichtigung von Willensmängeln 91 FN 53; RECHBERGER, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (73 FN 45); SEUFFERT, Die Wahrheitspflicht 45 FN 25.

⁸²⁹ RECHBERGER, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (73).

⁸³⁰ JUCHEMS, Das Geständnis 23.

⁸³¹ HARTMANN, Kommentar zu § 288 ZPO RZ 9.

Tatsachen leugnet. *BERNHARDT* lehnte erstmals 1949 ein aus der Dispositionsbefugnis über die materiellen Ansprüche abgeleitetes Recht der Parteien, über den Sachverhalt zu verfügen, ausdrücklich ab:

*„Über Tatsachen kann man überhaupt nicht verfügen, weil diese in der Vergangenheit liegen und nicht ungeschehen gemacht werden können. Sie haben sich entweder zugetragen oder nicht zugetragen. Eine Disposition hierüber ist begrifflich unmöglich. Sie wird außerdem heute durch die Wahrheitspflicht ausgeschlossen.“*⁸³²

Aus dem Wahrheitsgebot als öffentlich-rechtliche Pflicht, welche die Übereinstimmung des dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalts mit dem außerprozessual wirklich bestehenden Rechtszustand gewährleisten soll, folge zum einen, dass der Richter durch ein als falsch erkanntes Geständnis nicht gebunden werden kann, unabhängig davon, ob dieses erlogen ist oder ob ihm ein Irrtum zugrunde liegt, und zum anderen die Pflicht der Parteien, sowohl irrtümlich als auch bewusst falsche Geständnisse zu widerrufen. Die Widerrufsbestimmung in § 290 ZPO könne aus diesem Grund – soweit sie den Nachweis des Irrtums verlangt – als der Wahrheitspflicht untergeordnete Norm keine Geltung mehr beanspruchen.⁸³³

*J. P. SCHMIDT*⁸³⁴ geht in seiner Dissertation von 1972 noch einen Schritt weiter und fordert, dass der Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses überhaupt frei sein und seine Wirksamkeit lediglich von der freien Würdigung des Richters abhängen soll.⁸³⁵ Gegen die Ansicht des BGH⁸³⁶, nach der die Bindung der Partei an das erlogene Geständnis durch das Erfordernis des Irrtums die Sanktion für die Verletzung des Lügenverbots darstelle, wendet *BERNHARDT* zu Recht ein, dass dem Zivilprozessgesetz eine solche Prozessstrafe für unwahre Behauptungen fremd sei.⁸³⁷

*ORFANIDES*⁸³⁸, der sich in seiner Dissertation aus dem Jahr 1982 wie schon *J. P.*

⁸³² *BERNHARDT*, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, in *FS ROSENBERG* 15.

⁸³³ *BERNHARDT*, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, in *FS ROSENBERG* 32f; *BERNHARDT*, Das Zivilprozeßrecht 216f; *BERNHARDT*, Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß, *JZ* 1963, 245 (247).

⁸³⁴ *SCHMIDT*, Teilbarkeit und Unteilbarkeit 154.

⁸³⁵ Für die freie Widerruflichkeit des Geständnisses sprachen sich davor schon *WITTMACK* und *HEGLER* aus; vgl. *HEGLER*, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht 291; *WITTMACK*, Das gerichtliche Geständnis, *AcP* 1898, 1 (40).

⁸³⁶ VII ZR 46/61 BGHZ 37, 154.

⁸³⁷ *BERNHARDT*, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, in *FS ROSENBERG* 32f; *BERNHARDT*, Das Zivilprozeßrecht 216f; *BERNHARDT*, Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß, *JZ* 1963, 245 (247).

⁸³⁸ *ORFANIDES*, Die Berücksichtigung von Willensmängeln 97.

*SCHMIDT*⁸³⁹ ebenfalls dem Standpunkt von *BERNHARDT*, nach dem das Geständnis eine an das Gericht gerichtete Wissenserklärung und keine Disposition über eine Behauptung des Gegners ist⁸⁴⁰, anschloss, bringt als weiteres Argument gegen den Sanktionsgedanken in § 290 Abs 1 ZPO vor, dass ein solcher nicht nur bei einem Irrtum über die Wahrheit der zugestandenen Tatsachen, sondern auch bei einem Erklärungs- und Inhaltsirrtum oder bei einer Drohung nicht zum Tragen komme. Da diese Fälle, in denen ebensowenig ein bewusst unwahres Geständnis vorliegen kann, aber vom Novellengesetzgeber in die Widerrufsbestimmung nicht aufgenommen wurden und sich § 290 Abs 1 ZPO daher vom Standpunkt des BGH als sehr eng erweisen würde, sei der Sanktionsgedanke abzulehnen und vielmehr eine Abänderung des § 290 ZPO durch die Novelle von 1933 anzunehmen. Der Nachweis des Irrtums habe als Voraussetzung für den Widerruf zu entfallen und das Geständnis sei als ein Beweismittel aufzufassen, das vollen Beweis der zugestandenen Tatsachen erbringe.

Dieser „*recht gewichtige(n) Mindermeinung*“⁸⁴¹, nach der das Geständnis kein Dispositionsakt, sondern eine Wissenserklärung darstellt, schlossen sich weiters *OLZEN*⁸⁴², *E. SCHMIDT*⁸⁴³, *RÜSSMANN*⁸⁴⁴ und zuletzt *SCHERER*⁸⁴⁵ an. Obwohl sich *SCHERER*⁸⁴⁶, eine Privatdozentin aus Gießen, in einem Beitrag 1996 gegen eine Dispositionsmöglichkeit der Parteien ausspricht und somit auch von der Beweismöglichkeit des Geständnisses ausgeht, ist ihr hinsichtlich ihrer Unterscheidung zwischen der Bindung der Partei und der des Gerichts nicht zuzustimmen.⁸⁴⁷ Entsprechend dem Standpunkt des BGH sieht *SCHERER*⁸⁴⁸ den Nachweis des Irrtums in § 290 Abs 1 ZPO seit dem Bestehen der Wahrheitspflicht als Sanktion für die Verletzung derselben an. Allerdings ist ihrer Ansicht nach nur die Partei an das bewusst falsche Geständnis gebunden, nicht jedoch das Gericht. Die Bindung des Gerichts an einen unstreitigen Tatsachenvortrag sei weder aus dem Wortlaut des § 288 Abs 1 ZPO, der

⁸³⁹ *SCHMIDT*, Teilbarkeit und Unteilbarkeit 110.

⁸⁴⁰ *BERNHARDT*, Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß, JZ 1963, 245 (246).

⁸⁴¹ *RECHBERGER*, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69 (73).

⁸⁴² *OLZEN*, Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß, ZJP 1985, 403 (421).

⁸⁴³ *SCHMIDT*, AK-ZPO § 138 RZ 65.

⁸⁴⁴ *RÜSSMANN*, AK-ZPO vor §§ 288 bis 290 RZ 5. Ebenso wie *J. P. SCHMIDT* fordert *RÜSSMANN*, dass Äußerungen der Parteien zum tatsächlichen Geschehen gem § 286 ZPO frei gewürdigt werden sollten.

⁸⁴⁵ *SCHERER*, Zweifel des Gerichts, DRiZ 1996, 58 (58ff).

⁸⁴⁶ *SCHERER*, Zweifel des Gerichts, DRiZ 1996, 58 (61).

⁸⁴⁷ Vgl auch die Kritik von *PAWLOWSKI*, Keine Bindung an Geständnisse im Zivilprozeß, MDR 1/1997, 7 (7ff).

⁸⁴⁸ *SCHERER*, Zweifel des Gerichts, DRiZ 1996, 58 (61f).

lediglich für den Regelfall eine Beweisaufnahme für überflüssig erkläre⁸⁴⁹, noch aus § 290 ZPO zu schließen. Zweifelt das Gericht an der Wahrheit des übereinstimmenden Parteivorbringens, sei daher eine Beweiserhebung ohne Rücksicht auf § 290 ZPO zulässig, weil diese Vorschrift nur die Partei binde, die bewusst ein unwahres Geständnis abgelegt hat, nicht jedoch das Gericht.

Schon *SEUFFERT*⁸⁵⁰ hat indes 1951 ausdrücklich festgehalten, dass man auch die Bindung des Gerichts bejahen muss, soweit der Widerruf für die Partei ausgeschlossen ist. Denn sonst sei die Widerrufsregelung bloß illusorisch, weil die Partei zwar formell nicht widerrufen dürfte, aber durch Berufung auf die objektive Unrichtigkeit den Richter an der Wahrheit des Geständnisses zweifeln lassen und ihn durch die angebotenen Beweise dazu bringen könnte, das Geständnis nicht zu berücksichtigen.

Der Ansicht von *SCHERER* ist demnach nicht zu folgen, vielmehr ist jene Auffassung grundsätzlich zu befürworten, nach der § 290 Abs 1 ZPO durch die Einführung der Wahrheitspflicht 1933 als aufgehoben zu betrachten ist und auch das Geständnis, das im Bewusstsein der Unwahrheit oder im Zweifel an die Wahrheit abgegeben wurde, widerruflich ist, sofern der Nachweis der Unrichtigkeit der zugestandenen Tatsachen erbracht werden kann. Bedenkt man aber, dass der Gesetzgeber von 1877 das Geständnis von der gesetzlichen Beweistheorie befreien wollte⁸⁵¹ und der Verhandlungsgrundsatz, auf den die im Gesetz verankerte Bindungswirkung des Geständnisses zurückzuführen ist, besonders durch die eingefügte Wahrheitspflicht und durch die ebenfalls 1933 erfolgte Anerkennung der tatsächlichen Parteiaussage als frei zu würdigendes Beweismittel im Rahmen der Parteivernehmung⁸⁵² stark abgeschwächt wurde⁸⁵³, ist übereinstimmend mit *J. P. SCHMIDT*⁸⁵⁴ aus diesen Veränderungen⁸⁵⁵ noch weitergehend zu folgern, dass dem

⁸⁴⁹ Auch *E. SCHMIDT* fasst den Wortlaut des § 288 Abs 1 ZPO nicht als gesetzliche Beweisregel auf; vgl. *SCHMIDT*, AK-ZPO § 138 RZ 67.

⁸⁵⁰ *SEUFFERT*, Die Wahrheitspflicht 60f.

⁸⁵¹ *SCHMIDT*, Teilbarkeit und Unteilbarkeit 111 FN 131.

⁸⁵² Die Geständnismöglichkeit der Partei während ihrer Vernehmung nach §§ 445 ff ZPO lehnte der BGH im Urteil vom 14.3.1995 ab und schloss sich damit – nachdem er im Urteil vom 17.12.1952 eine solche Geständnismöglichkeit annahm – der Rechtsprechung des RG an, das die Abgabe eines Geständnisses während der Parteivernehmung bereits in seiner Entscheidung vom 2.12.1935 verneint hatte; vgl. *HÜLSMANN*, Kein Geständnis während der Parteivernehmung?, NJW 1997, 617 (617ff).

⁸⁵³ *SCHMIDT*, Teilbarkeit und Unteilbarkeit 127 u 149.

⁸⁵⁴ *SCHMIDT*, Teilbarkeit und Unteilbarkeit 154.

⁸⁵⁵ Zum Bedeutungsverlust der Verhandlungsmaxime durch die Novellen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vgl. *BOMSDORF*, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit 257ff.

Geständnis seit der Einführung der Wahrhaftigkeitspflicht keine Bindungswirkung mehr zukommt, sondern die zugestandenen Tatsachen der Wahrheitsprüfung durch das Gericht unterliegen und der Widerruf nicht mehr von Voraussetzungen abhängig sein soll, sondern seine Wirksamkeit vom Richter frei gewürdigt werden darf.

2. Das Geständnis im Strafverfahren

2.1. In den partikularrechtlichen Verfahrensordnungen des 16. bis 19. Jahrhunderts

Wie in den österreichischen Erbländern stellte die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 auch für viele Verfahrensordnungen der Reichsstände die maßgebliche Grundlage der Strafrechtspflege dar. So übernahmen zum Beispiel die Hessische *Constitutio Criminals Philippina* von 1535, die „Der Statt Regensburg Peinliche Gerichtsordnung“ von 1550, die Brandenburgische Halsgerichtsordnung von 1582 sowie der verfahrensrechtliche Teil des Badischen Landrechtes von 1588 die Vorschriften der Carolina wörtlich oder sahen inhaltlich sehr ähnliche Bestimmungen vor.⁸⁵⁶

Die Regensburger Gerichtsordnung wich trotz der starken Anlehnung von ihrem Vorbild durch das Abschneiden der im Reichsgesetz zumindest formalen Widerrufsmöglichkeit auf dem Endlichen Rechtstag ab. Im Gegensatz zur Carolina wurde das Geständnis in Regensburg im Endlichen Rechtstag immer durch zwei Zeugen bestätigt. Während nach der Steirischen Landgerichtsordnung von 1574⁸⁵⁷ der Widerruf des Geständigen berücksichtigt werden durfte und damit der Endliche Rechtstag noch nicht zu einer bloßen Zeremonie herabgesunken war, brachte die Regensburger Gerichtsordnung die Funktion des Endlichen Rechtstages als feierliche Verkündung des bereits feststehenden Urteils noch deutlicher als die Carolina zum Ausdruck.⁸⁵⁸

Neben diesen Gerichtsordnungen gab es auch solche, die den Verbesserungen der Carolina zum Schutz des Beschuldigten noch gleichgültig gegenüberstanden und sie daher völlig ignorierten. So schränkte weder das Zwickauer Stadtrecht von 1539, noch die Bayerische Landesordnung von 1553 oder die Kurpfälzische Landesordnung von 1582 die Zulässigkeit der Folter durch die Indizienlehre der Carolina ein. Auch die Hennenberger Landesordnung von 1539 normierte keine Voraussetzungen für die Anwendung der peinlichen Befragung. Sie entsprach noch weitgehend der Halsgerichtsordnung von Radolfzell aus dem Jahr 1506⁸⁵⁹, die im

⁸⁵⁶ IGNOR, Geschichte des Strafprozesses 129.

⁸⁵⁷ Vgl. oben 115f.

⁸⁵⁸ KLEINHEYER, Zur Rechtsgestalt von Akkusationsprozeß und peinlicher Frage 47f.

⁸⁵⁹ Vgl. oben 69.

Gegensatz zur PGO bloß die Überprüfung des erzwungenen Geständnisses auf seine Richtigkeit verlangte.⁸⁶⁰

Die Verfahrensordnungen des 17. Jahrhunderts, die zum Beispiel in den Landrechten von Baden (1622) und Preußen (1620 und 1685) enthalten sind, sowie jene des 18. Jahrhunderts, wie beispielsweise die Brandenburgische Criminalordnung von 1717, die Hessen-Darmstädtische Peinliche Gerichtsordnung von 1726, die Hannoverische Criminalinstruktion von 1736, der *Codex Juris Bavarici Criminalis* von 1751 und die Sächsischen Verordnungen von 1770 und 1783, folgten noch teilweise den Bestimmungen der Peinlichen Gerichtsordnung, verankerten aber vor allem bereits das von der Strafrechtswissenschaft weiterentwickelte Prozessrecht.⁸⁶¹

So schrieb zum Beispiel die im Bayerischen Landrecht von 1616 enthaltene Malefizordnung noch vor, dass mit der peinlichen Frage so zu verfahren sei, „wie in Kaiser Carls Peinlichen Gerichtsordnung im 45 Articul bis auf den 61.“⁸⁶²

Daneben wies sie aber bereits eine Fortbildung des gemeinen Inquisitionsprozesses auf. Denn sie forderte ähnlich wie die Peinliche Landgerichtsordnung von Ferdinand III. von 1656 auch bei Vorliegen eines freiwilligen Geständnisses den Nachweis des *corpus delicti*:

„Sogar auch wann einer gleich selbs willig ein solche Missethat [...] bekennet, er auß solcher bekanntnuß nit künde verurthailt werden.“⁸⁶³

Das Erfordernis des *corpus delicti* ließ die bayerische Malefizordnung jedoch bei Verbrechen, die heimlich begangen wurden und schwer zu beweisen waren, oder wenn von Natur aus kein sichtbares Zeichen der Tat verblieb, sowie bei Landdieben, Seckelabschneidern, Straßenräubern und -mördern, Ketzern und Hexen entfallen.⁸⁶⁴

Der *Codex Juris Bavarici Criminalis* von 1751 verstand unter dem *corpus delicti* den „Haupt-Grund-Stein, worauf die ganze peinliche Inquisition beruhet, und ohne welchen auch weder eine freywillige Bekanntnuß noch Ueberweisung zur Todes-Straff erklecklich seyn mag.“⁸⁶⁵ Die Beschränkung der Lehre vom *corpus delicti* auf

⁸⁶⁰ SCHMID, Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina, SZ 1966, 239 (249ff).

⁸⁶¹ IGNOR, Geschichte des Strafprozesses 129ff.

⁸⁶² 3. Titul, 8. Articul der Bayrischen Malefizprozeßordnung 1616, online unter: <http://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/drwBayernLR1616/0939> (2.11.2012).

⁸⁶³ 3. Titul, 7. Articul der Bayrischen Malefizprozeßordnung 1616, online unter: <http://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/drwBayernLR1616/0939> (2.11.2012).

⁸⁶⁴ 3. Titul, 7. Articul der Bayrischen Malefizprozeßordnung 1616, online unter: <http://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/drwBayernLR1616/0939> (2.11.2012).

⁸⁶⁵ 2. Teil, 3. Capitul, § 1 Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751, online unter: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/CJBCriminalis1751.htm> (2.11.2012); vgl. auch IGNOR, Geschichte des Strafprozesses 132.

spurlassende Verbrechen (*delicta facti permanentis*) wurde aufgegeben. Hinterließ das Verbrechen keine Spuren, weil diese beseitigt wurden, oder es sich um *delicta facti transeuntis* handelte, konnte der Tatbestand des Verbrechens ebenfalls nicht mehr allein durch das Geständnis bewiesen werden. Die Verwirklichung der strafbaren Tat musste durch „redliche Anzeigen“⁸⁶⁶, also durch hinreichende Verdachtsgründe, wahrscheinlich sein. So war zum Beispiel für den Fall des Verbrechens des Kindesmordes und des nichtvorhandenen toten Kinderkörpers normiert, dass es zur Verurteilung nur ausreiche, „wann nebst der Bekanntnuß sich entweder von der Geburt und Niederkunft [...] oder von der gewesten Schwangerschaft durch [...] Hebammen, oder sonst derley vernünftige Anzeigen des verübt- und eingestandenen Kinder-Mords [...] hervorthun.“⁸⁶⁷

Auch die Sächsische Generalverordnung von 1770 sah den Nachweis des *corpus delicti* als „Hauptwerk“ an und legte fest, dass der Richter „allen Fleiß und gebührende Sorgfalt anwende, damit [...] wegen Gewißheit des delicti kein Zweifel übrig bleibe.“⁸⁶⁸ Allerdings forderte sie im Gegensatz zum bayerischen Gesetz bei den spurlosen Verbrechen nicht das Vorhandensein von bestimmten gesetzlich festgelegten Verdachtsgründen, sondern stellte hinsichtlich der Frage, ob die Tat wirklich geschehen ist, nur auf das freie Ermessen des „gewissenhaften und erfahrenen Richters“⁸⁶⁹ ab.⁸⁷⁰

Diese sächsische Bestimmung zeigt deutlich, dass sich die Lehre vom *corpus delicti* mit ihrer Ausdehnung auf spurlose Verbrechen auch inhaltlich veränderte. Gefordert wurde nicht länger eine nur durch richterlichen Augenschein zu ermittelnde Gewissheit der Tat. Stattdessen setzte sich die Erkenntnis durch, dass der Gewissheit die höchste Wahrscheinlichkeit gleichgestellt werden muss, um zu verhindern, dass Verurteilungen an diesem Erfordernis scheitern. Aus welchen Indizien diese Wahrscheinlichkeit entsteht, wurde in Sachsen nicht mehr

⁸⁶⁶ 2. Teil, 3. Capitul, § 1 Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751, online unter: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/CJBCriminalis1751.htm> (2.11.2012). Ähnliche Bestimmungen finden sich auch in den anderen Verfahrensordnungen des 17. Jahrhunderts; vgl. IGNOR, Geschichte des Strafprozesses 132 FN 27.

⁸⁶⁷ 2. Teil, 3. Capitul, § 4 Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751, online unter: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/CJBCriminalis1751.htm> (2.11.2012).

⁸⁶⁸ Nr 2 der sächsischen Generalverordnung vom 27. Oktober 1770; abgedruckt bei BENNIGSEN, Codex Augusteus 1772, 421.

⁸⁶⁹ Nr 6 der sächsischen Generalverordnung vom 27. Oktober 1770; abgedruckt bei BENNIGSEN, Codex Augusteus 1772, 422.

⁸⁷⁰ IGNOR, Geschichte des Strafprozesses 132 FN 28.

vorgeschrieben. Die sächsische Verordnung stellte demnach hinsichtlich der Verwirklichung der Tat bereits auf die freie Überzeugung des Richters ab.⁸⁷¹

Im gemeinen Inquisitionsprozess durfte also ein Geständiger nur verurteilt werden, wenn zumindest *„Umstände von so großer Überzeugungskraft vorlagen, dass sie die Tat indizierten“*⁸⁷², und diese mit dem Geständnis übereinstimmten. Die Übereinstimmung der zugestandenen Tatsachen mit den *corpora delicti* blieb aber nicht die einzige Voraussetzung des Geständnisses, um als vollständiger Beweis zu gelten. Es musste zum Beispiel nach dem *Codex Juris Bavarici Criminalis* von 1751, ähnlich wie nach der *Constitutio Criminalis Theresiana* von 1768⁸⁷³, darüber hinaus noch *„deutlich, gründlich, gerichtlich und beständig“*⁸⁷⁴ sein. Die Freiwilligkeit des Geständnisses stellte allerdings noch kein Glaubwürdigkeitskriterium dar, denn Bayern schuf die Folter erst 66 Jahre⁸⁷⁵ nach Preußen (1740) ab. Die Kriminalordnung für die preußischen Staaten von 1805 hielt dagegen, ebenso wie das österreichische Strafgesetzbuch von 1803, die Freiwilligkeit als zwingende Eigenschaft des Geständnisses fest. Denn dem Geständnis kam nur dann eine volle Beweiskraft zu

*„wenn es gerichtlich, ernst und ausdrücklich, auf rechtmässige Fragen des Richters oder von freien Stücken, abgelegt ist, und die Hauptumstände der That enthält, auch mit anderen erwiesenen Umständen nicht in Widerspruch steht.“*⁸⁷⁶

Das Königreich Bayern zählte erst im zweiten Teil des von *FEUERBACH* verfassten Strafgesetzbuches aus dem Jahr 1813 die Freiwilligkeit zu den Glaubwürdigkeitskriterien des Geständnisses und forderte, dass es

„vor einem gehörig besetzten Untersuchungsgerichte, bestimmt und deutlich mit Worten, nicht durch bloße Zeichen, nicht bloß allgemein,

⁸⁷¹ IGNOR, Geschichte des Strafprozesses 167ff.

⁸⁷² BRÖCKER in KUNZE, Friedrich Spee 342.

⁸⁷³ Art 32, § 2 CCTh: *„Die Bekanntniß, wenn selbe wider den Bekennenden einen vollständigen Beweis ausmachen solle, muß erstens: klar, deutlich; andertens: umständlich; drittens: gründlich; viertens: gerichtlich; und fünftens: beständig seyn.“*, online unter: http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Constitutio%20Criminalis%20Theresiana1768_komplett.pdf (2.11.2012).

⁸⁷⁴ 2. Teil, 5. Capitul, § 2 Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751, online unter: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/CJBCriminalis1751.htm> (2.11.2012).

⁸⁷⁵ DEPPENKEMPER, Beweiswürdigung 183 FN 1165.

⁸⁷⁶ § 370 Allgemeines Criminalrecht für die Preußischen Staaten; zit von HÖNIG, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses 25f; LOHSING, Das Geständnis 48f; MOOS, Das Geständnis 29; TITTMANN, Über Geständnis und Widerruf 27.

sondern mit Angabe der einzelnen auf seinen Gegenstand Bezug habenden Umstände, nicht aus Irrthum oder durch Zwang, oder Betrug, oder auf verfängliche Fragen, oder im Zustande einer Gemüthsverwirrung, nicht auf bloße Bejahung aller durch die Fragstücke vorgesagten einzelnen Umstände abgelegt worden sey, in sich selbst zusammenhängend und in wesentlichen Dingen keine Widersprüche enthalte, desgleichen mit den über die Umstände des Verbrechens eingeholten Erfahrungen im Wesentlichen übereinstimme.“⁸⁷⁷

Das letzte Gültigkeitserfordernis entsprach sogar wörtlich dem § 399 lit e des österreichischen Strafgesetzbuches von 1803. Während die partikularrechtlichen Verfahrensordnungen zu Beginn des 19. Jahrhunderts für die Verurteilung außer dem Geständnis immer noch die Ermittlung zumindest einiger⁸⁷⁸ Spuren der Tat forderten, die mit dem Eingeräumten übereinstimmten und die inhaltliche Richtigkeit des Geständnisses darlegten, vertraten einige deutsche⁸⁷⁹ Rechtsgelehrte bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts die Ansicht, dass ein frei, ernstlich, deutlich und bestimmt abgelegtes Geständnis nicht nur die Täterschaft beweisen, sondern auch den objektiven Tatbestand herstellen kann.

STÜBEL⁸⁸⁰ betonte, die Aufgabe des Richters im Falle eingestandener Verbrechen bestehe in der Aufsuchung derselben und in der Prüfung, ob die aufgefundenen Umstände im Widerspruch mit dem Geständnis stehen würden. Es sei lächerlich, jede eingeräumte Tatsache besonders beweisen zu müssen, denn dadurch werde das Geständnis ganz überflüssig. TITTMANN⁸⁸¹ verwies auf KLEINSCHROD⁸⁸² und FEUERBACH⁸⁸³, die ebenfalls das den übrigen gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Geständnis allein für hinreichend hielten. Auch TITTMANN⁸⁸⁴ vertrat die Ansicht, die Auffindung zugestandener Tatsachen bestätige bloß die Wahrheit des Geständnisses, begründe diese jedoch nicht. Selbst dann, wenn

⁸⁷⁷ Art 267 Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern 1813; abgedruckt bei BANDEL, Katechismus über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom Jahr 1813, 240.

⁸⁷⁸ TITTMANN, Über Geständnis und Widerruf 30f.

⁸⁷⁹ Im Gegensatz zu den österreichischen Prozessualisten, die auch noch Mitte des 19. Jahrhunderts die Untermauerung der Glaubwürdigkeit des Geständnisses durch zumindest eine weitere Spur des Verbrechens forderten; vgl. oben 123f.

⁸⁸⁰ STÜBEL, Über den Thatbestand der Verbrechen 271f.

⁸⁸¹ TITTMANN, Über Geständnis und Widerruf 17 FN q [sic].

⁸⁸² KLEINSCHROD, Über das Geständniß, AdC 1802, 83 (114f).

⁸⁸³ FEUERBACH, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts 512.

⁸⁸⁴ TITTMANN, Über Geständnis und Widerruf 16.

keine Spur des Verbrechens ermittelt werden könne, dürfe nicht zwangsläufig auf die Unwahrheit des Bekenntnisses geschlossen werden. Des Weiteren sprach sich ZACHARIAE⁸⁸⁵ für die Beweiskraft des Geständnisses hinsichtlich des objektiven Tatbestandes des Verbrechens aus und erwähnte diesbezüglich lobend die Württembergische Strafprozessordnung von 1843, die zu den ersten reformierten Verfahrensgesetzen zählte. Die Einführung der öffentlichen und mündlichen Schlussverhandlung wurde allerdings auf schwere Straffälle beschränkt. Auch Ungehorsamsstrafen waren nach wie vor zugelassen und anstatt für den Grundsatz der freien Beweiswürdigung entschied sich der Gesetzgeber für die negative gesetzliche Beweistheorie.⁸⁸⁶ Hinsichtlich der Glaubwürdigkeitskriterien des Geständnisses, die jetzt nur mehr negativer Natur waren, wies die Württembergische Strafprozessordnung jedoch einen Fortschritt auf, indem sie auf das Erfordernis der Übereinstimmung des Geständnisses mit den über die Umstände des Verbrechens eingeholten Erfahrungen verzichtete und ausdrücklich folgendes normierte:

*„Sind alle Erfordernisse eines vollgültigen Bekenntnisses vorhanden, so kann durch dasselbe nicht blos die eigene Handlung des Angeschuldigten mit den sich auf solche beziehenden Umständen bewiesen, sondern auch die Gewißheit hergestellt werden, daß das Verbrechen wirklich geschehen sey.“*⁸⁸⁷

Als echte Reformgesetze bezeichnet IGNOR⁸⁸⁸ erst die Badische Strafprozessordnung von 1845 und das Preußische Verfahrensgesetz von 1846, da sie als erste die Prinzipien der Mündlichkeit, der Öffentlichkeit und des Anklageverfahrens konsequent umsetzten. Auch die Lügen- und Ungehorsamsstrafen fanden keine Anwendung mehr, wodurch die letzten legalen physischen Zwangsmittel zur Erlangung eines Geständnisses beseitigt wurden.⁸⁸⁹

Der badische Gesetzgeber misstraute jedoch noch der freien richterlichen Beweiswürdigung und stellte im Gegensatz zu Preußen negative gesetzliche Beweisregeln auf.⁸⁹⁰ Der Richter durfte ein Geständnis nur dann als volles Beweismittel ansehen, wenn es *„freiwillig vor Gericht abgelegt und durch andere*

⁸⁸⁵ ZACHARIAE, Handbuch II 435 FN 15.

⁸⁸⁶ HEPP, Rückblick auf die Strafprozeßgesetzgebung, GS 1851, 271 (273); MITTERMAIER, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht 108.

⁸⁸⁷ Art 300 Württembergische Strafprozessordnung 1843; zit von ZACHARIAE, Handbuch II 435.

⁸⁸⁸ IGNOR, Geschichte des Strafprozesses 280.

⁸⁸⁹ GSCHWEND/WINIGER, Die Abschaffung der Folter 106.

⁸⁹⁰ IGNOR, Geschichte des Strafprozesses 282f.

*Thatsachen oder Nebenumstände, die man auf anderem Wege kennen gelernt hat, unterstützt ist.*⁸⁹¹ Im Gegensatz zur Württembergischen Strafprozessordnung wurde im ersten Reformgesetz dem nicht bestätigten Geständnis nach wie vor die Beweiskraft hinsichtlich des objektiven Tatbestandes des Verbrechens abgesprochen, selbst wenn das Gericht von der Glaubwürdigkeit des Eingeräumten überzeugt war. Obwohl nach dem preußischen „*Gesetz betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und bei dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen*“ vom 17. Juli 1846 der Richter gem § 19 bereits nach seiner freien Überzeugung entscheiden durfte und das Geständnis daher ebenso wie alle anderen Beweismittel vom Gericht frei zu bewerten war⁸⁹², misstraute man der völlig uneingeschränkten Würdigung des Geständnisses noch erheblich. So schrieb HAGENS⁸⁹³ in seinem Lehrbuch zum neuen Preußischen Strafverfahren, er müsse zwar zugeben, dass das nicht unterstützte Geständnis unter Umständen nicht nur die Täterschaft, sondern auch den Tatbestand beweisen könne, dennoch beharre er darauf, dass das Geständnis in der Regel nur als eine wichtige Ergänzung des sonstigen Beweises angesehen werden dürfe.

2.2. In der Reichsstrafprozessordnung von 1877- von ihrer ursprünglichen bis zur geltenden Fassung

Während die Reformforderungen des Liberalismus zunächst nur in Baden und Preußen umgesetzt wurden, entschieden sich in den Jahren nach der Revolution von 1848 fast alle Gesetzgeber in den deutschen Ländern für den reformierten Strafprozess. Obwohl auch die Reichsverfassung vom 18. März 1849 die Prinzipien der Mündlichkeit und Öffentlichkeit im Gerichtsverfahren proklamierte, übernahmen die Partikularstaaten Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Schaumburg-Lippe und Lippe-Detmold nicht das neue französische Verfahren, sondern behielten bis zum Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung im Jahr 1879 den schriftlichen Inquisitionsprozess bei.⁸⁹⁴

In Braunschweig richtete sich der Gesetzgeber ebenfalls nicht nach dem französischen Vorbild, sondern entschied sich für die Einführung des englischen

⁸⁹¹ § 252 StPO für das Großherzogtum Baden 1845; abgedruckt bei THILO, Strafproceßordnung 194.

⁸⁹² IGNOR, Geschichte des Strafprozesses 282f.

⁸⁹³ HAGENS, Das neue Preußische Strafverfahren 175.

⁸⁹⁴ GEPPERT, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit 83f; WODRICH, Das Verbot von Vernehmungsmethoden 156.

Verfahrensrechts. Die Braunschweiger Strafprozessordnung war aus diesem Grund auch das einzige partikulare Verfahrensgesetz, das die Aussagefreiheit des Beschuldigten ausdrücklich anerkannte, während alle anderen Verfahrensordnungen noch von der Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage ausgingen, wodurch der Beschuldigte im Grunde genommen Objekt des Verfahrens blieb. Für ganz Deutschland erlangte der Grundsatz der Aussagefreiheit erst durch die Reichsstrafprozessordnung⁸⁹⁵ Geltung, die am 1. Februar 1877 erlassen wurde und am 1. Oktober 1879 in Kraft trat.⁸⁹⁶

Im Unterschied zu jenen Ländern, die wie Österreich nach dem Vorbild des französischen Prozessrechts die Vernehmung nicht mehr nur als Instruktionsmittel, sondern auch als Verteidigungsmittel auffassten⁸⁹⁷, ging nach der Ansicht von *WODRICH*⁸⁹⁸ der deutsche Gesetzgeber sogar noch einen Schritt weiter und sah den Zweck des Verhörs ausschließlich in der Entlastungsmöglichkeit des Beschuldigten. Die Vernehmung gem § 136 RStPO sollte nicht mehr wie im alten Untersuchungsprozess der Jagd nach dem Geständnis, sondern einzig und allein dem Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör dienen.⁸⁹⁹

Diese Auffassung vom Ziel der Vernehmung erkläre laut *WODRICH*⁹⁰⁰ auch den Umstand, dass der deutsche Gesetzgeber 1877 bewusst auf Vernehmungsvorschriften verzichtete. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers war ein Verbot unlauterer Vernehmungsmethoden nicht notwendig, weil solche überhaupt nicht zur Anwendung gelangen konnten. Denn schließlich gestattete der Gesetzgeber die Erforschung belastender Umstände im Rahmen der Vernehmung nicht mehr. Das Fehlen von Vorschriften, die jenen in den §§ 200, 202 der österreichischen StPO von 1873 entsprachen, lag nach *WODRICH* demnach nicht, wie die herrschende Lehre lange Zeit annahm, im Vertrauen des Gesetzgebers in die Anständigkeit seiner Richter und Staatsanwälte, sondern vielmehr in seinem Misstrauen begründet. Sein Argwohn gegenüber den an den Inquisitionsprozess gewöhnten Richtern veranlasste ihn dazu, die Erforschung auf entlastende Tatsachen zu beschränken.

Doch sowohl die Praxis als auch die Wissenschaft gingen von der Doppelstellung des Beschuldigten als Prozesssubjekt und Beweisperson aus, so dass die

⁸⁹⁵ dRGBI 1877, 253.

⁸⁹⁶ *MOOS*, Das Geständnis 34; *WODRICH*, Das Verbot von Vernehmungsmethoden 157.

⁸⁹⁷ *VARGHA*, Vertheidigung 547.

⁸⁹⁸ *WODRICH*, Das Verbot von Vernehmungsmethoden 163ff.

⁸⁹⁹ *WODRICH*, Das Verbot von Vernehmungsmethoden 160.

⁹⁰⁰ *WODRICH*, Das Verbot von Vernehmungsmethoden 166f.

Beschränkung der Vernehmung auf die Ermittlung von Entlastungsgründen nur Theorie blieb.⁹⁰¹ Aus diesem Grund sowie unter dem Eindruck der Gräueltaten der so genannten „Verschärften Vernehmungen“⁹⁰² im nationalsozialistischen Staat wurden mit dem Rechtsvereinheitlichungsgesetz von 1950 in § 136 a dStPO doch noch Vorschriften über die Beschuldigtenvernehmung eingefügt. Der in dieser Bestimmung enthaltene Schutz der Willensfreiheit gilt seitdem aber nicht nur bei gerichtlichen Vernehmungen. Denn in § 163 a dStPO ist ausdrücklich festgehalten, dass § 136 a auch bei der Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft und durch die Beamten des Polizeidienstes anzuwenden ist.⁹⁰³ In Österreich wurde dagegen erst Jahrzehnte später durch die Reform des Vorverfahrens 2004 die Geltung der Vernehmungsvorschriften auch bei sicherheitspolizeilichen Einvernahmen im Gesetz vorgeschrieben.⁹⁰⁴

Abgesehen davon, dass bereits das deutsche Strafgesetzbuch von 1871 für die Erzwingung von Geständnissen oder Aussagen eine eigene Strafvorschrift (§ 343) aufwies, während in der österreichischen Praxis die Erzwingung einer belastenden Aussage nur als Erpressung geahndet wurde⁹⁰⁵, sind in Deutschland seit 1950 Geständnisse, die unter Missachtung der Vernehmungsverbote abgelegt werden, gem § 136 a Abs 3 zweiter Satz dStPO auch nicht als Urteilsgrundlage verwertbar. Das Beweisverwertungsverbot kommt immer zum Tragen, sofern nicht ausgeschlossen werden kann, dass die unzulässige Vernehmungsmethode für die Ablegung des Geständnisses kausal war.⁹⁰⁶

Das Strafprozessänderungsgesetz von 1964 führte schließlich unter anderem die Pflicht der Strafverfolgungsorgane zum Hinweis auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten in § 136 Abs 1 Satz 2 dStPO für das Vorverfahren⁹⁰⁷ sowie in § 243

⁹⁰¹ ROXIN, Strafverfahrensrecht 175; WODRICH, Das Verbot von Vernehmungsmethoden 167.

⁹⁰² Zit von WODRICH, Das Verbot von Vernehmungsmethoden 173.

⁹⁰³ KINDHÄUSER, Strafprozessrecht 67ff; MOOS, Das Geständnis 37; ROXIN, Strafverfahrensrecht 175 u 180f; WODRICH, Das Verbot von Vernehmungsmethoden 168.

⁹⁰⁴ Vgl oben 134ff.

⁹⁰⁵ LOHSING, Das Geständnis 58f; MOOS, Das Geständnis 35.

⁹⁰⁶ KINDHÄUSER, Strafprozessrecht 71; MOOS, Das Geständnis 81f; ROXIN, Strafverfahrensrecht 180.

⁹⁰⁷ In § 163 a dStPO ist ausdrücklich festgehalten, dass die Hinweispflicht in § 136 Abs 1 Satz 2 dStPO auch für die Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft und durch die Beamten des Polizeidienstes gilt. Diese Verbindlichkeit für alle Vernehmungsorgane ist wichtig. Denn obwohl gem § 254 dStPO nur Geständnisse, die in einem richterlichen Vernehmungsprotokoll enthalten sind, in der Hauptverhandlung verlesen werden können, dürfen frühere Vernehmungsbeamte stets als Zeugen vernommen werden. Es ist daher nicht möglich, das frühere Geständnis durch Berufung auf das Aussageverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung zu „annullieren“; vgl BEULKE, Strafprozessrecht 265; WODRICH, Das Verbot von Vernehmungsmethoden 168f.

Abs 5 dStPO (Abs 4 aF) für das Hauptverfahren ein.⁹⁰⁸ Zunächst sah der Bundesgerichtshof⁹⁰⁹ § 136 als bloße Ordnungsvorschrift an und lehnte daher bei Unterlassung der Belehrung im Vorverfahren ein Beweisverwertungsverbot ab, obwohl er sich 1974⁹¹⁰ für die Unverwertbarkeit von Aussagen aussprach, die in der Hauptverhandlung, ohne dass der Angeklagte über sein Aussageverweigerungsrecht aufgeklärt worden war, zustande kamen. Nachdem das Bundesverfassungsgericht⁹¹¹ 1981 den *nemo-tenetur*-Grundsatz in Verfassungsrang erhoben hatte, gab der Bundesgerichtshof jedoch seine differenzierende Ansicht auf. Seit seinem Urteil aus dem Jahr 1992⁹¹² hält der BGH auch Geständnisse, die ohne Belehrung im Vorverfahren abgelegt werden, für unverwertbar.⁹¹³

Es kann festgehalten werden, dass in Deutschland, obwohl der Gesetzgeber, bedingt durch seine Auffassung vom bloß der Entlastung dienenden Zweck der Vernehmung, erst 1950 die Wahrheitssuche unmissverständlich durch Vernehmungsvorschriften begrenzte, die weitere Einschränkung der Wahrheitserforschung im Falle unrechtmäßig erlangter Geständnisse durch Verwertungsverbote im Gesetz und in der Rechtsprechung des BGH schon wesentlich früher vorgenommen wurde als in Österreich.

Während das deutsche Strafprozessrecht bis zum 1. Strafverfahrensreformgesetz vom 9. Dezember 1974⁹¹⁴ vom Ausbau der Rechtsstellung des Beschuldigten geprägt war, ist seit diesem Zeitpunkt jedoch eine Kehrtwendung festzustellen. SCHEFFLER⁹¹⁵ kritisierte 1995 in einem Vortrag äußerst scharf, dass die Schlagwörter „*Beschleunigung, Entlastung, Effektivität und Vereinfachung*“⁹¹⁶ zu den erklärten Zielen der Änderungsgesetze in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurden und dass mit dem Argument des Anspruchs des Beschuldigten auf ein schnelles Verfahren gem Art 6 EMRK dessen Rechte abgebaut und Eingriffsbefugnisse erweitert wurden. Aber nicht nur die prozessualen Rechte des Beschuldigten wurden zugunsten eines zügigen, gestrafften und kostensparenden Verfahrens preisgegeben, sondern auch die Grundprinzipien des

⁹⁰⁸ MOOS, Das Geständnis 37; ROXIN, Strafverfahrensrecht 177.

⁹⁰⁹ 5 StR 409/81 BGHSt 31, 395.

⁹¹⁰ 1 StR 366/73 BGHSt 25, 325.

⁹¹¹ BVerfG 1 BvR 116/77 EuGRZ 1981, 311.

⁹¹² 5 StR 190/91 BGHSt 38, 214; vgl auch 1 StR 475/93 BGHSt 39, 349.

⁹¹³ KÜHNE, Strafprozessrecht 212 u 522 FN 124.

⁹¹⁴ Dieses Gesetz schaffte auch die gerichtliche Voruntersuchung und damit das Amt des Untersuchungsrichters in Deutschland ab; vgl HELLMANN, Strafprozessrecht 66.

⁹¹⁵ SCHEFFLER, Strafprozeßrecht, quo vadis?, GA 1995, 449 (449ff).

⁹¹⁶ SCHEFFLER, Strafprozeßrecht, quo vadis?, GA 1995, 449 (449).

Strafprozessrechts.⁹¹⁷

Das Abrücken von den Verfahrensgrundsätzen, besonders vom Prinzip der Wahrheitserforschung, zum Zweck der Beschleunigung zeigt sich vor allem im Zusammenhang mit den auf einem Geständnis beruhenden Urteilsabsprachen, die nach der Rechtsprechung des BGH seit 1997 zulässig sind und schließlich am 3. August 2009 durch das Gesetz zur Regelung der Verständigungen im Strafverfahren⁹¹⁸ geregelt wurden. In seiner am 28. August 1997⁹¹⁹ erfolgten Grundsatzentscheidung hob der 4. Strafsenat auch im Fall von absprachegemäßen Geständnissen die Pflicht des Gerichts zur Glaubwürdigkeitskontrolle hervor:

*„Das Gericht bleibt dem Gebot der Wahrheitsfindung verpflichtet. Das Geständnis muß daher auf seine Glaubwürdigkeit überprüft werden; sich hierzu aufdrängende Beweiserhebungen dürfen nicht unterbleiben.“*⁹²⁰

Doch aus dieser Formulierung ließ sich der Schluss ziehen, dass auch ein abgesprochenes Geständnis ohne weitere Beweiserhebungen, also ungeprüft, die alleinige Urteilsgrundlage bilden darf, sofern keine Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit aufkommen. Zu Recht wurde in der Literatur kritisiert, dass sich derartige Zweifel aber nur aus der Unschlüssigkeit von staatsanwaltlichen Ermittlungsakten und Geständnis ergeben könnten, die in der Praxis jedoch kaum vorliegen werde. Eine weitere Sachverhaltsermittlung werde sich daher im Regelfall bei Absprachen dem Gericht nicht aufdrängen.⁹²¹

Darüber hinaus ließ der Bundesgerichtshof auch außer Acht, dass im Fall eines ausgehandelten Geständnisses schon allein der Anlass des Geständnisses Grund genug bietet, um an seiner Richtigkeit zu zweifeln. Denn in seiner Entscheidung vom 10. Juni 1998⁹²² hielt der 2. Strafsenat ausdrücklich fest, dass die Absprachesituation das Gericht nicht daran hindere, das Geständnis für glaubhaft zu halten.

Abgesehen davon erklärte er, sogar die bloß pauschale Bestätigung des in der Anklage festgehaltenen Sachverhalts schließe die Glaubwürdigkeit eines solchen „schlanken“ Geständnisses nicht aus. Denn die freie richterliche Beweiswürdigung gem § 261 dStPO stoße erst dort auf Grenzen, wo:

⁹¹⁷ SCHEFFLER, Strafprozeßrecht, quo vadis?, GA 1995, 449 (453f u 458).

⁹¹⁸ dBGBI 2009, 2353.

⁹¹⁹ 4 StR 240/97 BGHSt 43, 195.

⁹²⁰ 4 StR 240/97 BGHSt 43, 195 (204).

⁹²¹ HSU, Die Bewertung 135; LÖFFLER, Die Absprache 144 FN 986; PETERS, Urteilsabsprachen 45; WEIGEND, Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile?, NSTZ 1999, 57 (61).

⁹²² 2 StR 156/98 NJW 1999, 370.

„der Angeklagte nicht etwa die Sachverhaltsannahmen der Anklage als richtig bestätigt, sondern sich vielmehr, ohne den Sachverhalt einzuräumen, auf eine Stellungnahme beschränkt, die ein bloß prozessuales Anerkenntnis oder eine nur formale Unterwerfung enthält.“⁹²³

Nur wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Zweifel an der Richtigkeit des Geständnisses zu begründen, müsse das pauschale Geständnis anhand anderer Beweismittel überprüft werden.

In der Lehre erhoben sich sofort kritische Stimmen, die dem 2. Senat vorwarfen, er ersetze die eigenständige richterliche Beweisaufnahme und Beweiswürdigung, und damit die Ermittlung der materiellen Wahrheit, durch eine autonome Entscheidung des Angeklagten. Ausdrücklich wurde darauf hingewiesen, dass eine Beweiswürdigung erst vorgenommen werden darf, wenn das Gericht seine Aufklärungspflicht gem § 244 Abs 2 dStPO erfüllt und alle erreichbaren Beweismittel vollständig erhoben hat.⁹²⁴ Ohne eine vorherige umfassende Aufklärung des Sachverhalts sei die richterliche Beweiswürdigung bloße Willkür.⁹²⁵

Seit der Grundsatzentscheidung des Großen Strafsenats vom 3. März 2005 sind solche Formalgeständnisse als Grundlage für eine Verurteilung aber nicht mehr ausreichend,⁹²⁶ denn:

„das selbstbelastende, keinen besonderen Zweifeln im Einzelfall unterliegende, Geständnis muss wenigstens so konkret sein, daß geprüft werden kann, ob es derart im Einklang mit der Aktenlage steht, daß sich hiernach keine weitergehende Sachaufklärung aufdrängt.“⁹²⁷

Der seit 2009 neu eingefügte § 257c, der im zweiten Absatz bestimmt, dass ein Geständnis Bestandteil jeder Verständigung sein soll und nicht, wie nach dem österreichischen Entwurf, sein muss, enthält bewusst keine Festlegung bestimmter Erfordernisse hinsichtlich der Qualität eines abgesprochenen Geständnisses, weil *„die denkbaren Fallgestaltungen zu mannigfaltig sind“⁹²⁸*. In der Begründung zum

⁹²³ 2 StR 156/98 NJW 1999, 370 (371).

⁹²⁴ FISCHER, KK-StPO § 244 RN 29; HERRMANN, Rechtliche Strukturen, JuS 1999, 1162 (1165); HSU, Die Bewertung 136f; LÖFFLER, Die Absprache 145f; WEIGEND, Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile?, NStZ 1999, 57 (61f).

⁹²⁵ HSU, Die Bewertung 137.

⁹²⁶ LÖFFLER, Die Absprache 147.

⁹²⁷ GSSSt 1/04 BGHSt 50, 40 (49).

⁹²⁸ DEUTSCHER BUNDESRAT, Drucksache 65/09, 16.

Entwurf des Verständigungsgesetzes wird als allgemeine Richtschnur festgehalten, dass das Gericht das Geständnis in Bezug auf seine Pflicht zur Aufklärung des Sachverhaltes für genügend erachten muss. Zur Konkretisierung wurde auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofes in der oben erwähnten Grundsatzentscheidung des Großen Strafsenats verwiesen.⁹²⁹

So äußerte sich zum Beispiel das OLG Celle in seiner Entscheidung vom 8. November 2010⁹³⁰ zu den Qualitätsanforderungen des im Rahmen einer Verständigung nach § 257c StPO abgelegten Geständnisses, entsprechend der Rechtsprechung des Großen Strafsenats, folgendermaßen:

*„Ein im Rahmen einer Verständigung abgegebenes Geständnis muss, selbst wenn keine besonderen Zweifel an seiner Richtigkeit bestehen, zumindest so konkret sein, dass es einer Überprüfung im Hinblick auf die Übereinstimmung mit dem bisherigen Akteninhalt zugänglich ist. Darüber hinaus muss der Tatrichter die innere Stimmigkeit des Geständnisses prüfen. Ein inhaltsleeres Formalgeständnis genügt als Grundlage für die entsprechenden Feststellungen des Tatgerichts nicht.“*⁹³¹

Auch wenn ein „schlankes“ Geständnis, dem sich weder sein Inhalt noch sein Umfang nachvollziehbar entnehmen lässt, die Verurteilung nicht tragen darf⁹³², stellt auch das im Rahmen von Verständigungen abgegebene „qualifizierte“ Geständnis kein Mittel zur Wahrheitserforschung dar. Denn durch den bloßen Abgleich des Akteninhalts mit dem Geständnis kommt das Gericht seiner Pflicht, die materielle Wahrheit zu ergründen, nicht nach, weil die richterliche Überzeugung vom wahren Sachverhalt gem § 261 dStPO ausschließlich aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung gebildet werden darf.⁹³³ Da jedoch der Wahrheitsgehalt des im Hauptverfahren abgelegten Geständnisses aufgrund der Verständigung von vornherein äußerst starken Zweifeln unterliegt, ist zur Überprüfung der Glaubwürdigkeit des absprachegemäßen Geständnisses eine unmittelbare Beweisaufnahme zwingend notwendig. Wird auf eine solche verzichtet, dient das im

⁹²⁹ DEUTSCHER BUNDESRAT, Drucksache 65/09, 17f; vgl auch MEYER-GOSSNER, Ergänzungsheft § 257c StPO RZ 17.

⁹³⁰ OLG Celle 32 Ss 152/10 NStZ-RR 2011, 252.

⁹³¹ OLG Celle 32 Ss 152/10 NStZ-RR 2011, 252 (253).

⁹³² Leitsatz von OLG Celle 32 Ss 152/10 NStZ-RR 2011, 252; vgl auch AMBOS/ZIEHN in RADTKE/HOHHMANN, Kommentar zu § 257c StPO RZ 25 FN 95.

⁹³³ HAUER, Geständnis und Absprachen 201; LÖFFLER, Die Absprache 148.

Rahmen einer Absprache gegebene Geständnis lediglich der Auffindung einer formellen Wahrheit, auf die sich die Entscheidung des Gerichts gründet. Dies verkennt der deutsche Gesetzgeber, der davon ausgeht, eine „*systemimmanente Lösung*“⁹³⁴ geschaffen zu haben, und in § 257c Abs 1 S 2 betont, das Prinzip der materiellen Wahrheit gem § 244 Abs 2 dStPO bleibe von verfahrensbeendenden Verständigungen unberührt.

⁹³⁴ AMBOS/ZIEHN in RADTKE/HOHMANN, Kommentar zu § 257c StPO RZ 8; vgl auch DEUTSCHER BUNDESRAT, Drucksache 65/09, 7f; PETERS, Urteilsabsprachen 257 u 264f.

VI. Das Geständnis in der Schweiz

Im Gegensatz zu den Bundesstaaten Österreich und Deutschland ist in der Schweizer Eidgenossenschaft die Eigenständigkeit der Länder – bedingt durch die bewegte historische Geschichte – wesentlich stärker ausgeprägt. Im Jahr 1291 gingen die Waldorte Schwyz, Unterwalden und Uri ein Schutz- und Trutzbündnis ein, den so genannten Ewigen Bund. Im Laufe der Zeit schlossen sich diesen drei Urkantonen und ihrem Kampf um die Selbstständigkeit immer mehr Orte an. 1499 lösten sich die Eidgenossen tatsächlich vom Heiligen Römischen Reich deutscher Nation. Die völkerrechtliche Anerkennung ihrer Souveränität gelang ihnen aber erst im Westfälischen Frieden 1648. Mit dem Ausbruch der Französischen Revolution brach die alte Eidgenossenschaft zusammen. Die Helvetische Republik wurde gegründet, die aber nur bis zum Jahr 1803 Bestand hatte. Die danach entstandene Schweizerische Eidgenossenschaft wurde 1848 zum stark föderalistisch strukturierten Bundesstaat. Die Eigenständigkeit der einzelnen Kantone zeigte sich vor allem auf dem Gebiet des formellen Rechts sehr deutlich. Denn die Bundesverfassungen von 1848, 1874 und 1999 überließen das Zivilprozess- und Strafprozessrecht weitgehend den Kantonen.⁹³⁵

1. Das Geständnis im Zivilverfahren

Das materielle Zivilrecht ist in der Schweiz schon sehr lange zentralisiert. Durch das Aufblühen von Handel und Verkehr entwickelte sich schnell das Bedürfnis nach einem einheitlichen Zivilrecht, weshalb in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit der Vereinheitlichung des Privatrechts begonnen wurde. Das Ergebnis war das Schweizerische Zivilgesetzbuch von 1907, das am 1. Jänner 1912 in Kraft trat.⁹³⁶

Für das Zivilverfahren vor den kantonalen Gerichten waren bis zum Inkrafttreten der Eidgenössischen Schweizerischen Zivilprozessordnung vor zwei Jahren 26 verschiedene Gesetze aus den Jahren 1875 (Basel-Stadt) bis 2001 (Glarus) maßgebend. Daneben gibt es für die Verfahren vor dem Bundesgericht in Lausanne

⁹³⁵ CARLEN, Rechtsgeschichte der Schweiz 24ff; HASENMAYER/GÖHRING, Mittelalter 96f; HAUSER/SCHMID, Die Schweiz auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in FS MIKLAU 176f.

Hinsichtlich der für dieses Kapitel untersuchten Verfahrensordnungen, die zuletzt in den einzelnen Kantonen galten, vgl das Quellenverzeichnis unten 277f.

⁹³⁶ HAUSER/SCHMID, Die Schweiz auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in FS MIKLAU 177; STAEHELIN in FRANK, Der Beweis im Zivil- und Strafprozess 1.

Vorschriften auf Bundesebene, die im Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 enthalten sind.⁹³⁷ Obwohl das Zivilprozessrecht in der Schweiz lange Zeit nicht einheitlich war, wiesen die verschiedenen kantonalen Verfahrensordnungen in vielen Punkten ähnliche oder sogar identische Regelungen auf, weil sie auf dieselbe historische Wurzel, nämlich auf das gemeine Zivilprozessrecht⁹³⁸, zurückzuführen sind und sich auch gegenseitig beeinflusst haben.⁹³⁹ Ob diese Aussage auch hinsichtlich der Bestimmungen über das Geständnis richtig ist, soll im Folgenden untersucht werden.

1.1. In den kantonalen Zivilprozessordnungen

1.1.1. Das Geständnis als Willenserklärung

Tatsächlich haben die meisten schweizerischen Zivilprozessordnungen die gemeinrechtliche Auffassung vom gerichtlichen Geständnis als Dispositionsakt übernommen. Es enthub von der Beweisführung, weil die zugestandene Tatsache als anerkannt galt und somit kein Beweis mehr darüber abgenommen werden durfte.⁹⁴⁰

Dass zugestandene Tatsachen keines Beweises bedürfen, haben vor ihrer Aufhebung durch die Eidgenössische Zivilprozessordnung lediglich die Verfahrensgesetze der Kantone Appenzell-Außerrhoden, Basel-Stadt, Graubünden und Waadt ausdrücklich festgehalten.⁹⁴¹ Die beiden Kantone Aargau und St. Gallen enthielten eine derartige Bestimmung noch in ihren Zivilprozessordnungen von 1900 bzw 1939.⁹⁴² Für Schwyz und Uri lässt sich diese Vorschrift nur mehr in ihren Zivilverfahrensgesetzen des 19. Jahrhunderts (1848 bzw 1852) finden.⁹⁴³

Im Gegensatz dazu erwähnten die Kantone Basel-Landschaft, Nidwalden, Obwalden, Solothurn, Schaffhausen, Schwyz und Zürich das Geständnis überhaupt nicht. In ihren Prozessgesetzen hielten sie lediglich fest, dass Beweis nur über

⁹³⁷ STAEHELIN in FRANK, Der Beweis im Zivil- und Strafprozess 1f.

⁹³⁸ Vor allem das Verfahrensrecht der Nord-, Ost- und Zentralschweiz stand unter dem starken Einfluss des gemeinen Zivilprozessrechts. Die Prozessgesetze der welschen Kantone wurden mehr vom französischen Recht beeinflusst. Der Einfluss der deutschen ZPO 1877 und der österreichischen ZPO 1895 hielt sich dagegen in Grenzen; vgl GULDENER, Über die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrechtes 11, 16 u 40; HEUSLER, Der Zivilprozeß der Schweiz 38.

⁹³⁹ STAEHELIN in FRANK, Der Beweis im Zivil- und Strafprozess 3.

⁹⁴⁰ WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht 336; vgl auch GULDENER, Zivilprozeßrecht 136 u 347.

⁹⁴¹ Art 150 Abs 2 ZPO AR 1980; § 94 ZPO BS 1875; Art 156 Abs 2 ZPO GR 1985; Art 164 ZPO VD 1966.

⁹⁴² GREMINGER, Das Zugeständnis 45 FN 11.

⁹⁴³ SCHURTER, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes 94.

erhebliche streitige Tatsachen abzunehmen ist.⁹⁴⁴ Daraus wurde abgeleitet, dass zugestandene, und damit unstrittige, Tatsachen nicht zu beweisen, sondern der Entscheidung zugrunde zu legen sind. Das gilt jedoch nicht, wenn Unmögliches oder offenkundig Unwahres zugestanden wird (BGE 74 II 206). In Verfahren mit Verhandlungsmaxime bedürften eben nur die streitigen Tatsachen des Beweises, sofern sie rechtserheblich sind.⁹⁴⁵

Der Kanton Uri, der in der Zivilprozessordnung von 1963⁹⁴⁶ ebenso wenig das Geständnis ausdrücklich erwähnte wie die zuvor genannten Kantone, enthielt jedoch in seiner zuletzt geltenden ZPO von 1994 neben der Vorschrift, dass nur über streitige Tatsachen Beweis zu führen ist, in Art 128 Abs 2⁹⁴⁷ die Bestimmung, dass der Richter unter Berücksichtigung der gesamten Vorbringen der Parteien und ihres Verhaltens die Frage zu entscheiden hat, ob eine Tatsache, die weder ausdrücklich bestritten noch ausdrücklich zugestanden ist, als streitig zu betrachten ist. Auch die Kantone Bern, Freiburg, Jura, Thurgau, Zug, Aargau, St. Gallen, Luzern und Wallis sowie die Bundeszivilprozessordnung normierten in ihren Zivilverfahrensgesetzen nicht, dass zugestandene Tatsachen keines Beweises bedürfen, sondern nur, dass über streitige Tatsachen Beweis erhoben wird⁹⁴⁸, erwähnten das Geständnis aber trotzdem, indem sie zum Beispiel den Widerruf⁹⁴⁹ oder das qualifizierte Geständnis⁹⁵⁰ regelten oder festhielten, dass Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, als zugestanden gelten⁹⁵¹.

Von diesen 21 Kantonen, die von der dispositiven Natur des Geständnisses ausgingen, beschränkten lediglich die Kantone Bern, Freiburg, Jura, Waadt und Zug den Widerruf.⁹⁵² Nach ihren Zivilprozessordnungen, die bis zum 31. 12. 2010 in

⁹⁴⁴ § 132 ZPO BL 1961; Art 138 Abs 1 Z 1 ZPO NW 1999; Art 137 ZPO OW 1973; § 150 ZPO SO 1966; Art 181 Abs 1 ZPO SH 1951; § 115 Abs 1 ZPO SZ 1974; § 133 ZPO ZH 1976.

⁹⁴⁵ *HABSCHEID*, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht 313 u 383; *HUBER/SCHEFER*, Praxishandbuch Zivilprozessrecht 349; *KUMMER*, Grundriss 122f.

⁹⁴⁶ *GREMINGER*, Das Zugeständnis 44.

⁹⁴⁷ Vgl auch Art 215 ZPO BE 1918; Art 194 Abs 2 ZPO FR 1953; Art 213 ZPO JU 1978; § 150 Abs 2 ZPO ZG 1940; § 199 Abs 1 ZPO AG 1984; Art 91 Abs 2 ZPO SG 1990; § 140 Abs 2 ZPO LU 1994; Art 36 Abs 2 BZPO 1947.

⁹⁴⁸ Art 215 ZPO BE 1918; Art 193 Abs 3 ZPO FR 1953; Art 213 ZPO JU 1978; § 180 Abs 1 ZPO TG 1988; § 150 Abs 2 ZPO ZG 1940; § 198 Abs 1 ZPO AG 1984; Art 91 Abs 1 ZPO SG 1990; § 140 Abs 1 ZPO LU 1994; Art 148 Abs 1 ZPO VS 1998; Art 36 Abs 2 BZPO 1947.

⁹⁴⁹ Art 216 ZPO BE 1918; Art 195 ZPO FR 1953; Art 214 ZPO JU 1978; § 151 Abs 3 ZPO ZG 1940; § 199 Abs 2 ZPO AG 1984; Art 151 Abs 2 ZPO VS 1998; Art 36 Abs 3 BZPO 1947.

⁹⁵⁰ Art 217 ZPO BE 1918; Art 196 ZPO FR 1953; Art 215 ZPO JU 1978; § 151 Abs 2 ZPO ZG 1940; § 199 Abs 2 ZPO AG 1984; Art 151 Abs 2 ZPO VS 1998; Art 36 Abs 3 BZPO 1947.

⁹⁵¹ § 180 Abs 2 ZPO TG 1988; Art 148 Abs 1 ZPO VS 1998.

⁹⁵² Art 216 ZPO BE 1918; Art 195 ZPO FR 1953; Art 214 ZPO JU 1978; Art 168 ZPO VD 1966; § 151 Abs 3 ZPO ZG 1940.

Geltung standen, war die Zurücknahme des Zugeständnisses nur dann zulässig, wenn die gestehende Partei nachweisen konnte, dass das Geständnis irrtümlich⁹⁵³ erklärt worden war. Bewusst unwahre Geständnisse waren in diesen Kantonen also unwiderruflich. Das aargauische Zivilverfahrensgesetz von 1900⁹⁵⁴ war das einzige, das in § 154 den doppelten Nachweis wie die deutsche Zivilprozessordnung in § 290 ZPO forderte.⁹⁵⁵ Erst in der nachfolgenden ZPO von 1984 wurde darauf verzichtet und in § 199 Abs 2 der freie Widerruf des Geständnisses geregelt. Im zweisprachigen Kanton Wallis verlangte noch die Zivilprozessordnung von 1919 den Irrtumsnachweis⁹⁵⁶, die darauffolgende ZPO von 1998 sah dagegen in Art 151 Abs 2 die freie Widerruflichkeit des Geständnisses vor. Auch Graubünden normierte noch in der ZPO von 1954⁹⁵⁷ die Beschränkung des Widerrufs durch den Nachweis des Irrtums, im Zivilprozessgesetz von 1985 findet sich dagegen diesbezüglich keine Vorschrift mehr. Ebenso verzichtete der Kanton Nidwalden in den Zivilprozessgesetzen von 1970 und 1999 auf eine Widerrufsbestimmung, während noch in der ZPO von 1890⁹⁵⁸ die Beschränkung des Widerrufs durch den Irrtumsnachweis verankert war.

Nach den übrigen 16 kantonalen Prozessgesetzen konnte ein Geständnis frei widerrufen werden, so lange noch Tatsachenbehauptungen im Verfahren aufgestellt werden durften. Der Richter entschied nach seiner freien Überzeugung, welche Beweiskraft dem widerrufenen Geständnis zukam.⁹⁵⁹

1.1.2. Das Geständnis als Wissenserklärung

Nur wenige Kantone rechneten zu Beginn des 21. Jahrhunderts das gerichtliche Geständnis in ihren Prozessgesetzen noch zu den Beweismitteln. Für das 19. Jahrhundert zeigt sich dagegen ein konträres Bild. Vor allem nach den

⁹⁵³ Beim Irrtum durfte es sich sowohl um einen Tatsachenirrtum als auch um einen Rechtsirrtum handeln. Nur die ZPO von 1966 des Kantons Waadt legte in Art 168 fest, dass lediglich der Tatsachenirrtum beachtlich sei; vgl. *GREMINGER*, Das Zugeständnis 48 FN 35; *GULDENER*, Zivilprozeßrecht 234 FN 33.

⁹⁵⁴ Der aargauische Entwurf bestimmte in § 171, dass zugestandene Tatsachen keines Beweises bedürfen und erklärte in § 181, dass ein von einer Partei abgelegtes gerichtliches Geständnis vollen Beweis für die zugestandene Tatsache bildet. Das Geständnis wurde demnach wohl als Erklärung mit alternativem Tatbestand angesehen; vgl. *SCHURTER*, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes 93.

⁹⁵⁵ *GREMINGER*, Das Zugeständnis 48 FN 32; *GULDENER*, Zivilprozeßrecht 234 FN 33.

⁹⁵⁶ *GREMINGER*, Das Zugeständnis 48 FN 33.

⁹⁵⁷ *GREMINGER*, Das Zugeständnis 48 FN 33.

⁹⁵⁸ *GULDENER*, Zivilprozeßrecht 234 FN 33.

⁹⁵⁹ *GULDENER*, Zivilprozeßrecht 234f.

Zivilprozessordnungen der welschen Kantone, die ja vom französischen Recht⁹⁶⁰ stark beeinflusst waren, erbrachte das Geständnis vollen Beweis, weshalb der Richter die zugestandenen Tatsachen für erwiesen halten und sie dem Urteil als wahr zugrunde legen musste. Den Art 1356 des Code civil français übernahmen im 19. Jahrhundert jedoch nicht nur die Kantone Waadt, Neuenburg und Genf sowie die zweisprachigen Kantone Freiburg und Wallis, sondern auch der italienischsprachige Kanton Tessin. Darüber hinaus ging auch der Kanton Aargau in der Zivilprozessordnung von 1851 und in der ZPO von 1900 ebenso wie der Kanton Glarus in der ZPO von 1860 von der Beweismatur des Geständnisses aus.⁹⁶¹ Des Weiteren normierte noch der schwyzerische Entwurf zur ZPO von 1915, dass dem gerichtlichen Geständnis volle Beweiskraft zukommt.⁹⁶² Auch die Kantone Uri, Nidwalden, Obwalden und Appenzell-Innerrhoden vertraten in ihren Prozessgesetzen⁹⁶³ zunächst die Auffassung vom Geständnis als Wissensklärung.⁹⁶⁴

Von diesen 13 Kantonen wandten sich fast alle im Laufe des 20. Jahrhunderts gegen die Qualifizierung des Geständnisses als gesetzliches Beweismittel und gingen dazu über, das Geständnis als Dispositionsakt zu normieren. Als Vertreter der Beweismatur blieben im 21. Jahrhundert nur die welschen Kantone Genf und Neuenburg sowie die Kantone Glarus, Appenzell-Innerrhoden und Tessin⁹⁶⁵ übrig. Die Prozessgesetze von Genf⁹⁶⁶ und Neuenburg⁹⁶⁷ enthielten fast völlig unverändert die Sätze des Code civile français und ließen den Widerruf der zugestandenen Tatsachen nur zu, wenn ein Tatsachenirrtum nachgewiesen werden konnte. In der ZPO von Appenzell-Innerrhoden⁹⁶⁸ wurde normiert, dass eine behauptete Tatsache „als wahr gilt“, wenn sie vor dem Richter ausdrücklich zugegeben wird, und nach dem Wortlaut der ZPO von Glarus⁹⁶⁹ waren zugestandene Tatsachen „als erwiesen“ zu betrachten. Eine Beschränkung des Widerrufs war nach beiden Prozessgesetzen

⁹⁶⁰ Vgl. oben 182 FN 938.

⁹⁶¹ GULDENER, Zivilprozeßrecht 347 FN 53; SCHURTER, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes 92f.

⁹⁶² SCHURTER, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes 93.

⁹⁶³ Art 216 ZPO UR 1928; Art 67 ZPO NW 1890; Art 113 ZPO OW 1900; Art 65ff ZPO AI 1949.

⁹⁶⁴ GULDENER, Zivilprozeßrecht 347 FN 53.

⁹⁶⁵ Der Kanton Wallis gab seine Auffassung vom Geständnis als Wissensklärung mit seiner zuletzt geltenden ZPO von 1998 auf und der Kanton Tessin hob seine Bestimmungen über das Beweisgeständnis in den Art 193–196 ZPO 1971 im Jahr 2001 auf; vgl. hinsichtlich der relevanten Vorschriften in ZPO 1919 VS und in ZPO 1971 TI GREMINGER, Das Zugeständnis 45 FN 15.

⁹⁶⁶ Art 189 LPC 1987 GE.

⁹⁶⁷ Art 232 CPC 1991 NE.

⁹⁶⁸ Art 160 ZPO 1949 AI.

⁹⁶⁹ Art 170 ZPO 2001 GL.

nicht vorgesehen. Das Zugeständnis konnte demnach von der Partei frei widerrufen und die Rücknahme vom Richter frei gewürdigt werden.

1.2. In der Eidgenössischen Zivilprozessordnung

Die 26 verschiedenen Verfahrensgesetze wurden durch die am 19. Dezember 2008 verabschiedete und am 1. Jänner 2011 in Kraft getretene Eidgenössische Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO CH) abgelöst.⁹⁷⁰

Für die gesamte Schweiz gilt seitdem, dass das Geständnis nicht ausdrücklich im Zivilverfahrensgesetz genannt wird. Dennoch lässt sich – wie schon früher aus sieben kantonalen Gesetzen⁹⁷¹ – auch aus der neuen Prozessordnung die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses indirekt erschließen. Die relevante Vorschrift findet sich im ersten Teil, der die allgemeinen Bestimmungen enthält. Art 150 Abs 1 ZPO CH hält fest, dass nur rechtserhebliche, streitige Tatsachen Gegenstand des Beweises sind. Als Konsequenz dieser Regelung, die nach Ansicht der herrschenden Lehre⁹⁷² aus der Verhandlungsmaxime folgt, ist über das von den Parteien übereinstimmend Vorgebrachte kein Beweis zu führen, weil zugestandene Tatsachen eben nicht streitig sind. Allerdings ist es nicht notwendig, Tatsachen ausdrücklich zuzugestehen. Es reicht auch ein konkludentes Zugeständnis, damit eine Tatsache als unstreitig gilt.⁹⁷³

Der Entwurf enthielt wie acht kantonale Prozessordnungen und die Bundeszivilprozessordnung⁹⁷⁴ noch die Regelung, dass das Gericht unter Berücksichtigung der gesamten Vorbringen der Parteien und ihres Verhaltens beurteilt, ob eine weder ausdrücklich bestrittene noch ausdrücklich zugestandene Tatsache als streitig anzusehen ist. Diese Bestimmung wurde aber vom Ständerat abgelehnt, weil sie überflüssig sei und in Widerspruch zu Art 222 Abs 2 ZPO CH stehe, der die Pflicht der beklagten Partei normiert, die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen entweder anzuerkennen oder zu bestreiten. Dabei hat der Beklagte substantiiert Stellung zu nehmen. Pauschale Bestreitungen⁹⁷⁵, wie die beliebte Floskel, nach der alles bestritten sei, was nicht ausdrücklich zugestanden

⁹⁷⁰ SUTTER-SOMM, Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, RLR 29/2012, 81 (84f).

⁹⁷¹ Vgl oben 183 FN 944.

⁹⁷² PASSADELIS in BAKER/McKENZIE, Kommentar zu Art 150 ZPO CH RZ 10; RÜEDI in GEHRI/KRAMER, Kommentar zu Art 150 ZPO CH RZ 6.

⁹⁷³ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 (7311).

⁹⁷⁴ Vgl oben 183 FN 947.

⁹⁷⁵ So hat zum Beispiel die ZPO 1988 des Kantons Thurgau in § 180 Abs 2 ausdrücklich festgehalten, dass eine allgemeine Bestreitung ausreichend ist.

werde, genügen nicht mehr, denn das Gericht darf in einem solchen Fall unbestrittene Tatsachen annehmen (BGE 113 Ia 433 E.4).⁹⁷⁶

RÜEDI weist darauf hin, dass das Geständnis, dessen Wirkung aus dem Verhandlungsgrundsatz und damit seiner dispositiven Natur abgeleitet wird, nur „im Grundsatz“⁹⁷⁷, also bloß im Regelfall, das Gericht bindet und die Beweisführung ausschließt. Auch die Botschaft zur ZPO CH hebt hervor, dass sich das Gericht hinsichtlich der Tatsachen, die die Parteien übereinstimmend behaupten, zwar „grundsätzlich mit der formellen Wahrheit begnügen kann“⁹⁷⁸, es jedoch von diesem Grundsatz auch „im ordentlichen Prozess, der sonst ganz von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird“⁹⁷⁹, eine gesetzliche Ausnahme gibt. Denn die Eidgenössische Zivilprozessordnung hat trotz des in Art 55 Abs 1 ausdrücklich verankerten Verhandlungsgrundsatzes in Art 153 Abs 2 normiert, dass das Gericht von Amts wegen Beweis erheben darf, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen.⁹⁸⁰ Die Vorschrift in Art 150 Abs 1 ZPO CH, nach der zugestandene Tatsachen nicht zu beweisen sind, wird damit eingeschränkt.⁹⁸¹ Die Botschaft begründet diese Einschränkung damit, dass das Gericht nicht zu einem Urteil gezwungen werden soll, das auf einem erkennbar unrichtigen Sachverhalt beruht. Art 153 Abs 2 ZPO CH korrigiere unhaltbare Konsequenzen der Verhandlungsmaxime.⁹⁸²

Das Gericht darf demnach im Einzelfall entscheiden, ob der von den Parteien übereinstimmend erklärte Sachverhalt tatsächlich nicht mehr bewiesen werden muss. Im Unterschied zur freien Beweiswürdigung des Geständnisses bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes, darf der Richter sich aber nicht bei jedem Zweifel um die Erkenntnis der wahren Sachlage bemühen, sondern nur bei *erheblichen* Zweifeln an der Glaubwürdigkeit des Geständnisses Beweise von Amts wegen aufnehmen.

⁹⁷⁶ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 (7311); LERCH in GEHRI/KRAMER, Kommentar zu Art 222 ZPO CH RZ 5; PASSADELIS in BAKER/McKENZIE, Kommentar zu Art 150 ZPO CH RZ 11; RÜEDI in GEHRI/KRAMER, Kommentar zu Art 150 ZPO CH RZ 6ff.

⁹⁷⁷ RÜEDI in GEHRI/KRAMER, Kommentar zu Art 150 ZPO CH RZ 6.

⁹⁷⁸ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 (7311).

⁹⁷⁹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 (7311).

⁹⁸⁰ Eine ähnliche Regelung kannten auch die Kantone Zürich (§ 142 Abs 2 ZPO ZH 1976) und St. Gallen (Art 93 Abs 3 ZPO SG 1990); vgl PASSADELIS in BAKER/McKENZIE, Kommentar zu Art 153 RZ 3 u 6.

⁹⁸¹ PASSADELIS in BAKER/McKENZIE, Kommentar zu Art 153 RZ 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht 255.

⁹⁸² Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 (7313); RÜEDI in GEHRI/KRAMER, Kommentar zu Art 153 ZPO CH RZ 6.

Der schweizerische Gesetzgeber verdrängt also durch die „*ad hoc-Ausübung des Untersuchungsgrundsatzes*“⁹⁸³ in Art 153 Abs 2 ZPO CH in Ausnahmefällen⁹⁸⁴ die Verhandlungsmaxime, die als Verfügungsfreiheit der Parteien über den Prozessstoff verstanden wird. Er verankert damit die Fälle, in denen sich dem Richter die Unrichtigkeit des Geständnisses im laufenden Rechtsstreit offenbart und die von der österreichischen höchstrichterlichen Rechtsprechung und der „Mindermeinung“ in der deutschen Lehre als Grenzen der bindenden Wirkung des Geständnisses anerkannt sind, ausdrücklich als Ausnahmen von der Bindungswirkung im Gesetz.

Bedenkt man aber, dass der Verhandlungsgrundsatz durch die Wahrheitspflicht der Parteien⁹⁸⁵, die vom ausdrücklich normierten Grundsatz von Treu und Glauben (Art 52 ZPO CH) umfasst ist⁹⁸⁶, sowie durch die gerichtliche Frage- und Aufklärungspflicht in Art 56 ZPO CH abgeschwächt wird, kann man auch im schweizerischen Zivilprozessrecht keinesfalls ein „*Recht der Parteien, autoritativ den Grad der Richtigkeit des Urteils zu bestimmen*“⁹⁸⁷, annehmen. Aufgrund der den Parteien auferlegten Pflicht zur Wahrheit ist das gerichtliche Geständnis eine dem Gericht gegenüber abgegebene und – da die ZPO CH keine Beschränkung der Rücknahme vorsieht – frei widerrufliche Wissenserklärung. Weder die freie Widerrufsmöglichkeit noch der Wortlaut des Art 150 Abs 1 ZPO CH, aus dem sich im Umkehrschluss nur ergibt, dass zugestandene Tatsachen im Regelfall nicht beweisbedürftig sind⁹⁸⁸ – weil sie eben schon durch das Geständnis bewiesen werden – aber aus dem kein Verbot der Aufnahme weiterer Beweismittel abzuleiten ist, sind mit der Annahme eines frei zu würdigenden Beweismittels unvereinbar. Im Interesse der materiellen Wahrheit sollte daher die Aufnahme weiterer Beweise bei jeder

⁹⁸³ BERTI, Einführung 103.

⁹⁸⁴ PASSADELIS in BAKER/McKENZIE, Kommentar zu Art 153 ZPO CH RZ 6.

⁹⁸⁵ Da nur einzelne kantonale Zivilprozessordnungen die Wahrheitspflicht ausdrücklich normierten, leitete sie die schweizerische Doktrin für alle Kantone aus Art 2 Abs 1 ZGB ab, der die allgemeine Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben festhält; vgl. STAAB, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß 13. Bei der Wiederholung dieses „*Grundgebots der schweizerischen Rechtsordnung*“ (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 (7274)) in Art 52 ZPO CH wäre nach Ansicht von NAEGELI ein Hinweis auf die Wahrheitspflicht nützlich gewesen, da zahlreiche Lehrbücher und Kommentare die Wahrheitspflicht im Zusammenhang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht thematisieren; vgl. NAEGELI, Darf man im Prozess lügen?, Anwaltsrevue 6–7/2010, 292 (295).

⁹⁸⁶ GULDENER, Zivilprozeßrecht 237f; HABSCHEID, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht 319; KUMMER, Grundriss 89; NAEGELI, Darf man im Prozess lügen?, Anwaltsrevue 6–7/2010, 292 (295).

⁹⁸⁷ BÖHM, Der Streit um die Verhandlungsmaxime, Ius Commune 1978, 136 (155).

⁹⁸⁸ Diese Auslegung wird durch den aargauischen Entwurf zur ZPO 1900 untermauert, der in § 171 zwar bestimmte, dass zugestandene Tatsachen keines Beweises bedürfen, die Bindungswirkung des Geständnisses, das als Wissenserklärung angesehen wurde, jedoch nicht aus § 171 ableitete, sondern explizit in § 181 festlegte; vgl. SCHURTER, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes 93.

vermuteten Verletzung der Wahrheitspflicht durch die geständige Partei zulässig sein, und nicht nur dann, wenn die dem Geständnis entgegenstehenden Verhandlungsergebnisse so starke Zweifel hervorrufen, dass der Richter die zugestandenen Tatsachen für „*keineswegs glaubwürdig*“⁹⁸⁹ hält.

⁹⁸⁹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 (7313).

2. Das Geständnis im Strafverfahren

Während in der Schweiz bereits seit dem Jahr 1942 ein einheitliches materielles Strafrecht durch das Strafgesetzbuch von 1937 in Geltung steht, war die über 160jährige Geschichte des schweizerischen Bundesstaates von einem stark zersplitterten Strafprozessrecht geprägt. 26 kantonale Prozessordnungen aus den Jahren 1919 (Zürich) bis 1999 (Basel-Landschaft, Sankt Gallen) sowie drei Verfahrensgesetze auf Bundesebene stellten die wichtigsten Rechtsquellen⁹⁹⁰ hinsichtlich des formellen Strafrechts dar. Erst am 5. Oktober 2007 gelang dem schweizerischen Gesetzgeber die nationale Vereinheitlichung des Strafprozessrechts durch die Verabschiedung der Eidgenössischen Schweizerischen Strafprozessordnung. Die neue einheitliche Strafprozessordnung trat am 1. Jänner 2011 in Kraft.⁹⁹¹

Bevor nun die geltenden Bestimmungen zum Geständnis in der Eidgenössischen StPO untersucht werden, soll zunächst ein Überblick über die Rolle des Geständnisses in den bis Ende des Jahres 2010 geltenden kantonalen Strafverfahrensgesetzen seine Entwicklung auf schweizerischem Gebiet darstellen. Zu diesem Zweck werden die 26 Kantone in vier Gruppen eingeteilt. Diese Gruppen entsprechen den vier Grundmodellen des schweizerischen Vorverfahrens, welche die Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“ im Jahr 1997 in ihrem Bericht „*Aus 29 mach 1*“⁹⁹² unterschied, um so die Wahl eines einheitlichen Strafverfolgungsmodells zu erleichtern.

2.1. In den kantonalen Strafprozessordnungen

2.1.1. In den Kantonen mit dem Untersuchungsrichtermodell I

Die Kantone mit diesem Organisationsmodell gestalteten das Vorverfahren eingliedrig, da die Ermittlungen sowie die Untersuchung in die Kompetenz nur eines

⁹⁹⁰ Insgesamt gab es in der Schweiz über 50 Gesetze und Verordnungen bezüglich des Strafverfahrensrechts; vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht 15ff; HAUSER/SCHMID, Die Schweiz auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in FS MIKLAU 178.

⁹⁹¹ FARKAS, Absprache nach neuem, eidgenössischem Strafprozess in der Schweiz, in Glossa Iuridica – III. évfolyam 2012/1. szám, 12ff, online unter:

http://www.glossaiuridica.hu/gi1201/alk/gi1201_alk_farkas.pdf

(19.9.2012); HAUSER/SCHMID, Die Schweiz auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in FS MIKLAU 176ff.

⁹⁹² EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, *Aus 29 mach 1*, 29ff.

Organs fielen.⁹⁹³ Ein unabhängiger Untersuchungsrichter leitete, angefangen von den polizeilichen Ermittlungen bis zum Abschluss der Voruntersuchung, die er von Amts wegen eröffnen konnte, allein das gesamte Vorverfahren. Er entschied auch über eine etwaige Verfahrenseinstellung. Die Funktion der Staatsanwaltschaft beschränkte sich nur auf die Erhebung der Anklage und ihre Vertretung vor Gericht. Als bloße Partei hatte sie keine selbstständige Ermittlungskompetenz im Vorverfahren.⁹⁹⁴

Im Jahr 2010 hielten die Prozessordnungen der vier Kantone Glarus, Freiburg, Wallis und Waadt die Ausgestaltung des Vorverfahrens nach diesem Modell fest.

Der Kanton Glarus normierte bereits in seiner Strafprozessordnung von 1837 einen milderen Inquisitionsprozess mit einer öffentlichen Schlussverhandlung, in dem körperliche Züchtigungen als Ungehorsamsstrafen nicht mehr vorgesehen waren. Darüber hinaus wurde die negative Beweistheorie einschließlich zahlreicher Glaubwürdigkeitserfordernisse hinsichtlich des Geständnisses eingeführt. Die Strafprozessordnung von 1871 verwirklichte schließlich den Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Gestand der Beschuldigte im Verlauf des Vorverfahrens, wurden Zeugen und Sachverständige nicht zur mündlichen und öffentlichen Hauptverhandlung geladen. Abgesehen davon war nach Ablegung des Geständnisses die Untersuchung nur soweit fortzusetzen, bis die Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit des Geständnisses dem Untersuchungsrichter ermittelt schien. Bestätigte der Beschuldigte im Zuge der Anklageerhebung sein Geständnis, indem er die Frage, ob er sich schuldig bekenne, bejahte, konnte das Gericht sofort zu den Parteivorträgen schreiten.⁹⁹⁵ Diese Regelungen wurden auch in die Strafprozessordnungen 1899⁹⁹⁶ und 1940⁹⁹⁷ übernommen und finden sich auch in der zuletzt in Glarus geltenden StPO von 1965 (Art 42, 104, 113). Als die Schweiz im Jahr 1974 die EMRK ratifizierte, hielt Art 46 noch die unbedingte Wirkung der Aussageverweigerung des Beschuldigten als Schuldindiz fest. Erst 1976 wurde dieser letzte Geständniszwang im Kanton Glarus aufgrund der Konventionswidrigkeit beseitigt.⁹⁹⁸

⁹⁹³ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht 381f.

⁹⁹⁴ EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, Aus 29 mach 1, 29f; HAUSER/SCHMID, Die Schweiz auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in FS MIKLAU 179 u 181; MANKE, Die gerichtliche Voruntersuchung 141.

⁹⁹⁵ v. GREBEL, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz 74; NOWACKI, Das Geständnis 190ff.

⁹⁹⁶ NOWACKI, Das Geständnis 192.

⁹⁹⁷ PROCHNOW, Die Beschleunigung des Strafverfahrens 106.

⁹⁹⁸ FREI-SIPONEN, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht 182.

Nach dem Untergang der Helvetischen Republik, die 1798 die Folter in der Schweiz abgeschafft hatte⁹⁹⁹, wurde 1803 im zum Teil französisch sprechenden Kanton Freiburg die peinliche Befragung wieder eingeführt, indem für das Strafverfahren die Anwendung der *Constitutio Criminalis Carolina* vorgeschrieben wurde.¹⁰⁰⁰ NOWACKI¹⁰⁰¹ schloss aus der mangelnden Erwähnung der CCC in den Urteilen des 19. Jahrhunderts, dass sich die Gerichte in der Praxis jedoch nicht an die Bestimmungen der Carolina gehalten haben. Die Folter wurde erst durch die neue liberale Konstitution von 1831 endgültig abgeschafft. Durch Art 7 der Kantonsverfassung von 1848 wurde die Ausübung von Zwang zur Ablegung eines Geständnisses generell verboten.¹⁰⁰² Nach der Strafprozessordnung von 1850 kürzte ein Geständnis in der Regel die Voruntersuchung ab. Der Widerruf in der Hauptverhandlung blieb, unabhängig davon, ob das Geständnis in der Voruntersuchung oder im Verhör der Hauptverhandlung abgelegt worden war, unberücksichtigt, wenn er nicht begründet war. Während die Strafprozessordnung von 1873 noch bestimmte, dass das Schweigen des Beschuldigten als Schuldindiz aufgefasst wird, fand sich dieser Zwang zur Erlangung eines Geständnisses in der 1927 erlassenen Strafprozessordnung nicht mehr. Das Geständnis sowie sein Widerruf waren sowohl in der StPO 1927 als auch in der StPO 1996 frei zu würdigen.¹⁰⁰³ Die StPO 1996 hielt in Art 156 Abs 1 ausdrücklich fest, dass der Beschuldigte auf sein Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen ist.¹⁰⁰⁴

Im ebenfalls zweisprachigen Kanton Wallis orientierte sich der *Code pénale pour le Bas-Valais* von 1795 an den streng formalen Inquisitionsprozess von CARPZOW. Dieser wurde von der Strafprozessordnung 1848 abgelöst, die in § 139 ausdrücklich normierte, dass die Weigerung des Inquisiten zu antworten nicht als Geständnis angesehen werden darf, und die nur die milde Ungehorsamsstrafe der Haft als Mittel zur Erzwingung einer Aussage kannte. Die negative Beweistheorie wurde erst im Zuge der Novelle des Jahres 1932 durch die freie richterliche Beweiswürdigung ersetzt. In der Praxis reduzierte ein abgelegtes Geständnis die weitere Beweisaufnahme in der Voruntersuchung erheblich.¹⁰⁰⁵ Das Absehen von

⁹⁹⁹ v. GREBEL, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz 30.

¹⁰⁰⁰ v. GREBEL, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz 58; GSCHWEND/WINIGER, Die Abschaffung der Folter 40.

¹⁰⁰¹ NOWACKI, Das Geständnis 160.

¹⁰⁰² v. GREBEL, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz 46 u 74.

¹⁰⁰³ NOWACKI, Das Geständnis 161f.

¹⁰⁰⁴ FREI-SIPONEN, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht 183 FN 1088.

¹⁰⁰⁵ v. GREBEL, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz 82; NOWACKI, Das Geständnis 193ff.

umfangreichen Beweiserhebungen im Falle eines umfassenden Geständnisses wurde schließlich in den Entwurf der Strafprozessordnung von 1962 übernommen.¹⁰⁰⁶ Bedenkt man diese Abkürzung der Voruntersuchung, die bis 1987 vorherrschende Personalunion von Untersuchungsrichter und Gerichtspräsidenten¹⁰⁰⁷ sowie die Tatsache, dass kein selbstständiges Beweisverfahren in der öffentlichen Hauptverhandlung durchgeführt wurde¹⁰⁰⁸, das Gericht seine Überzeugung somit nur auf der Grundlage der Akten bildete, kam dem Geständnis im Strafverfahren von Wallis eine bedeutende Rolle zu. Erst in Art 63 Abs 2 StPO 1962 in der Fassung von 1992 wurde ausdrücklich festgehalten, dass ein Geständnis den Untersuchungsrichter nicht der Pflicht enthebt, die Wahrheit zu erforschen.

Im welschen Kanton Waadt, der seit dem 16. Jahrhundert als Untertanenland dem Gebiet des Kantons Bern zugehörig war, erhoben sich zur Zeit der Aufklärung die ersten Stimmen in der Schweiz gegen die Anwendung der Folter zur Erzwungung von Geständnissen. Ein bedeutender Gegner der peinlichen Befragung war *SEIGNEUX de CORREVON*, der nicht nur die Abschaffung der Marter forderte, sondern überhaupt jeden Zwang zum Geständnis ablehnte, denn ein erzwungenes Geständnis habe auf keinen Fall einen Beweiswert.¹⁰⁰⁹ Seine Ansichten fanden Anklang, denn in der Waadt wurde anders als in Freiburg die Folter nach dem Zusammenbruch der Helvetik 1803 nicht wieder eingeführt. Bereits seit dem Gesetz von 1829 enthielt das waadtländische Strafprozessrecht den Grundsatz der freien Beweiswürdigung und zählte das Geständnis zu den Beweismitteln. In der öffentlichen Hauptverhandlung wurde der Angeklagte unmittelbar vom Gerichtspräsidenten vernommen. Der Code de procédure pénale von 1836 sowie der CPP von 1850 erwähnten das Geständnis nicht mehr explizit, hielten jedoch noch die Pflicht des Angeschuldigten zur Aussage fest.¹⁰¹⁰

Mit Art 63 der Kantonsverfassung von 1845 wurde in der Waadt das Schwurgericht eingeführt. Durch das revidierte Organisationsgesetz von 1886 war in schwurgerichtlichen Fällen das Geständnis aber nicht länger ein reines Beweismittel, sondern es kam ihm lediglich formelle Wirkung zu. Über den geständigen

¹⁰⁰⁶ *PROCHNOW*, Die Beschleunigung des Strafverfahrens 106.

¹⁰⁰⁷ *FREI-SIPONEN*, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht 173 FN 1007.

¹⁰⁰⁸ *HAUSER/SCHWERI/HARTMANN*, Schweizerisches Strafprozessrecht 233; *NOWACKI*, Das Geständnis 194.

¹⁰⁰⁹ v. *GREBEL*, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz 17ff.

¹⁰¹⁰ *HAUSER/SCHWERI/HARTMANN*, Schweizerisches Strafprozessrecht 233; v. *GREBEL*, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz 87 u 90f; *NOWACKI*, Das Geständnis 136f.

Angeklagten wurde durch die Kriminalkammer ohne Jury und ohne Beweisverhandlung das Urteil gesprochen. Eine Überprüfung der Schuldigerklärung des Angeklagten wurde nicht vorgenommen und auch der Widerruf war ausdrücklich ausgeschlossen.¹⁰¹¹ Von der traditionellen Schwurgerichtsbarkeit, bei der die Jury allein über Schuld und Unschuld des Angeklagten entschied, wandten sich bereits in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts einige kantonale Gesetzgeber ab. Als der Kassationshof des Schweizer Bundesgerichts¹⁰¹² 1952 auch von Schwurgerichtsurteilen eine schriftliche Begründung verlangte, verzichteten in der Folgezeit auch die restlichen Kantone auf das klassische Schwurgericht. Einige ersetzten es aber durch Schöffen- bzw Geschworenengerichte, bei denen die Laienrichter gemeinsam mit Berufsrichtern über Schuld und Strafmaß entschieden. Die Waadt zählte vor dem Inkrafttreten der Eidgenössischen Strafprozessordnung zu den letzten vier¹⁰¹³ Kantonen mit Geschworenengerichten und sah diese Art der Laienbeteiligung im CPP von 1967 nur noch für schwere Straftaten vor. Die Verweisung des Verfahrens an ein nur aus Berufsrichtern bestehendes Kollegium im Fall eines geständigen Angeklagten war aber nicht mehr vorgesehen und das Geständnis stellte demnach auch in Geschworenungsverfahren nicht länger einen Formalakt dar.¹⁰¹⁴

2.1.2. In den Kantonen mit dem Untersuchungsrichtermodell II

Die Kantone, die das strafgerichtliche Vorverfahren nach diesem Modell ausgestalteten, wiesen ebenfalls die Funktionen der Anklage und der Untersuchung verschiedenen Organen zu. Eine unabhängige gerichtliche Voruntersuchung kannten sie aber nicht, denn der Untersuchungsrichter bzw Untersuchungsbeamte unterstand in unterschiedlichem Ausmaß der Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft. Nach diesem System war das Vorverfahren hinsichtlich des Verhältnisses von Ermittlungsverfahren und eigentlicher Untersuchung ebenfalls eingliedrig gestaltet. Dieses Modell war in den sechsundzwanzig Schweizer Kantonen das vorherrschende.¹⁰¹⁵ Im Jahr 2010 verwirklichten noch neun Kantone dieses System.

¹⁰¹¹ NOWACKI, Das Geständnis 137f.

¹⁰¹² BGE 78, 1952, IV 134ff; vgl HAUSER, Kurzlehrbuch 48.

¹⁰¹³ Zürich, Tessin und Neuenburg. Genf schaffte im Jahr 2009 die Geschworenengerichte ab; vgl SCHWEIZ AKTUELL extra, Geschworenengerichte werden abgeschafft, online unter: <http://www.tagesschau.sf.tv/Hintergrund/Abstimmungen/Abstimmung-vom-17.-Mai-2009/Genf> (11.9.2012).

¹⁰¹⁴ HAUSER, Kurzlehrbuch 48f.

¹⁰¹⁵ EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, Aus 29 mach 1, 30; HAUSER/SCHMID, Die Schweiz auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in

In den Strafverfahren der meisten Kantone ging der Zweck der Voruntersuchung über ihren rein vorbereitenden Charakter hinaus. Sie diene nicht nur der Entscheidung hinsichtlich der Versetzung in den Anklagestand und der Vorbereitung der Hauptverhandlung, sondern sie sollte mittels spruchreifer Untersuchungsakten auch eine mittelbare Urteilsfindung ermöglichen. Allerdings wurde in den Kantonen Obwalden, Nidwalden, Schwyz, Schaffhausen, Appenzell-Außerrhoden, Thurgau und Luzern nicht ausschließlich auf der Grundlage des Akteninhalts entschieden. Diese Kantone sahen vielmehr einen Aktenprozess mit fakultativer Beweisaufnahme vor. In der Hauptverhandlung wurden nur dann Beweise unmittelbar erhoben, wenn das erkennende Gericht dies für die Urteilsfindung unbedingt nötig hielt.¹⁰¹⁶

In diesen modernen kantonalen Strafprozessgesetzen, die sich kaum von der vom Inquisitionsprozess bekannten mittelbaren Beweisführung abgewendet hatten, war das Geständnis als Wahrheitserforschungsmittel besonders gefährdet, weil der Untersuchungsrichter bzw der Untersuchungsbeamte weisungsabhängig war und dieser Umstand eine neutrale Untersuchung je nach Ausmaß der Weisungsgebundenheit mehr oder weniger beeinträchtigte. Hinzu kam, dass teilweise noch in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts erzwungene Geständnisse zulässig waren. Nur langsam gelangten die einzelnen Kantone zur Einsicht, dass unfreiwillige Geständnisse dem Prinzip der materiellen Wahrheit widersprechen und deshalb ihre Erlangung verhindert werden muss.

In den beiden Unterwalden wurde die Folter als Zwangsmittel noch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts angewendet. In Obwalden wurden im Gesetz über das Strafrechtsverfahren von 1869 lediglich Rutenstreiche als Methode der Geständniserzielung verboten. Das Geständnis wurde zwar als Beweismittel bezeichnet, es musste jedoch in „gesetzlichem Masse“¹⁰¹⁷ vorhanden sein sowie zur Überzeugung des Richters führen, um vollen Beweis zu erbringen¹⁰¹⁸. Jedenfalls noch in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts war es in der Praxis üblich, die Versetzung in Haft als Druckmittel gegen den leugnenden Beschuldigten zu

FS MIKLAU 179; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht 381f; MANKE, Die gerichtliche Voruntersuchung 145.

¹⁰¹⁶ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht 233f; MANKE, Die gerichtliche Voruntersuchung 157ff, 170ff u 233; PIETH, Spart die Schweiz im Strafprozessrecht den Richter ein?, in FS MIKLAU 385.

¹⁰¹⁷ Zit von NOWACKI, Das Geständnis 177.

¹⁰¹⁸ v. GREBEL, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz 56 u 88; NOWACKI, Das Geständnis 176ff.

missbrauchen.¹⁰¹⁹ Erst in der StPO von 1973 wurde unter dem Einfluss des Art 3 EMRK jeglicher Zwang bei der Einvernahme des Beschuldigten verboten. Seit 1996 war auch die Belehrungspflicht hinsichtlich der Aussagefreiheit des Angeschuldigten verankert.¹⁰²⁰

In Nidwalden war die Entwicklung ähnlich, denn die Strafprozessordnung 1885 entsprach in großen Teilen der von Obwalden aus dem Jahr 1869. Die StPO von 1930 erwähnte zwar eine Aussagepflicht nicht mehr, sie verbot aber weder die Anwendung von Zwangsmitteln noch hielt sie die Freiwilligkeit als Glaubwürdigkeitskriterium eines Geständnisses fest. Die Untersagung jeglicher Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Beschuldigten fand sich erst in der StPO von 1989 (§ 106), die auch die Pflicht zum Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht normierte.¹⁰²¹

Im Kanton Schwyz richtete sich noch die Strafprozessordnung von 1835 nach den Regeln der Carolina. Nach der Verordnung über das Verfahren in Strafrechtsfällen von 1848 durften jedoch nur mehr freiwillige Geständnisse verwertet werden. Allerdings normierte sie die Aussagepflicht und erklärte, das Schweigen des Beschuldigten als Schuldindiz aufzufassen. Auch die bis 1956 gültige Strafprozessordnung von 1909 ließ keinen direkten Geständniszwang mehr zu, bewertete die Aussageverweigerung aber noch immer als Verdachtsgrund, wodurch auf den Beschuldigten nach wie vor ein Zwang, wenn auch nur ein indirekter, ausgeübt wurde. Abgesehen davon sah § 128 die Möglichkeit vor, den hartnäckig die Aussage verweigernden Angeschuldigten auf magere Kost oder in verschärfte Beugehaft zu setzen.¹⁰²² Die Aussagefreiheit setzte sich jedenfalls in der StPO von 1974 durch. Die Pflicht zum Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht wurde bereits 1987 vorgeschlagen, aber erst im Jahr 2002 eingefügt. Ebenso fand sich bis 2002 kein Verbot von Zwang, Drohung, Versprechungen, unwahren Angaben und verfänglichen Fragen bei der Einvernahme.¹⁰²³ In § 23 Abs 5 wurde ausdrücklich die Pflicht festgehalten, Geständnisse zu überprüfen.

In Schaffhausen untersagte das organische Gesetz über das Verhöramt 1831 jede

¹⁰¹⁹ *GSCHWEND/WINIGER*, Die Abschaffung der Folter 120.

¹⁰²⁰ *FREI-SIPONEN*, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht 67 FN 311 u 183 FN 1091.

¹⁰²¹ *FREI-SIPONEN*, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht 184 FN 1098; *NOWACKI*, Das Geständnis 179f.

¹⁰²² *GSCHWEND/WINIGER*, Die Abschaffung der Folter 120; *NOWACKI*, Das Geständnis 181ff; *WALDER* in *KAISER*, Kriminologie und Strafverfahren 37 FN 18.

¹⁰²³ *FREI-SIPONEN*, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht 67 FN 312 u 183 FN 1095.

Zwangsausübung und erklärte nur „gerechten Ernst“¹⁰²⁴ zur Erlangung eines Geständnisses für zulässig. Als Ungehorsamsstrafe im Falle der Aussageverweigerung waren jedoch Rutenstreiche zulässig. Die Strafprozessordnung von 1909 war seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts das einzige Strafprozessgesetz in diesem Kanton und stand bis 1986 in Geltung. Das Schweigen wurde nicht als Schuldindiz bewertet, stattdessen führte es lediglich zu einem Protokollvermerk. Lag ein Geständnis in der Voruntersuchung vor, wurde keine umfassende Beweiserhebung mehr vorgenommen, sondern nur mehr solange Beweise gesammelt, bis die Glaubwürdigkeit bzw Unglaubwürdigkeit der zugestandenen Tatsachen feststand. Im Gegensatz zur StPO von 1986 war die Hauptverhandlung noch vom Grundsatz der Unmittelbarkeit geprägt. Legte der Angeklagte vor dem Gerichtspräsidenten ein unumwundenes Geständnis ab, durfte das Gericht jedoch von weiteren Beweiserhebungen absehen. In der StPO 1986 fand in der Hauptverhandlung abgesehen von der Vernehmung des Angeklagten, unabhängig davon, ob er gestand oder nicht, in der Regel kein Beweisverfahren statt.¹⁰²⁵ In Art 103 wurde das Verbot von Vernehmungsmethoden, die zu unfreiwilligen Geständnissen führen könnten, statuiert.¹⁰²⁶ Das Aussageverweigerungsrecht und eine diesbezügliche Belehrungspflicht¹⁰²⁷ wurden nicht in die Strafprozessordnung eingefügt. Allerdings war in Art 107 Abs 2 die Pflicht, das Geständnis auf seine Glaubwürdigkeit hin zu überprüfen, verankert.

In Appenzell-Außerrhoden sahen noch die Gesetze für das Verfahren in Kriminalsachen von 1839 und 1845 die Folteranwendung vor. Die Strafprozessordnung von 1859 erlaubte keine peinlichen Verhöre mehr, erachtete aber zum Beispiel den verschärften Arrest als adäquates Mittel, um den Beschuldigten zur Erfüllung seiner Aussagepflicht zu bringen. Das Strafverfahrensgesetz von 1880 enthielt die Pflicht zur Überprüfung des Zugestandenen sowie zahlreiche Glaubwürdigkeitskriterien. Obwohl in der StPO 1914 einige Verbesserungen zu verzeichnen waren, wie beispielsweise die Missbilligung unlauterer Vernehmungsmethoden und die Einführung des

¹⁰²⁴ Zit von NOWACKI, Das Geständnis 199.

¹⁰²⁵ HAUSER/SCHWERTI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht 233f; NOWACKI, Das Geständnis 199ff.

¹⁰²⁶ FREI-SIPONEN, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht 67 FN 312.

¹⁰²⁷ Das Schweizer Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 14.3.2001 (8G.55/2000) entschieden, dass jeder Beschuldigte auf sein Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen ist; vgl FREI-SIPONEN, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht 184.

Grundsatzes der freien Beweiswürdigung, war das Geständnis noch kein frei zu würdigendes Beweismittel. Denn in Art 88 bestimmte das Gesetz noch einige Voraussetzungen für die Gültigkeit des Geständnisses. Außerdem lastete durch die Auffassung des Schweigens als Schuldindiz nach wie vor ein massiver Geständnisdruck auf dem Beschuldigten.¹⁰²⁸ Ein Mittel zur Erforschung der materiellen Wahrheit stellte das Geständnis in diesem Kanton erst in der StPO 1978 dar, die in Art 52 das Recht des Beschuldigten, sich nicht selbst belasten zu müssen, und in Art 68 Abs 2 die freie richterliche Überprüfung des Geständnisses auf seinen Wahrheitsgehalt ausdrücklich normierte. Ebenso wenig wie im Kanton Schaffhausen traf weder die Kriminalpolizei noch den Untersuchungsbeamten bzw den erkennenden Richter eine Belehrungspflicht hinsichtlich des Aussageverweigerungsrechts des Beschuldigten.

Auch im Kanton Thurgau kam es noch im 19. Jahrhundert zu Folterungen des Beschuldigten. So wurde im Jahr 1815 mit verschärftem Arrest, Nahrungsentzug und Stockschlägen versucht, ein Geständnis der „Wahrheit“ zu erwirken. Die Strafprozessordnung von 1834 untersagte jedes Zwangsmittel, um die Ablegung eines Geständnisses zu erpressen, führte aber Ungehorsams- und Lügenstrafen als Foldersurrogate ein, auf die erst das Gesetz betreffend die Organisation des Gerichtswesens von 1850 verzichtete. Ebenso hielt das Gesetz über die Geschworenengerichte von 1852 fest, dass im Fall von verweigten oder unvollständigen Antworten keine Zwangsmittel angewendet werden dürfen. Anders als in den Strafverfahren ohne Jury durfte nach diesem Gesetz das Schweigen des Angeklagten aber noch als Schuldindiz gewertet werden. Das Gesetz über die Strafrechtspflege von 1970 kannte keine Geschworenenverfahren mehr und verwirklichte das Schweigerecht in allen Strafverfahren. In der Fassung von 1999 wurde ausdrücklich die Pflicht der Strafverfolgungsbehörden zum Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht normiert.¹⁰²⁹ Legte der Beschuldigte trotz seiner Selbstbelastungsfreiheit aus eigenem Antrieb ein Geständnis ab, hielt § 88 Abs 3 fest, dass es auf seine Glaubwürdigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen ist.

Im Kanton Luzern wurde die Aufhebung der Tortur auch nach dem Niedergang der Helvetik beibehalten. Die Strafprozessordnungen von 1827 und 1835 sahen

¹⁰²⁸ NOWACKI, Das Geständnis 168ff.

¹⁰²⁹ FREI-SIPONEN, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht 183 FN 1092; v. GREBEL, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz 62 u 90; HAUSER, Kurzlehrbuch 48; NOWACKI, Das Geständnis 128ff.

Ungehorsams- und Lügenstrafen vor, zählten jedoch die Freiwilligkeit zu den Erfordernissen eines gültigen Geständnisses. Auch das Gesetz über das Strafverfahren von 1865, das bis 1957 in Kraft stand, erlaubte noch eine körperliche Züchtigung bis zu 15 Streichen wegen hartnäckiger Verweigerung des Gehorsams und erklärte das Schweigen zum Verdachtsgrund. Trotz der Einführung der freien Beweiswürdigung wiederholte die StPO 1865 noch als eine Art Anleitung die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen in den Jahrzehnten davor das Geständnis vollen Beweis erbrachte. Jeglicher Geständniszwang war erst in der Strafprozessordnung von 1957 verboten. In § 77 Abs 2 schrieb sie die freie Überprüfung des Geständnisses hinsichtlich seines Wahrheitsgehalts vor. In der Fassung von 2000 wurde, noch bevor sich das Bundesgericht dafür aussprach, die Belehrungspflicht hinsichtlich des Rechts zur Aussageverweigerung eingefügt.¹⁰³⁰

Während das Strafverfahren der soeben untersuchten sieben Kantone stark vom Prinzip der Mittelbarkeit geprägt war, führten die erkennenden Strafgerichte in den zwei flächenmäßig größten Kantonen Bern und Graubünden in der Regel ein selbstständiges Beweisverfahren durch, welches die Grundlage für das Urteil bildete.¹⁰³¹

Im dreisprachigen Kanton Graubünden untersagten die Strafprozessordnungen von 1853 und 1891 lediglich die Verlängerung der Haft und der Untersuchung als Mittel zur Erzwingung von Geständnissen. Ein umfassendes Verbot unlauterer Vernehmungsmethoden fand sich erst in Art 88 Abs 2 der StPO 1958 in der Fassung von 1974. In den Strafprozessordnungen des 19. Jahrhunderts durfte trotz der freien richterlichen Beweiswürdigung allein aufgrund eines Geständnisses nicht verurteilt werden. Das Geständnis hatte daher auch keine abkürzende Wirkung auf die Beweisverhandlung. Das Absehen von weiteren Beweiserhebungen in der Hauptverhandlung im Falle eines unumwundenen und glaubwürdigen Geständnisses wurde erst in Art 112 Abs 2 der StPO 1958 vorgesehen. Sogar noch im 21. Jahrhundert erlaubte der Gesetzgeber in Graubünden einen indirekten Geständniszwang. Denn gem Art 88 Abs 4 durfte das Schweigen des Beschuldigten nach wie vor als Schuldindiz beurteilt werden.¹⁰³²

¹⁰³⁰ *FREI-SIPONEN*, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht 183 FN 1089; v. *GREBEL*, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz 67ff u 83f; *NOWACKI*, Das Geständnis 187ff.

¹⁰³¹ *HAUSER/SCHWERI/HARTMANN*, Schweizerisches Strafprozessrecht 233f; *MANKE*, Die gerichtliche Voruntersuchung 171 FN 6.

¹⁰³² v. *GREBEL*, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz 85f; *MANKE*, Die gerichtliche Voruntersuchung 171 FN 6; *NOWACKI*, Das Geständnis 196ff; *PROCHNOW*, Die Beschleunigung des Strafverfahrens 106.

Auch in Bern konnte nach der Strafprozessordnung von 1850 die Weigerung der Aussage als Verdachtsgrund wirken. Das Recht zu schweigen wurde jedoch im Gesetz über das Strafverfahren von 1928 ausdrücklich normiert.¹⁰³³ Die Pflicht, die angeschuldigte Person auf seine Aussagefreiheit aufmerksam zu machen, fand sich aber erst in Art 105 Abs 1 Z 2 der Strafprozessordnung von 1995.¹⁰³⁴

In den Kantonen mit dem Untersuchungsrichtermodell II zeigt nicht nur die lange zulässige Anwendung von direkten bzw indirekten Zwangsmitteln zur Erzielung von belastenden Aussagen, sondern auch die oft in den Gesetzen vorgesehene Abkürzung der Voruntersuchung bzw der Verzicht auf die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung bei Vorliegen eines Geständnisses besonders deutlich, wie hoch dessen Beweiswert auch noch im 20. Jahrhundert eingeschätzt wurde.

2.1.3. In den Kantonen mit dem Staatsanwaltsmodell I

Dieses Modell war in den welschen Kantonen Genf, Neuenburg und Jura sowie im deutschschweizer Kanton Aargau verwirklicht. Auch das Strafprozessrecht des Bundes von 1934 war nach diesem Organisationsmodell gestaltet. Dieses System entsprach dem in Österreich bis zum StPRG 2004 geltenden und auf den *Code d'instruction criminelle* von 1808 zurückgehenden Vorverfahren. Es handelte sich um ein zweigliedriges Vorverfahren, da die ersten polizeilichen Ermittlungen nicht in die Kompetenz des unabhängigen Untersuchungsrichters fielen, sondern unter der Leitung der Staatsanwaltschaft durchgeführt wurden. Nach dem Abschluss der Voruntersuchung, die der Untersuchungsrichter nur auf Antrag des Staatsanwalts vornehmen durfte, erlangte die Staatsanwaltschaft die freie Verfügung über das Verfahren zurück.¹⁰³⁵ Ebenso wie in Österreich galt im Hauptverfahren dieser Kantone der Grundsatz der Unmittelbarkeit.¹⁰³⁶

Die Bedeutung des gerichtlichen Geständnisses in diesen Kantonen ist vergleichbar mit seiner Rolle im CIC von Napoleon. Besonders Genf, das von 1798 bis 1813 von Frankreich annektiert war, übernahm nach der Erlangung seiner Selbstständigkeit das große Misstrauen der Franzosen gegen das Geständnis. Die Strafprozessordnung von 1848 erwähnte daher das Geständnis ebenso wenig wie das

¹⁰³³ NOWACKI, Das Geständnis 148ff.

¹⁰³⁴ FREI-SIPONEN, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht 183 FN 1086.

¹⁰³⁵ EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, Aus 29 nach 1, 30f; HAUSER/SCHMID, Die Schweiz auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in FS MIKLAU 179; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht 381.

¹⁰³⁶ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht 233.

französische Strafprozessgesetz und brachte dadurch deutlich zum Ausdruck, dass dem Geständnis im reformierten Verfahren im Gegensatz zum Inquisitionsprozess keine besondere Bedeutung mehr zukam.¹⁰³⁷ In der Strafprozessordnung von 1977 fand sich allerdings wieder eine Vorschrift, die das Wort „Geständnis“ enthielt. Art 266 bestimmte, dass das Geständnis ebenso wie alle anderen Beweismittel der freien Würdigung des Richters unterliegt.

Auch Neuenburg wurde stark vom französischen Recht beeinflusst und erkannte bereits in seiner Strafprozessordnung von 1835 den Grundsatz der freien Beweiswürdigung an. In Art 54 wurde festgehalten, dass die Wahrheit des Geständnisses zu ermitteln ist.¹⁰³⁸ Wie in der Waadt¹⁰³⁹ wurde aber auch in Neuenburg und Aargau trotz der freien richterlichen Beweiswürdigung das Geständnis im schwurgerichtlichen Verfahren zum bloßen Formalakt, der zur Ausschaltung des Schwurgerichts und zur Verurteilung durch ein Kollegium von Berufsrichtern führte. In Neuenburg war seit der Strafprozessordnung von 1893 das Geständnis auch im Geschworenverfahren wieder ein reines Beweismittel. In Aargau wurde in den Jahren 1868, 1886 und 1891 die Geschworenengerichtsbarkeit stark beschränkt.¹⁰⁴⁰ Die Möglichkeit, im Falle eines Geständnisses den Angeklagten ohne Geschworene zu verurteilen, bestand jedenfalls nach der zuletzt geltenden Strafprozessordnung von 1958 nicht mehr.¹⁰⁴¹

Jura ist der jüngste Kanton der Schweiz. Da der Jura seine Selbstständigkeit 1979 durch die Abspaltung von Bern erlangte¹⁰⁴², gilt für die Zeit davor hinsichtlich des Geständniszwangs das zu Bern Festgehaltene¹⁰⁴³. Mit der Strafprozessordnung 1990 wechselte Jura vom Untersuchungsrichtermodell I zum Staatsanwaltschaftsmodell I.¹⁰⁴⁴ Die Untersuchung dieser zuletzt in der Jura geltenden StPO ergab, dass das Geständnis wie in den anderen Kantonen mit diesem System auch hier ein reines Beweismittel war. Gem Art 127 war der Geständige über die näheren Umstände und seine Beweggründe zu befragen. Art 124 verbot jegliche Einwirkung auf den Willen des Beschuldigten, um ein Geständnis zu erlangen, und Art 293 hielt den Grundsatz der freien Beweiswürdigung fest.

¹⁰³⁷ NOWACKI, Das Geständnis 37f u 157ff.

¹⁰³⁸ NOWACKI, Das Geständnis 139.

¹⁰³⁹ Vgl oben 193f.

¹⁰⁴⁰ NOWACKI, Das Geständnis 133ff u 140f.

¹⁰⁴¹ HAUSER, Kurzlehrbuch 48f.

¹⁰⁴² BÄBLER in WIESENMÜLLER, Die Regionalbibliographie 88.

¹⁰⁴³ Vgl oben 200.

¹⁰⁴⁴ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. 12. 2005, BBl 2006, 1085 (1109 FN 63); HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht 382.

2.1.4. In den Kantonen mit dem Staatsanwaltsmodell II

Dieses Modell war das einzige, welches das Vorverfahren ohne Untersuchungsrichter ausgestaltete. Die Staatsanwaltschaft war nicht nur Leiterin der polizeilichen Vorermittlungen und für die Erhebung der Anklage zuständig, sondern hatte auch die Funktion der untersuchenden Behörde inne. Da die Ermittlungen und die Voruntersuchung nicht der Kompetenz verschiedener Organe unterstanden, handelte es sich um ein eingliedriges Vorverfahren.¹⁰⁴⁵

Im Jahr 1997 verwirklichten nur zwei Kantone, Basel-Stadt und Tessin, dieses Modell, das auch im Ausland, beispielsweise in Deutschland und Italien, bereits existierte.¹⁰⁴⁶ Der Kanton Basel-Landschaft kannte seit der Strafprozessordnung von 1999 zumindest bei bestimmten Straftaten im Bereich der Wirtschaftskriminalität und des organisierten Verbrechens ebenfalls diese eingliedrige Ausgestaltung des Vorverfahrens. Zuständig für die Ermittlung, Untersuchung und Anklage war aber nicht der Staatsanwalt, sondern das „*Besondere Untersuchungsrichteramt*“ (BUR). In der jüngeren Vergangenheit entschieden sich die Kantone Appenzell-Innerrhoden, St. Gallen, Solothurn und Zürich, ebenso wie Österreich durch das StPRG 2004, zu diesem System zu wechseln. Die Kantone Zug und Uri führten 2008 bzw 2009 das Staatsanwaltschaftsmodell II vorzeitig ein.¹⁰⁴⁷

Vom zweigliedrigen St-Modell I wechselten drei Kantone. Basel-Stadt verzichtete bereits 1960¹⁰⁴⁸, Tessin 1992¹⁰⁴⁹ und Uri 2009¹⁰⁵⁰ auf den Untersuchungsrichter. Entsprechend dem oben zum St-Modell I Gesagten wurde in diesen Kantonen das Geständnis seit den jeweiligen Strafprozessordnungen des 19. Jahrhunderts als frei zu würdigendes Beweismittel aufgefasst und jeglicher Zwang zur Herbeiführung von

¹⁰⁴⁵ EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, Aus 29 mach 1, 31; HAUSER/SCHMID, Die Schweiz auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in FS MIKLAU 179f; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht 381f.

¹⁰⁴⁶ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. 12. 2005, BBl 2006, 1085 (1108f); EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, Aus 29 mach 1, 31.

¹⁰⁴⁷ HAUSER/SCHMID, Die Schweiz auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in FS MIKLAU 184; MANN/RIETSCHI in BIAGINI, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II 103.

¹⁰⁴⁸ RUCKSTUHL, Vorlesungsskript Strafprozessrecht für das Herbstsemester 2008, 10, online unter: https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:sXrejkC5_1EJ:ius.unibas.ch/typo3conf/ext/x4eunic al/scripts/handleFile.php%3Ffile%3D4871+Ruckstuhl+strafprozessrecht+herbstsemester+2008&hl=de&gl=at&pid=bl&srcid=ADGEESjb0Cvj157vv2wTRncng4QmnaCaLZpbFcw_IMj4LABpAN_6JqBa2Jk3nfe9AgQQuc4sgSNdX_CQikG0Ceju5nJcfc4BBepInzOyuvzwL-tZkcxhLzk3DR7yIMT1UML7Wnpk-kLN&sig=AHIEtbRPKHjIaj9VRLIKiQzf5Lnr9Hbbfw (19. 9.2012).

¹⁰⁴⁹ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht 382.

¹⁰⁵⁰ Amtsblatt des Kantons Uri 51/2007, 1969ff (1970), online unter: http://www.ur.ch/dateimanager/amtsblatt/2007/amtsblatt_07_51.pdf (19. 9.2012).

Geständnissen war verpönt.¹⁰⁵¹

Die Kantone St. Gallen, Appenzell-Innerrhoden, Basel-Landschaft und Zürich ersetzten mit dem St-Modell II das UR-Modell II.¹⁰⁵² Wie in den übrigen Kantonen mit weisungsgebundenen Untersuchungsrichtern stellte auch in diesen Kantonen das Geständnis nicht ein Beweismittel von vielen gleichwertigen dar. Vielmehr kam ihm auch noch im 20. Jahrhundert eine besondere Bedeutung zu. So bestimmte beispielsweise die 1912 in Kraft getretene Strafprozessordnung von St. Gallen in § 91, „*der Untersuchungsrichter soll in rascher Folge die für die Schuld sprechenden Vorlagen zur Erlangung eines Geständnisses nützen*“¹⁰⁵³ und sah die Abkürzung der Untersuchung und der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung bei Vorliegen eines Bekenntnisses vor.¹⁰⁵⁴ Selbst noch die Strafprozessordnung von 1999, die bereits das St-Modell II umsetzte, hielt in Art 208 die Möglichkeit des Verzichts auf die unmittelbare Beweisaufnahme im Falle eines glaubwürdigen Geständnisses fest.

Der Kanton Appenzell-Innerrhoden hatte bis 1941 keine geschriebene Strafprozessordnung. NOWACKI¹⁰⁵⁵ vertrat die Ansicht, dass dem Geständnis bis dahin eine große Wirkung zugeschrieben wurde und es in der Regel Beweis an sich war. Die Strafprozessordnung von 1941, die bis 1986 in Geltung stand, ging nicht nur von einer Aussagepflicht des Beschuldigten aus, sondern erlaubte darüber hinaus auch die Ausübung von psychischen Zwang, indem sie in Art 34 normierte, dass der Angeschuldigte bei Verweigerung der Antwort auf „*die wahrscheinliche Folge des Schuldinzigtes*“¹⁰⁵⁶ hinzuweisen ist.

Erst die zuletzt geltende Strafprozessordnung von 1986 hielt fest, dass das Verfahren ohne Rücksicht auf die verweigerte Mitwirkung weiterzuführen ist. In der revidierten Fassung vom Jahr 2000 ordnete Art 82 Abs 2 an, dass die Staatsanwaltschaft, die nun Herrin des Vorverfahrens war, im Rahmen einer eigenen Einvernahme das vor der Kantonspolizei abgelegte und mit dem Ergebnis des

¹⁰⁵¹ NOWACKI, Das Geständnis 156 u 205ff. Der Kanton Uri konnte bis 1959 keine Strafprozessordnung vorweisen. Im Gegensatz zu den übrigen Kantonen mit dem Staatsanwaltschaftsmodell I verwirklichte Uri weder in der Strafprozessordnung von 1959 noch in der von 1980 den Unmittelbarkeitsgrundsatz, sondern behielt die mittelbare Beweisführung des Inquisitionsprozesses weitgehend bei; vgl HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht 233; SCHULTZ, Rechtseinheit ohne Einheit des Rechts, in FS PETERS 430.

¹⁰⁵² Vgl EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, Aus 29 mach 1, 30.

¹⁰⁵³ Zit von NOWACKI, Das Geständnis 165.

¹⁰⁵⁴ NOWACKI, Das Geständnis 165f.

¹⁰⁵⁵ NOWACKI, Das Geständnis 172.

¹⁰⁵⁶ Zit von SCHREIEDER, Die Stellung des Beschuldigten 6.

Ermittlungsverfahrens in Einklang stehende Geständnis zu überprüfen hat. Darüber hinaus traf den Staatsanwalt auch die Überprüfungspflicht hinsichtlich Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Ermittlungen.

Nach der Kantonsteilung 1833 ging Basel-Landschaft hinsichtlich des Strafprozessrechts einen anderen Weg als Basel-Stadt und führte den unter der Aufsicht der Staatsanwaltschaft stehenden Untersuchungsrichter ein. Dieses Weisungsrecht wurde erst im Jahr 2000 aufgehoben.¹⁰⁵⁷ Noch in der Strafprozessordnung von 1999 kam dem Geständnis eine Sonderstellung zu, denn es wurde nicht wie andere Beweismittel völlig frei bewertet. § 22 Abs 3 sah nämlich als Überbleibsel der negativen Beweistheorie die Pflicht vor, *„insbesondere nachzuforschen, ob das Geständnis freiwillig und unzweideutig erfolgt ist und mit den übrigen ermittelten Umständen übereinstimmt.“*

Im Gegensatz dazu kannte der Kanton Zürich derartige Glaubwürdigkeitskriterien, wie sie im gemeinen Inquisitionsprozess üblich waren, bereits im 19. Jahrhundert nicht mehr. Allerdings postulierte das Strafverfahrensrecht nicht wie Basel-Stadt oder Tessin die freie Würdigung des Geständnisses. Im Gegenteil, das Geständnis war Beweis schlechthin und schloss die Freisprechung des Geständigen aus. Erst in der Strafprozessordnung von 1919 wurde das Geständnis zum Beweismittel.¹⁰⁵⁸ Allerdings durfte der Untersuchungsbeamte im Falle eines Geständnisses, das mit den Ergebnissen der polizeilichen Ermittlung übereinstimmte, von der weiteren Beweiserhebung absehen. Eine weitere Vereinfachung bei Vorliegen eines Geständnisses fand sich auch im geschworenengerichtlichen Verfahren, in dem der Unmittelbarkeitsgrundsatz galt. Der geständige Angeklagte wurde von der Anklagekammer nicht dem Geschworenengericht, sondern dem Obergericht überwiesen, vor dem keine Beweisverhandlung stattfand. Widerrief der Angeklagte sein Geständnis, musste das Obergericht den Fall aber wieder dem Geschworenengericht überweisen.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁷ RUCKSTUHL, Vorlesungsskript Strafprozessrecht für das Herbstsemester 2008, 10, online unter: https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:sXrejkC5_1EJ:ius.unibas.ch/typo3conf/ext/x4eunic al/scripts/handleFile.php%3Ffile%3D4871+Ruckstuhl+strafprozessrecht+herbstsemester+2008&hl=de&gl=at&pid=bl&srcid=ADGEESjb0Cvj157vv2wTRncng4QmnaCaLZpbFcw_IMj4LABpAN6JqBa2Jk3nfe9AgQQuc4sgSNdX_CQikG0Ceju5nJCfC4BBepInzOyuvzwL-tZkcxhLzk3DR7ylMT1UML7Wnpk-kLN&sig=AHIEtbRPHKjIaj9VRLIKiQzf5Lnr9Hbbfw (19. 9.2012).

¹⁰⁵⁸ NOWACKI, Das Geständnis 115ff.

¹⁰⁵⁹ PROCHNOW, Die Beschleunigung des Strafverfahrens 107; SCHMID, Strafprozessrecht 204 u 319f.

Vom UR-Modell I zum St-Modell II wechselten nur die zwei Kantone Solothurn und Zug (2005 und 2008)¹⁰⁶⁰. In Solothurn kannte bereits das Gesetz von 1832 über das Verfahren in Kriminal- und Polizeisachen die Grundsätze der freien Beweiswürdigung und der Unmittelbarkeit. Das Geständnis wurde nicht extra erwähnt. Seine Rolle als Beweismittel wurde jedoch in der Strafprozessordnung von 1863 hinsichtlich des neu eingeführten Schwurgerichts nicht beibehalten. Erklärte sich der Angeklagte für schuldig, waren die Geschworenen nicht mehr zuständig. Das Gericht fällte ohne Überprüfung des Zugeständnisses und ohne eine Beweisverhandlung das Urteil. Erst in den Strafprozessordnungen von 1874 und 1885 stellte das Geständnis auch in den schwurgerichtlichen Verfahren ein materielles Wahrheitserforschungsmittel dar. Denn nur dann, wenn keine Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Schuldbekenntnisses vorlagen, durfte ohne Geschworene entschieden werden. Bestanden Zweifel hinsichtlich der Richtigkeit der tatsächlichen Angaben des Angeklagten, musste der Fall vor die Geschworenen verwiesen werden.¹⁰⁶¹ Während die Strafprozessordnung von 1885, seit deren Geltung die Verlesung¹⁰⁶² der Untersuchungsakten ohne besondere Einschränkung erlaubt war¹⁰⁶³, noch die Abkürzung der Voruntersuchung festhielt, sobald ein glaubwürdiges Geständnis vorlag¹⁰⁶⁴, gestattete dies die bis 2010 in Solothurn geltende Strafprozessordnung von 1970 nicht mehr. Allerdings durfte gem § 104 bei Vorliegen eines glaubwürdigen Geständnisses auf die unmittelbare Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung verzichtet werden.

Der Kanton Zug besaß lange Zeit keine schriftliche Strafprozessordnung. Noch im Jahr 1869 wurde die Folter zur Erlangung eines Geständnisses angewendet, dem bis zur Strafprozessordnung von 1940 eine formelle Wirkung zukam.¹⁰⁶⁵ Erst in diesem Gesetz wurde in § 24 Abs 1 ausdrücklich festgehalten, dass Geständnisse auf ihre Richtigkeit zu überprüfen sind. Wie in Solothurn war auch in Zug die Verlesung der

¹⁰⁶⁰ STAATSKANZLEI, Medienmitteilung vom 17. Juni 2008, online unter: <http://www.so.ch/fileadmin/internet/sk/sksek/pdf/medienmitteilungen/2008/juni/vernStPO.pdf> (19. 9.2012);

KETTIGER, Zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft in der Justizorganisation, in *Justice – Justiz – Giustizia* 2010/4/prov, 2, online unter: <http://www.kettiger.ch/portal/images/pdf/richterzeitung-8471.pdf> (19. 9.2012).

¹⁰⁶¹ NOWACKI, Das Geständnis 143ff.

¹⁰⁶² § 106 Abs 1 StPO 1970 sah die Möglichkeit der Aktenzirkulation vor, wenn der Gerichtspräsident die Akten nicht verlesen wollte.

¹⁰⁶³ MANKE, Die Voruntersuchung 171 FN 7.

¹⁰⁶⁴ NOWACKI, Das Geständnis 146.

¹⁰⁶⁵ v. GREBEL, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz 56ff; NOWACKI, Das Geständnis 184ff.

Akten aus dem Vorverfahren ohne Einschränkungen gestattet.¹⁰⁶⁶ Darüber hinaus bestimmte § 40 Abs 2 im Falle eines unzweideutigen und vollständigen Geständnisses den Entfall der Vorladungen von Zeugen und Sachverständigen, sofern das Gericht aufgrund der Untersuchungsakten ein sicheres Urteil fällen konnte. Auch im Kanton Zug wurde demnach die Beweisverhandlung vor Gericht nicht ohne Berücksichtigung eines erfolgten glaubwürdigen Geständnisses durchgeführt.

2.2. In der Eidgenössischen Strafprozessordnung

Die Rechtszersplitterung im Bereich des schweizerischen Strafverfahrensrechts wurde durch die im Jahr 2007 verabschiedete und am 1. Jänner 2011 in Kraft getretene Eidgenössische Schweizerische Strafprozessordnung (StPO CH) beseitigt. Für die gesamte Schweiz gilt seitdem hinsichtlich der Ausgestaltung des Vorverfahrens das Staatsanwaltschaftsmodell II. Wie Österreich und Deutschland verzichtete die Eidgenossenschaft auf den autonomen Untersuchungsrichter und vereinigte dessen Funktionen mit jenen des Staatsanwalts.¹⁰⁶⁷ Trotz dieser Machtkonzentration in den Händen der Staatsanwaltschaft entschied sich die Schweiz im Gegensatz zu Österreich und Deutschland nicht für den Ausgleich durch ein prinzipiell unmittelbares Hauptverfahren.¹⁰⁶⁸ Während zunächst für Alltagsfälle ein rein mittelbares Hauptverfahren, das sich also nur auf die Akten stützt, vorgeschlagen wurde, setzte sich schließlich für alle Fälle eine fakultativ unmittelbare Lösung durch. Gem Art 343 Abs 3 StPO CH nimmt das Gericht bereits im Vorverfahren ordnungsgemäß erhobene Beweise nur dann nochmals auf, wenn „die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint“. Lediglich auf die unmittelbare Einvernahme des Beschuldigten darf das Gericht keinesfalls verzichten.¹⁰⁶⁹

Es ist daher gesetzlich erlaubt, die belastende Aussage des Beschuldigten lediglich aufgrund der Akten des Vorverfahrens zu überprüfen. Stützt sich das Gericht bei der Nachforschung hinsichtlich der Richtigkeit des Geständnisses jedoch

¹⁰⁶⁶MANKE, Die Voruntersuchung 171 FN 7.

¹⁰⁶⁷HAUSER/SCHMID, Die Schweiz auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in FS MIKLAU 180f.

¹⁰⁶⁸PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht 57.

¹⁰⁶⁹PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht 179f; PIETH, Spart die Schweiz im Strafprozessrecht den Richter ein?, in FS MIKLAU 389ff.

blind auf die Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft anstatt auf die in eigener Verantwortung festgestellten Tatsachen¹⁰⁷⁰, ist das Geständnis als Wahrheitserforschungsmittel gefährdet. Denn der verlässlichste Weg, um die Wahrheit der zugestandenen Tatsachen herauszufinden, ist jener, der den Richter möglichst nahe zum Sachverhalt führt.¹⁰⁷¹ Aus diesem Grund sollte das Gericht im Interesse der Wahrheitsfindung die Überprüfung des Geständnisses nicht auf die Erkenntnisse des Vorverfahrens beschränken.

Geständnisse, die durch die in Art 140¹⁰⁷² aufgezählten verbotenen Beweiserhebungsmethoden erzielt werden, führen gem Art 141 Abs 1 zur absoluten Unverwertbarkeit. Ebenso sieht Art 158 Abs 2 im Fall der Unterlassung der Belehrungspflicht bezüglich des Aussageverweigerungs- und Verteidigungsrechts ein absolutes Beweisverwertungsverbot als Folge vor.¹⁰⁷³

Die neue einheitliche Strafprozessordnung kennt neben dem ordentlichen Verfahren auch das sogenannte „*abgekürzte Verfahren*“ gem Art 358ff, obwohl sich die Expertenkommission 1997¹⁰⁷⁴ noch gegen dessen Einführung ausgesprochen hat. Dieses summarische Verfahren fand sich bereits seit 1999 auch in den Strafprozessordnungen der Kantone Basel-Landschaft, Tessin und Zug. Über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens entscheidet der Staatsanwalt auf Antrag des Beschuldigten, der nur bis zur Anklageerhebung möglich ist, nach freiem Ermessen. Gesteht die beschuldigte Person den wesentlichen Sachverhalt und erkennt sie allfällige Zivilansprüche eines Privatklägers zumindest im Grundsatz an, kann der Staatsanwalt eine verkürzte Anklageschrift einbringen. Ist der Beschuldigte mit dem Tatvorwurf und dem Strafmaß einverstanden, kommt es zu einer summarischen Hauptverhandlung, in der das Gericht den Beschuldigten zur Anklageschrift einvernimmt. Im Fall der Anerkennung des Sachverhalts sind weitere Beweiserhebungen ausgeschlossen. Das Gericht hat nur zu überprüfen, ob der anerkannte Sachverhalt mit der Aktenlage übereinstimmt und ob die beantragte Sanktion angemessen ist. Kommt es zu einem positiven Ergebnis, erhebt das Gericht die Anklageschrift zum Urteil, andernfalls muss das ordentliche Verfahren durchgeführt werden, in dem das abgegebene Geständnis nicht verwertbar ist.

¹⁰⁷⁰PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht 185.

¹⁰⁷¹GEPPERT, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit 127f.

¹⁰⁷²§§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO CH.

¹⁰⁷³PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht 75f u 148.

¹⁰⁷⁴EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT, Aus 29 mach 1, 52.

Ausgeschlossen ist das abgekürzte Verfahren, wenn die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren verlangt.¹⁰⁷⁵

Es kann festgehalten werden, dass das Geständnis im summarischen Verfahren noch weniger als im ordentlichen Verfahren der materiellen Wahrheitsfindung dient, sondern nur eine ausgehandelte, und damit formelle Wahrheit offenbart. Das Gericht wird seiner Hauptaufgabe, nämlich der Erhebung und Würdigung von Beweisen, beraubt. Während im ordentlichen Verfahren eine unmittelbare Beweisaufnahme zumindest möglich ist, wenn das Gericht dies für die Urteilsfindung für nötig hält, ist die selbstständige Beweissammlung beim abgekürzten Verfahren unzulässig. Das Gericht darf nur feststellen, ob die zugestandenen Tatsachen mit der Aktenlage in Einklang stehen. Aufgrund des Eingeständnisses des wesentlichen Sachverhalts führt die Staatsanwaltschaft aber nur ein stark verkürztes Vorverfahren durch, das keinesfalls ausreicht, um den Inhalt des Geständnisses als wahr zu bestätigen.

¹⁰⁷⁵FARKAS, Absprache nach neuem, eidgenössischem Strafprozess in der Schweiz, in *Glossa Iuridica* – III. évfolyam 2012/1. szám, 12ff, online unter: http://www.glossaiuridica.hu/gi1201/alk/gi1201_alk_farkas.pdf (19.9.2012); KUNZ, Absprache und abgekürztes Verfahren nach künftigem Schweizerischem Strafprozessrecht, in *FS MÜLLER* 383ff; MEDIGOVIC in *SOYER*, Ringen um Fairness 139f; MOOS, Absprachen im Strafprozess, *RZ* 2004, 56 (60); PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht 196ff.

Zusammenfassung

Sowohl im Zivilverfahren als auch im Strafverfahren stellt die Findung einer gesetzmäßigen Entscheidung die zentrale Aufgabe des Richters dar. Voraussetzung für die Ableitung der Entscheidung aus abstrakten Rechtsnormen ist die Feststellung der rechtserheblichen Tatsachen. Je nachdem, wem die Beschaffung der tatsächlichen Urteilsgrundlagen obliegt, werden verschiedene Stoffsammlungsmodelle unterschieden.

Während im Strafverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt, nach dem es Aufgabe des Gerichts ist, den konkreten Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, wird im Zivilverfahren von Deutschland und der Schweiz der Verhandlungsgrundsatz als geltende Maxime angesehen, nach dem den Parteien die Verantwortung für den Tatsachenstoff zukommt. Das Verständnis der Verhandlungsmaxime als „*Herrschaft [der Parteien] über den Proceßinhalt*“¹⁰⁷⁶ beruht auf der liberalistischen Auffassung des Zivilprozesses im 19. Jahrhundert. Der Staat sah im Zivilprozess einen rein privaten Vorgang, weshalb er auch kein Interesse daran hatte, den konkreten Sachverhalt zu erforschen. Der deutsche Rechtsgelehrte WACH formulierte diese Einstellung mit folgenden Worten:

„*Die Feststellung der Wahrheit ist [...] nicht Ziel des Civilprocesses und kann es nicht sein [...] sondern ein zufälliges Ergebniss.*“¹⁰⁷⁷

Der Verhandlungsgrundsatz wird deshalb auch als Prinzip der formellen Wahrheit bezeichnet. Die Parteien können durch ihren übereinstimmenden Tatsachenvortrag eine Entscheidungsgrundlage schaffen, die nicht der objektiven Wahrheit entspricht. Mit der Erklärung einer Partei, dass eine tatsächliche, für den Zugestehenden ungünstige Behauptung des Gegners richtig ist, kann sie über den Tatsachenstoff disponieren, was nach der herrschenden deutschen und schweizerischen Lehre hinzunehmen ist, „*weil es im Zivilprozeß um private Rechte geht, über die die Parteien auch sonst verfügen können.*“¹⁰⁷⁸ Demnach darf das Gericht über zugestandene Tatsachen keine Beweise erheben und muss sie ungeprüft als wahr dem Urteil zugrunde legen. Im Gegensatz dazu wird in Österreich das

¹⁰⁷⁶KLEIN, Pro futuro 13.

¹⁰⁷⁷WACH, Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung 199 u 214.

¹⁰⁷⁸LEIPOLD, Verfahrensbeschleunigung und Prozeßmaximen, in FS FASCHING 340; vgl auch KUGLER, Die Kooperationsmaxime 41.

zivilgerichtliche Geständnis nicht mehr als Dispositionsakt, sondern als Wissenserklärung qualifiziert. *KLEIN* schuff für die öZPO aufgrund seiner Auffassung des Zivilprozesses als „staatliche Wohlfahrtseinrichtung“¹⁰⁷⁹ und als „Glied sozialer Hilfe“¹⁰⁷⁹ ein Stoffsammlungsmodell, das heute in der Lehre als „Kooperationsmaxime“¹⁰⁸⁰, „Sammelmaxime“¹⁰⁸⁰ oder als „abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz“¹⁰⁸¹ bezeichnet wird und als „Arbeitsgemeinschaft zwischen Gericht und Parteien“¹⁰⁸² hinsichtlich der Gewinnung des Tatsachenmaterials bzw als „Synthese von Richtermacht und Parteienherrschaft“¹⁰⁸³ verstanden wird. Der Annahme einer Verfügungsfreiheit der Parteien über den relevanten Prozessstoff – und damit der dispositiven Rechtsnatur des Geständnisses – steht nicht nur die in § 178 Abs 1 öZPO normierte Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien entgegen, sondern auch § 182 öZPO, der die materielle Prozessleitungspflicht des Richters normiert, sowie § 183 öZPO, der die Maßnahmen der diskretionären Gewalt aufzählt und dem Richter die Stoffsammlung von Amts wegen ermöglicht. Nach der Rechtsprechung des OGH ist das gerichtliche Geständnis zwar noch ein bindendes Beweismittel. Aufgrund der zahlreichen anerkannten Ausnahmen von der bindenden Wirkung ist die ständige Rechtsprechung jedoch nur mehr im seltenen Fall, dass zum Zeitpunkt des Geständnisses keine oder nur zweifelhafte Beweisergebnisse gegen seine Wahrheit sprechen, anderer Meinung als die herrschende Lehre, die die Bindungswirkung als Konsequenz des gerichtlichen Geständnisses generell ablehnt und für die freie Würdigung der zugestandenen Tatsachen eintritt.

In Diskrepanz dazu bekennt sich die Lehre in Deutschland und der Schweiz nach wie vor zur Herrschaft des Verhandlungsgrundsatzes im Zivilprozess und zur Bindung des Richters an den übereinstimmenden tatsächlichen Parteivortrag. Obwohl die dZPO entgegen dem Dogma des Beibringungsgrundsatzes zahlreiche mittelbare und unmittelbare Möglichkeiten des Richters normiert, um an der Tatsachenbeschaffung mitzuwirken, sprechen nur wenige Rechtsgelehrte¹⁰⁸⁴ von der Geltung der Kooperationsmaxime im deutschen Zivilverfahren. Seit der Einfügung der Wahrheitspflicht der Parteien durch die Novelle 1933 gibt es in Deutschland

¹⁰⁷⁹*KLEIN*, Zeit- und Geistesströmungen 30.

¹⁰⁸⁰*BUCHEGGER/DEIXLER-HÜBNER/HOLZHAMMER*, Praktisches Zivilprozeßrecht 106.

¹⁰⁸¹*RECHBERGER/SIMOTTA*, Grundriß 140.

¹⁰⁸²*RECHBERGER*, Die Ideen Franz Kleins, RLR 25/2008, 101 (103f).

¹⁰⁸³*KUGLER*, Die Kooperationsmaxime 11.

¹⁰⁸⁴*HAHN*, Kooperationsmaxime 302; *KUGLER*, Die Kooperationsmaxime 223.

jedoch eine „Mindermeinung“, nach der das Geständnis keinen Dispositionsakt, sondern eine Wissenserklärung darstellt. Ebenso wie die höchstrichterliche Rechtsprechung in Österreich bejahen diese Autoren jene Fälle, in denen der Richter die Unrichtigkeit des Geständnisses erkennt, als Grenzen der Bindungswirkung. In der Schweiz wurde diese Ausnahme sogar ausdrücklich in Art 153 Abs 2 der am 1. Jänner 2011 in Kraft getretenen Eidgenössischen Zivilprozessordnung verankert. Das gerichtliche Geständnis wird jedoch nicht wie nach der deutschen „Mindermeinung“ und nach der österreichischen Rechtsprechung des OGH als formales Beweismittel angesehen, sondern seine grundsätzlich bindende Wirkung aus dem ausdrücklich in Art 55 Abs 1 ZPO CH verankerten Verhandlungsgrundsatz und damit aus seiner dispositiven Natur abgeleitet.

Im Unterschied zu Österreich, wo das Geständnis im Zivilverfahren – wie in der griechischen und römischen Antike – von der herrschenden Lehre als Instrument zur Wahrheitsfindung erachtet wird, bringt es nach überwiegender Ansicht der Rechtsgelehrten in Deutschland und der Schweiz als Willenserklärung formell festgestellte Tatsachen hervor, die der Richter ohne Wahrheitsüberprüfung dem Urteil zugrunde legen muss. Wie im mittelalterlichen Parteiprozess und im gemeinen Zivilverfahren stellt es durch seine beweisausschließende Funktion lediglich ein Mittel dar, um den Rechtsstreit rasch zu einem Ende zu bringen.

Während sich in Österreich die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass das zivilprozessuale Geständnis der Aufklärung des wahren Sachverhalts dienen soll und auch in den beiden anderen Ländern das Geständnis durch die vereinzelter Stimmen, die eine freie Beweiswürdigung der zugestanden Tatsachen fordern, sowie durch die in der Lehre herausgearbeitete bzw sogar ausdrücklich im Gesetz normierte Einschränkung der Bindungswirkung im Fall erkannter unwahrer Geständnisse, als Beitrag zur Findung einer sachlich richtigen Entscheidung im Zivilverfahren immer mehr anerkannt wird, ist dagegen im Strafverfahren des 21. Jahrhunderts eine umgekehrte Entwicklung festzustellen.

Die Ergebnisse der historischen Untersuchung zeigen, dass schon vor der Rezeption des römisch-kanonischen Inquisitionsverfahrens nach den Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol von 1499 und für Radolfzell von 1506 zumindest das durch Folter erzwungene Geständnis auf seine Glaubwürdigkeit überprüft werden musste. Durch die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 wurde auch das freiwillige Geständnis wieder zu einem Instrument materieller

Wahrheitserforschung, zu dem es sich bereits im griechischen Verfahren und im römischen Strafprozess der Kaiserzeit entwickelt hatte. In der Periode des gemeinen Inquisitionsprozesses, in der die gesetzliche Beweistheorie vorherrschend war, ging die Überprüfung der Richtigkeit des Geständnisses soweit, dass ihm die Beweiskraft hinsichtlich des objektiven Tatbestandes des Verbrechens abgesprochen wurde. Für die Verurteilung des Geständigen war neben anderen Glaubwürdigkeitskriterien vor allem die Übereinstimmung des Zugestandenen mit den über die Umstände des Verbrechens eingeholten Erfahrungen zwingend notwendig. Im reformierten Strafprozess, der vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung geprägt ist und in dem das Geständnis den anderen Beweismitteln gleichgestellt ist, kann dagegen das Geständnis allein, sofern der Richter keine Zweifel an seiner Wahrheit hat, nicht nur die Täterschaft, sondern auch den Tatbestand beweisen. Besonders im Zusammenhang mit verfahrensbeendenden Verständigungen, die in Deutschland seit 2009 und in der gesamten Schweiz seit 2011 gesetzlich zugelassen sind und für deren gesetzliche Regelung in Österreich 2009 ein Modell vorgeschlagen wurde, ist die Verurteilung allein aufgrund eines Geständnisses aber abzulehnen, weil es in diesem Rahmen sicher kein Mittel zur Erforschung der materiellen Wahrheit mehr darstellt.

Zum einen ist der Beweiswert des ausgehandelten Geständnisses angesichts der verstärkten Drucksituation, in der sich der Geständige befindet, und der Tatsache, dass dieses häufig nicht selbst formuliert wird und daher nicht anhand der üblichen Glaubwürdigkeitskriterien überprüft werden kann¹⁰⁸⁵, äußerst fraglich. Zum anderen wird durch die Verständigung die gerichtliche Beweisaufnahme auf das abgesprochene Geständnis beschränkt. Die Beurteilung der Richtigkeit der zugestandenen Tatsachen erfolgt lediglich anhand des Akteninhalts, was jedoch in Österreich und Deutschland dem Strafprozessgesetz widerspricht, denn die Überzeugung des Gerichts darf nur aus dem Inhalt der Hauptverhandlung geschöpft werden. Im Gegensatz dazu ist es in der Schweiz zwar nach der am 1. Jänner 2011 in Kraft getretenen Eidgenössischen Strafprozessordnung grundsätzlich erlaubt, Geständnisse lediglich aufgrund der Akten des Vorverfahrens zu überprüfen. Da jedoch der Beschuldigte das so genannte „abgekürzte Verfahren“ nur bis zur Anklageerhebung beantragen darf und er im Zuge dessen den wesentlichen Sachverhalt gestehen muss, führt die Staatsanwaltschaft nur eine stark verkürzte Voruntersuchung durch, die nicht als ausreichend betrachtet werden kann, um die

¹⁰⁸⁵ WEIGEND, Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile?, NStZ 1999, 57 (62).

Richtigkeit des Geständnisses zu bestätigen. Das im Rahmen einer Absprache erklärte Geständnis dient daher lediglich der Auffindung einer formellen Wahrheit und hat nur die Funktion, den Prozess rasch zu einem Ende zu führen. Doch schon KLEIN bemerkte 1901 treffend:

*„Aufgabe des Richters ist es, nach Wahrheit zu forschen, Wahrheit zu verkünden, denn ein wahres, richtiges Bild der Thatsachen ist die Hauptbedingung eines gerechten Spruches.“*¹⁰⁸⁶

Dies gilt nicht nur für den Zivilprozess, sondern auch für den Strafprozess, denn beide Prozessarten haben die Wiederherstellung des Rechtsfriedens zum Ziel¹⁰⁸⁷. Dieses Ziel kann jedoch nur erreicht werden, wenn sich die Justiz gewissenhaft um die Wahrheitsfindung bemüht und den Inhalt sowohl des strafprozessualen als auch des zivilprozessualen Geständnis stets in Frage stellt und auf seinen Wahrheitsgehalt hin überprüft.

¹⁰⁸⁶ KLEIN, Zeit- und Geistesströmungen 10.

¹⁰⁸⁷ JAUERNIG, Zivilprozessrecht 1.

Literaturverzeichnis

- ADLOFF,** Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, Tübingen 2007 (zit: *ADLOFF*, Vorlagepflichten)
- AICHER/ROHRER,** Alternative Verfahren der Streitbeilegung. Konferenz der Präsidenten der Höchstgerichte und der Generalprokuratoren der Mitgliedstaaten der EU im Wiener Justizpalast, in Österreichische Juristen-Zeitung 2008/101, 946–951 (zit: *AICHER/ROHRER*, Alternative Verfahren der Streitbeilegung, ÖJZ 2008/101, 946)
- ALTENHAIN/
HAGEMEIER/
HAIMERL/
STAMMEN,** Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, Baden-Baden 2007 (zit: *ALTENHAIN*, Die Praxis der Absprachen)
- AMBOS,** Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und -verfahren aus historischer Sicht, in Juristische Ausbildung 8/2008, 586–594 (zit: *AMBOS*, Akkusationsprinzip, JURA 8/2008, 586)
- AMBOS/ZIEHN,** Kommentierung des § 257 c StPO, in RADTKE/HOHMANN (Hrsg), Strafprozessordnung. Kommentar, München 2011 (zit: *AMBOS/ZIEHN* in *RADTKE/HOHMANN*, Kommentar zu § 257c StPO)
- AMIRA,** Grundriss des germanischen Rechts, in PAUL (Hrsg), Grundriss der germanischen Philologie, Band 5, Strassburg 1913 (zit: *AMIRA*, Grundriss)

- ASSMANN,** Kommentierung der §§ 288ff ZPO, in WIECZOREK/SCHÜTZE (Hrsg), Großkommentar zur Zivilprozeßordnung und Nebengesetzen, Berlin 2008 (zit: ASSMANN in WIECZOREK/SCHÜTZE, Kommentar zu § 288 bzw § 290 ZPO)
- BACHNER-FOREGGER,** Strafprozessordnung 1975, Wien 2011 (zit: *BACHNER-FOREGGER*, StPO)
- BÄBLER,** Regionalbibliographien in der Schweiz, in WIESENMÜLLER (Hrsg ua), Die Regionalbibliographie im digitalen Zeitalter: Deutschland und seine Nachbarländer, Frankfurt am Main 2006, 79–94 (zit: *BÄBLER* in *WIESENMÜLLER*, Die Regionalbibliographie)
- BALDAUF,** Die Folter. Eine deutsche Rechtsgeschichte, Köln 2004 (zit: *BALDAUF*, Folter)
- BALLON,** Einführung in das österreichische Zivilprozeßrecht. Streitiges Verfahren, Graz 1985 (zit: *BALLON*, Einführung)
- BANDEL,** Katechismus über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom Jahr 1813. Kein Kommentar sondern größtenteils mit den Worten des Gesetzes selbst vorgetragen, Kempten 1814 (zit: *BANDEL*, Katechismus über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom Jahr 1813)
- BARTA,** „Graeca non leguntur“? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, Band 1, Wiesbaden 2010 (zit: *BARTA*, Graeca non leguntur)

- BAUMAN,** Crime and punishment in ancient Rome, London (ua) 1996 (zit: *BAUMAN*, Crime and punishment)
- BAUR/GRUNSKY,** Zivilprozeßrecht, Neuwied (ua) 2000 (zit: *BAUR/GRUNSKY*, Zivilprozeßrecht)
- BECKER,** Das sogenannte qualifizierte Geständnis, Heidelberg 1908 (zit: *BECKER*, Das sogenannte qualifizierte Geständnis)
- BEIDTEL,** Handbuch des österreichischen Gerichtsverfahrens, Band 1, Wien 1853 (zit: *BEIDTEL*, Handbuch)
- BENNIGSEN (Hrsg),** Fortgesetzter Codex Augusteus oder neuvermehrtes corpus juris saxonici. Worinnen allerhand General-Verordnungen, so unterschiedlich Materien, Collegia und expeditiones zugleich betreffen, und nicht wohl zu separiren gewesen, enthalten bis zum Jahre 1772, Erster Theil, Leipzig 1772 (zit: *BENNIGSEN*, Codex Augusteus 1772)
- BENZ,** Zur Rolle der Laienrichter im Strafprozeß, in GEERDS (Hrsg), Forschungsreihe Kriminalwissenschaften, Band 6, Lübeck 1982 (zit: *BENZ*, Laienrichter)
- BERGER-DELHEY,** Rechtsgeschichtliche Bemerkungen zum Prozeß Jesu, in SANDROCK (Hrsg ua), Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1995, 19–29 (zit: *BERGER-DELHEY*, Das Urteil des Pilatus, in *FS TRINKNER*)
- BERNHARDT,** Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, in Beiträge zum Zivilprozeßrecht. Festgabe zum 70.

Geburtstag von Leo Rosenberg, München (ua) 1949, 9–50 (zit: *BERNHARDT*, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, in *FS ROSENBERG*)

BERNHARDT, Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß, in Juristenzeitung, Band 18, Tübingen 1963, 245–247 (zit: *BERNHARDT*, Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß, JZ 1963, 245)

BERNHARDT, Das Zivilprozeßrecht, Berlin 1968 (zit: *BERNHARDT*, Das Zivilprozeßrecht)

BERTEL, Grundriß des österreichischen Strafprozeßrechts, Wien 1984 (zit: *BERTEL*, Grundriß)

BERTEL, Die Verteidigung im österreichischen Strafverfahren, in SOYER (Hrsg), Strafverteidigung – Realität und Vision. 1. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Wien 21./22. März 2003, Wien (ua) 2003, 9–19 (zit: *BERTEL* in *SOYER*, Realität und Vision)

BERTEL/VENIER, Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts, Wien 2004 (zit: *BERTEL/VENIER*, Grundriss)

BERTEL/VENIER, Einführung in die neue Strafprozessordnung, Wien (ua) 2006 (zit: *BERTEL/VENIER*, Einführung in die neue StPO)

BERTEL/VENIER, Strafprozessrecht, Wien 2011 (zit: *BERTEL/VENIER*, Strafprozessrecht)

BERTI, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, St. Gallen 2011 (zit: *BERTI*, Einführung)

BETHMANN-HOLLWEG,	Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, Berlin und Stettin 1827 (zit: <i>BETHMANN-HOLLWEG</i> , Versuche)
BETHMANN-HOLLWEG,	Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, Band 4, Bonn 1868 (zit: <i>BETHMANN-HOLLWEG</i> , Civilprozess IV)
BETTELHEIM,	Neue österreichische Biographie, Erste Abteilung, Band 4, Wien (ua) 1927 (zit: <i>BETTELHEIM</i> , Neue österreichische Biographie IV)
BEULKE,	Strafprozessrecht, Heidelberg (ua) 2010 (zit: <i>BEULKE</i> , Strafprozessrecht)
BIREK,	Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise durch Privatpersonen im Strafprozess. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung getätigter Ermittlungen von Rechtsanwälten, in Österreichisches Anwaltsblatt 2003, 133–137 (zit: <i>BIREK</i> , Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise durch Privatpersonen, AnwBl 2003, 133)
BIRKLBAUER,	Der Prozessgegenstand im österreichischen Strafverfahren. Umfang, Grenzen und die Folgen seiner Erledigung, Wien (ua) 2009 (zit: <i>BIRKLBAUER</i> , Der Prozessgegenstand)
BIRKLBAUER (ua),	Die Rechtspraxis des Ermittlungsverfahrens nach der Strafprozessreform. Zusammenfassung der Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Untersuchung, in Österreichische Juristen-Zeitung 2011/91, 852–867 (zit: <i>BIRKLBAUER</i> , Die Rechtspraxis des Ermittlungsverfahrens, ÖJZ 2011/91, 852)

- BOCKEMÜHL/KIER,** Verständigungen in Strafverfahren- Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer "StPO light" in Österreich. Replik auf Ruhri, Verständigungen im Strafverfahren, AnwBl 2010, 243 ff, in Österreichisches Anwaltsblatt 2010, 402–414 (zit: *BOCKEMÜHL/KIER*, Verständigungen in Strafverfahren, AnwBl 2010, 402)
- BÖHM,** Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluß der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozeßverständnis, in COING (Hrsg), IUS COMMUNE, Band 7, Frankfurt am Main 1978, 136–159 (zit: *BÖHM*, Der Streit um die Verhandlungsmaxime, Ius Commune 1978, 136)
- BOMSDORF,** Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß vom gemeinen Recht bis zur ZPO, in Schriften zum Prozessrecht, Band 19, Berlin 1971 (zit: *BOMSDORF*, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit)
- BRACKENHÖFT,** Beiträge zur Lehre vom Geständniß im Civilprozeß, in FRANKE (Hrsg ua), Archiv für die civilistische Praxis, Band 20, Drittes Heft, Heidelberg 1837, 248–289 (zit: *BRACKENHÖFT*, Beiträge zur Lehre vom Geständniß, AcP 1837, 248)
- BRAUN/BÜLOW,** Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht, Tübingen 2003 (zit: *BRAUN/BÜLOW*, Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht)
- BRECHT,** Zum römischen Komitialverfahren, in KOSCHAKER (Hrsg ua), Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung, Band 59,

- Weimar 1939, 261–315 (zit: *BRECHT*, Zum römischen Komitialverfahren, SZ 1939, 261)
- BRÖCKER,** Der Kritiker, in KUNZE (Hrsg), Friedrich Spee – Lesebuch, Berlin 2010, 329–406 (zit: *BRÖCKER* in *KUNZE*, Friedrich Spee)
- BRUNNENMEISTER,** Die Quellen der Bambergensis. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechts, Leipzig 1879 (zit: *BRUNNENMEISTER*, Die Quellen der Bambergensis)
- BUHEGGER/
DREIXLER-HÜBNER/
HOLZHAMMER,** Praktisches Zivilprozeßrecht I. Streitiges Verfahren, Wien (ua) 1998 (zit: *BUHEGGER/ DREIXLER-HÜBNER/ HOLZHAMMER*, Praktisches Zivilprozeßrecht)
- BÜLOW,** Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen, Freiburg im Breisgau (ua) 1899 (zit: *BÜLOW*, Geständnisrecht)
- BURCKHARDT-
BISCHOFF,** Die Kriminalgerichtsbarkeit in Rom bis auf die Kaiserzeit, Diss Basel 1837 (zit: *BURCKHARDT*, Kriminalgerichtsbarkeit)
- BUSAM,** Das Geständnis im Strafverfahren. Kriminologische, kriminalistische und kriminalpsychologische Aspekte, in GEERDS (Hrsg), Forschungsreihe Kriminalwissenschaften, Band 7, Lübeck 1983 (zit: *BUSAM*, Das Geständnis)
- BUSOLT,** Griechische Staatskunde. Darstellung einzelner Staaten und der zwischenstaatlichen Beziehungen, Band 2,

München 1926 (zit: *BUSOLT*, Griechische Staatskunde)

BYLOFF, Die Land- und peinliche Gerichtsordnung Erzherzog Karls II. für Steiermark vom 24. Dezember 1574. Ihre Geschichte und ihre Quellen, in Historische Landeskommision für Steiermark (Hrsg), Nachforschungen der Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte der Steiermark, Band 6, Heft 8, Graz 1907 (zit: *BYLOFF*, Die LGO Erzherzog Karls II. für Steiermark)

v. CANSTEIN, Anerkennung und Geständniss, in Zeitschrift für deutschen Civilprozess, Jahrgang 1, 1879, 257–368 (zit: v. *CANSTEIN*, Anerkennung, ZdCP 1879, 257)

v. CANSTEIN, Lehrbuch der Geschichte und Theorie des österreichischen Civilprozessrechtes, Band 1 u 2, Berlin 1880 u 1882 (zit: v. *CANSTEIN*, Lehrbuch der Geschichte und Theorie I bzw II)

v. CANSTEIN, Das Civilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für das Universitätsstudium systematisch dargestellt, Band 2, Berlin 1893 (zit: v. *CANSTEIN*, Das Civilprozessrecht)

CARLEN, Rechtsgeschichte der Schweiz. Eine Einführung, Bern 1968 (zit: *CARLEN*, Rechtsgeschichte der Schweiz)

CROOK, Was there a Doctrine of “manifest” Guilt in the Roman Criminal Law?, in Proceedings of the Cambridge Philological Society, NS 33, 1987, 38–52 (zit: *CROOK*, Doctrine of manifest guilt, PCPhS 1987, 38)

- DANEK,** Wahrheitsfindung und Prozessökonomie – Welche Rolle kommt dem Vorsitzenden in der Hauptverhandlung zu?, in Österreichische Richterzeitung 2004, 122–130 (zit: *DANEK*, Wahrheitsfindung und Prozessökonomie, RZ 2004, 122)
- DEMELIUS,** Der neue Civilproceß, Wien (ua) 1898 (zit: Ernst *DEMELIUS*, Der neue Civilproceß)
- DEMELIUS,** Die Confessio im römischen Civil-Process und das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung, Graz 1880 (zit: *DEMELIUS*, Confessio) Gustav
- DEPPENKEMPER,** Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis. Eine dogmengeschichtliche Studie zu Freiheit, Grenzen und revisionsgerichtlicher Kontrolle tatrichterlicher Überzeugungsbildung (§ 261 StPO, § 286 ZPO), in VOSS (Hrsg), Osnabrücker Schriften zur Rechtsgeschichte, Band 12, Göttingen 2004 (zit: *DEPPENKEMPER*, Beweiswürdigung)
- DREIXLER-HÜBNER/** Zivilverfahren. Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts, Wien **KLICKA,** 2011 (zit: *DREIXLER-HÜBNER/KLICKA*, Zivilverfahren)
- DRUMMOND,** Law, politics and power. Sallust and the Execution of the catilinarian conspirators, in WALSER (Hrsg ua), HISTORIA. Zeitschrift für alte Geschichte, Einzelschriften, Heft 93, Stuttgart 1995 (zit: *DRUMMOND*, Law, politics and power)

- DUSCHENES,** Die neue Civilproceß-Ordnung und Jurisdictionsnorm sammt den Einführungsgesetzen, Prag 1895 (zit: *DUSCHENES*, Die neue Civilproceßordnung)
- EBERHARD (ua),** Versuch einer allgemeinen teutschen Synonymik in einem kritisch-philosophischen Wörterbuche der sinnverwandten Wörter der hochteutschen Mundart, Halle 1828 (zit: *EBERHARD*, Versuch einer allgemeinen teutschen Synonymik)
- EBERL,** Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Strafverfahren, Diss Salzburg 1990 (zit: *EBERL*, Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung)
- ECKHARDT/
ECKHARDT,** Lex Frisionum, in Monumenta Germaniae Historica: Fontes iuris Germanici antiqui in usum scholarum separatim editi, Band 12, Hannover 1982 (zit: *ECKHARDT/ECKHARDT*, Lex Frisionum)
- EDER-/RIEDER,** Die amtswegige Wahrheitsforschung, in Österreichische Juristen-Zeitung 1984/24, 645–654 (zit: *EDER-RIEDER*, Die amtswegige Wahrheitsforschung, ÖJZ 1984/24, 645)
- EIDGENÖSSISCHES
JUSTIZ- UND POLIZEI-
DEPARTEMENT,** Aus 29 mach 1. Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung. Bericht der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“, Bern 1997 (zit: *EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT*, Aus 29 mach 1)
- ELLINGER,** Die Reform des strafprozessualen Vorverfahrens. Überlegungen und Antworten, Wien (ua) 1993 (zit: *ELLINGER*, Die Reform)

- EMPELL,** Gutenberg vor Gericht. Der Mainzer Prozess um die erste gedruckte Bibel, Frankfurt am Main 2008 (zit: *EMPELL*, Gutenberg)
- ENDEMANN,** Die Beweislehre des Civilprozesses, Heidelberg 1860 (zit: *ENDEMANN*, Beweislehre)
- FABRIZY,** Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens. Die Wechselwirkung zwischen der Struktur des Vorverfahrens und der Beweisverwertung in der Hauptverhandlung, in Österreichische Richterzeitung 1990, 134–139 (zit: *FABRIZY*, Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, RZ 1990, 134)
- FABRIZY,** Die österreichische Strafprozessordnung mit dem neuen Vorverfahren und den wichtigsten Nebengesetzen. Kurzkomentar, Wien 2011 (zit: *FABRIZY*, StPO)
- FARKAS,** Absprache nach neuem, eidgenössischem Strafprozess in der Schweiz, in Glossa Iuridica – III. évfolyam 2012/1. szám, 12–15; online unter: http://www.glossaiuridica.hu/gi1201/alk/gi1201_alk_farkas.pdf (19. 9. 2012)
- FASCHING,** Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band 3, Wien 1966 (zit: *FASCHING*, Kommentar)
- FASCHING,** Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, Wien 1984 (zit: *FASCHING*, Lehrbuch)
- FECHT,** Die Gerichtsgesetze des Königreichs Württemberg. Dritte Abtheilung. Civilprozeßordnung, Band 2, Stuttgart 1869 (zit: *FECHT*, Civilprozeßordnung II)

- FEIL/
KROISENBRUNNER,** Zivilprozessordnung. Kurzkommentar für die Praxis, Wien 2003 (zit: *FEIL/KROISENBRUNNER*, Zivilprozessordnung)
- FEUERBACH,** Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Gießen 1812 (zit: *FEUERBACH*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts)
- FISCHER,** Kommentierung des § 244 StPO, in HANNICH (Hrsg ua), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, München 2008 (zit: *FISCHER*, KK-StPO)
- FOREGGER/SERINI,** Die österreichische Strafprozeßordnung samt den wichtigsten Nebengesetzen. Kurzkommentar, Wien 1982 (zit: *FOREGGER/SERINI*, StPO)
- FREI-SIPONEN,** Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht Finnlands und der Schweiz. Eine vergleichende Studie, Diss St. Gallen 2003 (zit: *FREI-SIPONEN*, Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht)
- FRIEDL/
LOEBENSTEIN (Hrsg),** Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR) samt Abkürzungsverzeichnis, Wien 2008
- FRITZSCHE,** Kritische Beurtheilungen, in JAHN (Hrsg ua), Neue Jahrbücher für Philologie und Pädagogik, Band 38, Drittes Heft, Leipzig 1843, 243–293 (zit: *FRITZSCHE*, Beurtheilungen, NJPhP 1843, 243)
- FRÜHWALD,** Handbuch des österreichischen allgemeinen Strafprozeßes. Enthaltend die Strafprozeßordnung vom 19. Juli 1853, und alle darauf Bezug habenden Gesetze

- und Verordnungen, eine ausführliche Erklärung derselben, zahlreiche Rechtsfälle und Muster, die betreffenden Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, die gesamte einschlägige Literatur, und ein alphabetisches Sachregister, Wien 1856 (zit: *FRÜHWALD*, Handbuch)
- FUCHS,**
Helmut Zur Verwertung polizeilicher Ermittlungen im Strafprozeß, in MELNIZKY (Hrsg ua), Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie. Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag, Wien 1989, 81–96 (zit: *FUCHS*, Zur Verwertung polizeilicher Ermittlungen, in *FS PALLIN*)
- FUCHS,**
Marianne Neues zur Urteilsanfechtung, in Österreichische Juristen-Zeitung 2009/33, 308–313 (zit: *FUCHS*, Neues zur Urteilsanfechtung, *ÖJZ* 2009/33, 308)
- FÜGER/WESSELY,** Gerichtliches Verfahren in Streitsachen nach der österr. Allgem. Gerichts- und Konkursordnung vom 1. Mai 1781, Band 1, Wien 1856 (zit: *FÜGER/WESSELY*, Gerichtliches Verfahren)
- GEIB,** Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinian's, Leipzig 1842 (zit: *GEIB*, Geschichte)
- GEPPERT,** Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, Berlin (ua) 1979 (zit: *GEPPERT*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit)
- GERNET,** Droit et société dans la Grèce ancienne, in Publications de l'institut de droit romain de l'université de Paris, Band 13, Paris 1955 (zit: *GERNET*, Droit et société)

- GERSTBERGER,** Statement, in SOYER (Hrsg), Strafverteidigung – Realität und Vision. 1. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Wien 21./22. März 2003, Wien (ua) 2003, 100–103 (zit: *GERSTBERGER* in *SOYER*, Realität und Vision)
- GEYER,** Der Beweis im Strafprozeß, in HOLTZENDORFF (Hrsg), Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. In Einzelbeiträgen, Band 1, Berlin 1879, 185–304 (zit: *GEYER* in *HOLTZENDORFF*, Handbuch)
- GIESKER,** Vergleichung des Geständnisses im Civil- und Criminalprocess, Diss Zürich 1868 (zit: *GIESKER*, Vergleichung)
- GILBERT,** Handbuch der griechischen Staatsalterthümer. Der Staat der Lakedaimonier und der Athener, Band 1, Leipzig 1881 (zit: *GILBERT*, Handbuch)
- GILBERT,** Beiträge zur Entwicklungsgeschichte des griechischen Gerichtsverfahrens und des griechischen Rechtes, in FLECKEISEN (Hrsg), Jahrbücher für classische Philologie, Band 23, Leipzig 1897, 443–503 (zit: *GILBERT*, Beiträge, JcPh 1897, 443)
- GLASER,** Handbuch des Strafprozesses, in BINDING (Hrsg), Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Neunte Abtheilung, Vierter Theil, Band 1, Leipzig 1883 (zit: *GLASER*, Handbuch)
- GLEISPACH,** Das deutschösterreichische Strafverfahren. Hervorgegangen aus der von demselben Verfasser besorgten Bearbeitung der vierten Auflage der systematischen Darstellung des österreichischen

- Strafprozesses von Dr. Friedrich Rulf, Wien (ua) 1919 (zit: *GLEISPACH*, Das deutschösterreichische Strafverfahren)
- GÖNNER,** Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, Band 4, Erlangen 1803 (zit: *GÖNNER*, Handbuch)
- GRAHL,** Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Grossen. Prozessbetrieb und Parteibeistand im preußischen Zivilgerichtsverfahren bis zum Ende des 18. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der Materialien zum Corpus Juris Fridericianum von 1781, Göttingen 1994 (zit: *GRAHL*, Abschaffung)
- v. GREBEL,** Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz, Diss Zürich 1899 (zit: v. *GREBEL*, Die Aufhebung des Geständniszwanges in der Schweiz)
- GREGER,** Kommentierung der §§ 230ff ZPO, in ZÖLLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungs-gesetzen, mit Internationalem Zivilprozess-recht, EG-Verordnungen, Kosten-anmerkungen, Köln 2007 (zit: *GREGER* in ZÖLLER, Kommentar zu § 288 bzw § 290 ZPO)
- GREMINGER,** Das Zugeständnis im Zivilprozessrecht, Diss Zürich 1981 (zit: *GREMINGER*, Das Zugeständnis)
- GRIESEBNER,** Konkurrierende Wahrheiten. Malefizprozesse vor dem Landgericht Perchtoldsdorf im 18. Jahrhundert, in Institut für die Erforschung der Frühen Neuzeit (Hrsg), Frühneuzeit-Studien, Band 3, Wien (ua) 2000 (zit: *GRIESEBNER*, Konkurrierende Wahrheiten)

- GROSS,** Handbuch der Kriminalistik. Achte Auflage des „Handbuchs für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik“, neu bearbeitet und ergänzt von Prof. Seelig, Band 1, Berlin (ua) 1942 (zit: *GROSS*, Handbuch der Kriminalistik)
- GRUNSKY,** Grundlagen des Verfahrensrechts. Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO und SGG, Bielefeld 1974 (zit: *GRUNSKY*, Grundlagen)
- GSCHWEND/
WINIGER,** Die Abschaffung der Folter in der Schweiz, in GSCHWEND (Hrsg ua), Europäische Rechts- und Regionalgeschichte, Band 6, Zürich 2008 (zit: *GSCHWEND/WINIGER*, Die Abschaffung der Folter)
- GUGGENHEIM,** Die Bedeutung der Folterung im Attischen Prozesse, Diss Zürich 1882 (zit: *GUGGENHEIM*, Folter)
- GULDENER,** Schweizerisches Zivilprozeßrecht, Zürich 1958 (zit: *GULDENER*, Zivilprozeßrecht)
- GULDENER,** Über die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrechtes, in Schriften zum Prozessrecht, Band 2, Berlin 1966 (zit: *GULDENER*, Über die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrechtes)
- HABSCHEID,** Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht. Ein Lehrbuch seiner Grundlagen unter Mitarbeit von BERTI, Basel (ua) 1990 (zit: *HABSCHEID*, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht)
- HAGENS,** Das neue Preußische Strafverfahren mit einem Kommentar zur Verordnung vom 3. Januar 1849,

Berlin 1849 (zit: *HAGENS*, Das neue Preußische Strafverfahren)

HAHN,
Bernhard

Kooperationsmaxime im Zivilprozeß? Grenzverschiebungen in der Verantwortung von Parteien und Gericht bei der Tatsachenbeschaffung und Sachverhaltserforschung im neuen Zivilprozeßrecht, Köln (ua) 1983 (zit: *HAHN*, Kooperationsmaxime)

HAHN,
Karl

Die Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, in *HAHN/STEGEMANN* (Hrsg), Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Auf Veranlassung des kaiserlichen Reichs-Justizamtes, Band 2, Erste Abtheilung, Berlin 1881 (zit: *HAHN*, Die gesammten Materialien)

HAIMERL,

Betrachtungen über die Beweis- und Bescheinigungsmittel im Civilprocesse mit besonderer Berücksichtigung der neuesten österreichischen Prozeßordnungen, in *HAIMERL*, Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft mit besonderer Rücksicht auf das österreichische Kaiserreich, Band 8, Wien 1853, 1–29 (zit: *HAIMERL*, Betrachtungen über die Beweis- und Bescheinigungsmittel, MRStW 1853, 1)

HAIMERL,

Betrachtungen über die richterliche Würdigung des Resultates der Beweisführung im Civilprocesse, in *HAIMERL* (Hrsg), Österreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, Band 2, Wien 1858, 91–174 (zit: *HAIMERL*, Betrachtungen über die richterliche Würdigung, ÖVS 1858, 91)

- HALL,** Die Lehre vom corpus delicti. Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses, Stuttgart 1933 (*HALL*, Die Lehre vom corpus delicti)
- HANSEN,** Apagoge, Endeixis and Ephegesis against Kakourgoi, Atimoi and Pheugontes. A Study in the Athenian Administration of Justice in the Fourth Century B.C., in Odense University Classical Studies, Vol 8, Odense 1976 (zit: *HANSEN*, Apagoge)
- HARRISON,** The law of Athens. Procedure, Oxford 1971 (zit: *HARRISON*, Procedure)
- HARTMANN,** Kommentar zur Zivilprozessordnung. Begründet von BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS und HARTMANN. Beck'sche Kurzkommentare, Band 1, München 2009 (zit: *HARTMANN*, Kommentar zu Einführung vor §§ 288–290 bzw § 288 bzw § 290 ZPO)
- HASENMAYER/
GÖHRING,** Mittelalter. Ein approbiertes Arbeits- und Lehrbuch für Geschichte und Sozialkunde (zit: *HASENMAYER/
GÖHRING*, Mittelalter)
- HAUER,** Geständnis und Absprache, in SCHROEDER (Hrsg ua), Strafrechtliche Abhandlungen, Band 193, Berlin 2007 (zit: *HAUER*, Geständnis und Absprachen)
- HAUSER,** Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozeßrechts, Basel (ua) 1978 (zit: *HAUSER*, Kurzlehrbuch)
- HAUSER/ SCHMID,** Die Schweiz auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in MOOS (Hrsg ua),

- Strafprozessrecht im Wandel. Festschrift für Roland Miklau zum 65. Geburtstag, Wien (ua) 2006, 175–190 (zit: *HAUSER/SCHMID*, Die Schweiz auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, in *FS MIKLAU*)
- HAUSER/
SCHWERI/
HARTMANN,** Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel (ua) 2005 (zit: *HAUSER/SCHWERI/HARTMANN*, Schweizerisches Strafprozessrecht)
- HEFFTER,** Die athenäische Gerichtsverfassung. Ein Beytrag zur Geschichte des Rechts, insbesondere zur Entwicklung der Idee der Geschwornengerichte in der alten Zeit, Cöln 1822 (zit: *HEFFTER*, Gerichtsverfassung)
- HEGLER,** Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht, Tübingen (ua) 1903 (zit: *HEGLER*, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht)
- HEITSCH,** Gesammelte Schriften III, in ERLER (Hrsg ua), Beiträge zur Altertumskunde, Band 154, Leipzig 2003 (zit: *HEITSCH*, Schriften)
- HELBING,** Die Tortur. Geschichte der Folter im Kriminalverfahren aller Völker und Zeiten, Erfstadt 2004 (zit: *HELBING*, Die Tortur)
- HELLMANN,** Strafprozessrecht, Berlin (ua) 2006 (zit: *HELLMANN*, Strafprozessrecht)
- HELM,** Über die Frage, ob das außergerichtliche Geständniß, dessen der § 163 des A.B.G.B. erwähnt, mit den Erfordernissen der Gerichtsordnung versehen seyn

müsse?, in WAGNER (Hrsg), Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde, Band 1, Wien 1831, 69–90 (*HELM*, Über die Frage, ZöRPG 1831, 69)

HEPP, Rückblick auf die Strafprozeßgesetzgebung der letzten fünf Jahre vor Einführung der Geschworenengerichte in Deutschland, in JAGEMANN (Hrsg), Der Gerichtssaal, Zeitschrift für volksthümliches Recht, 3. Jahrgang, Band 2, Juli bis Dezember, Erlangen 1851, 271–295 (zit: *HEPP*, Rückblick auf die Strafprozeßgesetzgebung, GS 1851, 271)

HERBST, Einleitung in das österreichische Strafproceßrecht, Wien 1871 (zit: *HERBST*, Einleitung)

HERRMANN, Rechtliche Strukturen für Absprachen in der Hauptverhandlung: Die Richtlinienentscheidung des Bundesgerichtshofs – BGHSt 43, 195, in Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Referendariat, 1999, Heft 12, 1162–1167 (zit: *HERRMANN*, Rechtliche Strukturen, JuS 1999, 1162)

HEUSLER, Der Zivilprozeß der Schweiz, in WACH (Hrsg ua), Das Zivilprozeßrecht der Kulturstaaen. Eine Vorarbeit zur deutschen Prozeßreform, Band 1, Mannheim (ua) 1923 (zit: *HEUSLER*, Der Zivilprozeß der Schweiz)

HEYMANN, Zur Textkritik der Lex Salica, in Neues Archiv der Gesellschaft für Ältere Deutsche Geschichtskunde zur Beförderung einer Gesamtausgabe der Quellenschriften deutscher Geschichten des Mittelalters, Band 41, Hannover (ua) 1919, 419–524 (zit: *HEYMANN*, Textkritik, NA 1919, 419)

- HEYSE/HEYSE,** Handwörterbuch der deutschen Sprache mit Hinsicht auf Rechtschreibung, Abstammung und Bildung, Biegung und Fügung der Wörter, so wie auf deren Sinnverwandschaft, Magdeburg 1849 (zit: *HEYSE/HEYSE*, Handwörterbuch der deutschen Sprache)
- HEYSSLER,** Die Lehre vom Beweise im österreichischen Civilprocesse. Aus dem Nachlasse des Herrn Hofrathes Prof. Dr. Moritz Heyssler veröffentlicht von Prof. Dr. E. v. Schrutka-Rechtenstamm, in GRÜNHUT (Hrsg), Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Band 12, Wien 1885, 16–79 (zit: *HEYSSLER*, Die Lehre vom Beweise, ZPÖRG 1885, 16)
- HÖNIG,** Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke, in Europäische Hochschulschriften, Reihe II Rechtswissenschaft, Band 4068, Frankfurt am Main (ua) 2004 (zit: *HÖNIG*, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses)
- HOKE,** Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte, Wien (ua) 1996 (zit *HOKE*, Rechtsgeschichte)
- HOKE/REITER,** Quellensammlung zur österreichischen und deutschen Rechtsgeschichte, Wien (ua) 1993 (zit: *HOKE/REITER*, Quellensammlung)
- HOLLÄNDER/FRICK,** Beweisverbot und Nichtigkeit nach der neuen StPO, in Österreichisches Anwaltsblatt 2008, 438–442 (zit: *HOLLÄNDER/FRICK*, Beweisverbot und Nichtigkeit, AnwBl 2008, 438)

- HOLZHAMMER,** Österreichisches Zivilprozeßrecht, Wien (ua) 1976 (zit: *HOLZHAMMER*, Österreichisches Zivilprozeßrecht)
- HOLZHAUER,** Geständnis, in ERLER (Hrsg ua), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band 1, Berlin 1971, 1629–1642 (zit: *HOLZHAUER* in *ERLER*, Handwörterbuch)
- HSU,** Die Bewertung des Geständnisses in der Strafzumessung und in der Beweisaufnahme als Sonderproblem der Urteilsabsprache, Diss Tübingen 2007 (zit: *HSU*, Die Bewertung)
- HUBER,**
Michael Kommentierung der §§ 288–299a ZPO, in MUSIELAK (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, München 2011 (zit: *HUBER* in *MUSIELAK*, Kommentar zu § 288 bzw § 290 ZPO)
- HUBER/**
Pius Markus
SCHEFER, Praxishandbuch Zivilprozessrecht, Neuere Zürcher Praxis zur ZPO mit Anmerkungen, Über 130 BGE zum Zivilprozessrecht, unter Mitwirkung von Dr. SCHEFER, Zihlschlacht 1997 (zit: *HUBER/SCHEFER*, Praxishandbuch Zivilprozessrecht)
- HUDTWALCKER,** Über die öffentlichen und Privat-Schiedsrichter, Diäteten, in Athen und den Proceß vor denselben, Jena 1812 (zit: *HUDTWALCKER*, Diäteten)
- HÜLSMANN,** Kein Geständnis während der Parteivernehmung? Zur erneuten Kehrtwende des BGH im Urteil vom 14. 3. 1995, in Neue Juristische Wochenschrift, München 1997, 617–621 (zit: *HÜLSMANN*, Kein Geständnis während der Parteivernehmung?, NJW 1997, 617)

- IGNOR,** Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846. Von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz, Paderborn (ua) 2002 (zit: *IGNOR*, Geschichte des Strafprozesses)
- ILLICHMANN,** Das Geständnis im Zivilprozeß, Diss Salzburg 1998 (zit: *ILLICHMANN*, Das Geständnis)
- JÄGER,** Absprachen im österreichischen und US-amerikanischen Strafprozess, Diss Salzburg 2004 (zit: *JÄGER*, Absprachen im österreichischen und US-amerikanischen Strafprozess)
- JAKAB,** Antwort auf Edward Cohen, in RUPPRECHT (Hrsg), Symposion 2003. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Wien 2006, 85–91 (zit: *JAKAB* in *RUPPRECHT*, Symposion)
- JAKAB/MANTHE,** Recht in der römischen Antike, in MANTHE (Hrsg ua), Rechtskulturen der Antike, München 2003, 239–339 (zit: *JAKAB/MANTHE* in *MANTHE*, Rechtskulturen)
- JAUERNIG,** Zivilprozessrecht. Ein Studienbuch, München 2007 (zit: *JAUERNIG*, Zivilprozessrecht)
- JUCHEMS,** Das Geständnis im Zivil- und Strafprozeß, Diss Köln 1935 (zit: *JUCHEMS*, Das Geständnis)
- KAHRSTEDT,** Staatsgebiet und Staatsangehörige in Athen. Studien zum öffentlichen Recht Athens, Teil 1, Stuttgart (ua) 1934 (zit: *KAHRSTEDT*, Staatsgebiet)
- KAHRSTEDT,** Untersuchungen zur Magistratur in Athen. Studien zum öffentlichen Recht Athens, Teil 2, Stuttgart 1936 (zit:

KAHRSTEDT, Untersuchungen)

- KAMPERS**, Geschichte der Westgoten, Paderborn 2008 (zit: *KAMPERS*, Geschichte)
- KASER**, Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer, Göttingen 1949 (zit: *KASER*, Das altrömische Ius)
- KASER/HACKL**, Das römische Zivilprozessrecht, München 1996 (zit: *KASER/HACKL*, Das römische Zivilprozessrecht)
- KAUFMANN**, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002 (zit: *KAUFMANN*, Untersuchungsgrundsatz)
- KELLER**, Der römische Civilprozess und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen, Leipzig 1852 (zit: *KELLER*, Der römische Civilprozess)
- KESEBERG**, Athenaion politeia. Deutsche Übersetzung, in SCHNÜTGEN (Hrsg), Jahresbericht über das Progymnasium mit vollberechtigten Realparallelklassen zu Eupen für das Schuljahr 1892–93, Eupen 1893, 1–45 (zit: *KESEBERG*, Athenaion politeia)
- KETTIGER**, Zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft in der Justizorganisation, in Justice – Justiz – Giustizia 2010/4/prov, 1–6, online unter: <http://www.kettiger.ch/portal/images/pdf/richterzeitung-8471.pdf> (19. 9. 2012)

- KIMMELMANN,** Die Folter im Beweisverfahren der Leges Visigothorum. Chindasvinths Gesetzgebung im Spiegel der westgotischen Rechtsentwicklung, Diss München 2010 (zit: *KIMMELMANN*, Folter)
- KINDHÄUSER,** Strafprozessrecht, Baden-Baden 2010 (zit: *KINDHÄUSER*, Strafprozessrecht)
- KIRCHBACHER,** Kommentierung der §§ 198–206 StPO, in FUCHS/RATZ (Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, Wien 2007 (zit: *KIRCHBACHER*, WK-StPO)
- KITKA,** Die Beweislehre im österreichischen Criminalstraßprocesse, Wien 1841 (zit: *KITKA*, Die Beweislehre)
- KITZ,** Das sogenannte qualifizierte Geständnis und seine Bedeutung für die Beweislast, Heidelberg 1913 (zit: *KITZ*, Das sogenannte qualifizierte Geständnis)
- KLEIN,** Die schuldhafte Parteihandlung. Eine Untersuchung aus dem Civilprocessrechte, Wien 1885 (zit: *KLEIN*, Die schuldhafte Parteihandlung)
- KLEIN,** Pro Futuro. Betrachtungen über die Probleme der Civilprozessreform in Österreich, Wien (ua) 1891 (zit: *KLEIN*, Pro Futuro)
- KLEIN,** Vorlesungen über die Praxis des Civilpocesces, Wien 1900 (zit: *KLEIN*, Vorlesungen)
- KLEIN,** Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse. Vortrag, gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 9.

November 1901, in Jahrbuch der Gehe-Stiftung zu Dresden, Band 8, Dresden 1901 (zit: *KLEIN*, Zeit- und Geistesströmungen)

KLEIN/ENGEL, Der Zivilprozess Österreichs, in WACH (ua Hrsg), Das Zivilprozessrecht der Kulturstaaen, Band 3, Leipzig (ua) 1927 (zit: *KLEIN/ENGEL*, Der Zivilprozess Österreichs)

KLEINHEYER, Zur Rechtsgestalt von Akkusationsprozeß und peinlicher Frage im frühen 17. Jahrhundert. Ein Regensburger Anklageprozeß vor dem Reichshofrat, in Wissenschaftliche Abhandlungen der rheinisch-westfälischen Akademie der Wissenschaften, Band 45, Opladen 1971 (zit: *KLEINHEYER*, Zur Rechtsgestalt von Akkusationsprozeß und peinlicher Frage)

KLEINHEYER, Zur Rolle des Geständnisses im Strafverfahren des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit, in KLEINHEYER/MIKAT (Hrsg), Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, Wien (ua) 1979 (zit: *KLEINHEYER* in *MIKAT*, Beiträge)

KLEINSCHROD, Über das Geständniß, als Beweisesmittel in peinlichen Fällen, in KLEIN (Hrsg ua), Archiv des Criminalrechts, Band 4, Viertes Stück, Halle 1802, 83–125 (zit: *KLEINSCHROD*, Über das Geständniß, AdC 1802, 83)

KODEK, Das Beweisverfahren, in KODEK/MAYR, Georg Zivilprozessrecht, Wien 2011, 246–269 (zit: *KODEK* in *KODEK/MAYR*, Zivilprozessrecht)

- KODEK,**
Gerhard
Verwertung der Ergebnisse des Vorverfahrens in der Hauptverhandlung, in Österreichische Richterzeitung 1990, 186–189 (zit: *KODEK*, Verwertung der Ergebnisse des Vorverfahrens, RZ 1990, 186)
- KÖNIG,**
Wahrheit im Strafprozess – die staatsanwaltliche Sicht. 8. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Salzburg 19./20. März 2010. Strafverteidigung – Ethik und Erfolg, in Journal für Strafrecht 2010, 6–9 (zit: *KÖNIG*, Wahrheit im Strafprozess, JSt 2010, 6)
- KÖSTLER,**
Homerisches Recht. Gesammelte Aufsätze, Wien 1950 (zit: *KÖSTLER*, Homerisches Recht)
- KRALIK,**
Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozeßordnung von 1895, in HOFMEISTER (Hrsg), Forschungsband Franz Klein. Leben und Wirken. Beiträge des Symposiums „Franz Klein zum 60. Todestag“, Wien 1988 (zit: *KRALIK* in *HOFMEISTER*, Forschungsband)
- KRAUSE,**
Gefängnisse im Römischen Reich, Stuttgart 1996 (zit: *KRAUSE*, Gefängnisse)
- KRAUSE,**
Kriminalgeschichte der Antike, München 2004 (zit: *KRAUSE*, Kriminalgeschichte)
- KRIES,**
Der Beweis im Strafprocess des Mittelalters, Weimar 1878 (zit: *KRIES*, Beweis)
- KROLL,**
Über die Beweiswürdigung im Civilprozeß. Mit besonderer Rücksicht auf das preußische Recht, Leipzig 1862 (zit: *KROLL*, Beweiswürdigung)

- KÜHNE,** Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, Heidelberg 2007 (zit: *KÜHNE*, Strafprozessrecht)
- KUGLER,** Die Kooperationsmaxime. Richtermacht und Parteienherrschaft im Zivilprozess – der gemeinsame Weg zum richtigen Prozessergebnis, Linz 2002 (zit: KUGLER, Die Kooperationsmaxime)
- KUMMER,** Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, Bern 1984 (zit: *KUMMER*, Grundriss)
- KUNKEL,** Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit, München 1962 (zit: *KUNKEL*, Untersuchungen)
- KUNKEL,** Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte, Weimar 1974 (zit: *KUNKEL*, Kleine Schriften)
- KUNKEL,** Römische Rechtsgeschichte, Köln (ua) 1985 (zit: *KUNKEL*, Römische Rechtsgeschichte)
- KUNKEL/
WITTMANN,** Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik. Zweiter Abschnitt, Die Magistratur, München 1995 (zit: *KUNKEL/WITTMANN*, Staatsordnung)
- KUNZ,** Absprache und abgekürztes Verfahren nach künftigem Schweizerischem Strafprozessrecht, in JUNG (Hrsg ua), Festschrift für Egon Müller zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2008, 383–393 (zit: *KUNZ*, Absprache und abgekürztes Verfahren nach künftigem

Schweizerischem Strafprozessrecht, in *FS MÜLLER*)

- KWASCHIK,** Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, Tübingen 2004 (zit: *KWASCHIK*, Die Parteivernehmung)
- KWIATKOWSKI,** Die Constitutio Criminalis Theresiana. Ein Beitrag zur thesesianischen Reichs- und Rechtsgeschichte, Innsbruck 1903 (zit: *KWIATKOWSKI*, Die Constitutio Criminalis Theresiana)
- LANGE,** Römische Alterthümer, Band 2, Berlin 1867 (zit: *LANGE*, Römische Alterthümer)
- LAUMEN,** Kommentierung der §§ 284ff ZPO, in PRÜTTING/GEHRLEIN (Hrsg), ZPO Kommentar, Köln 2010 (zit: *LAUMEN* in PRÜTTING/GEHRLEIN, Kommentar zu § 288 bzw § 290 ZPO)
- LECHNER,** Die Stellung des Beschuldigten und seines Verteidigers im reformierten Vorverfahren, Wien 2010 (zit: *LECHNER*, Die Stellung des Beschuldigten)
- LEIPOLD,** Verfahrensbeschleunigung und Prozeßmaximen, in HOLZHAMMER (Hrsg ua), Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, Wien 1988, 329–349 (zit: *LEIPOLD*, Verfahrensbeschleunigung und Prozeßmaximen, in *FS FASCHING*)
- LEIPOLD,** Kommentierung der §§ 128ff u §§ 272ff ZPO, in STEIN/JONAS (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 2 u 3, Tübingen 1994 u 1997 (zit: *LEIPOLD* in STEIN/ JONAS, Kommentar zu § 138, § 288 bzw § 290 ZPO)

- LEISI,** Der Zeuge im Attischen Recht, Frauenfeld 1908 (zit: *LEISI*, Zeuge)
- LEONHARD,** Zur Geschichte der österreichischen Justizreform von Jahr 1898, in GERÖ (Hrsg), Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung 1898–1948, Wien 1948, 125–159 (zit: *LEONHARD*, Zur Geschichte, in *FS zur Fünfzigjahrfeier*)
- LEPSIUS,** Der Richter und die Zeugen. Eine Untersuchung anhand des *Tractatus testimoniorum* des Bartolus von Sassoferato, Frankfurt am Main 2003 (zit: *LEPSIUS*, Der Richter und die Zeugen)
- LERCH,** Kommentierung der Art 219–242 ZPO CH, in GEHRI/KRAMER, Schweizerische Zivilprozessordnung. Kommentar, Zürich 2010 (zit: *LERCH* in *GEHRI/KRAMER*, Kommentar zu Art 222 ZPO CH)
- LEWISCH,** Der Zivilprozeß: Soziales Übel oder soziale Wohltat?, in RECHBERGER/LEWISCH/Bundesministerium für Justiz (Hrsg), 100 Jahre ZPO. Ökonomische Analyse der Zivilprozessordnung, Wien 1998, 97–120 (zit: *LEWISCH* in *RECHBERGER/LEWISCH*, 100 Jahre ZPO)
- LIEBL,** Altertümer österreichischer Strafrechspflege unter besonderer Berücksichtigung Niederösterreichs vom 16. bis 19. Jahrhundert, Wien 1951 (zit: *LIEBL*, Altertümer österreichischer Strafrechspflege)
- LIEBS,** Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter. Zusammengestellt, übersetzt und erläutert von Detlef

- Liebs unter Mitarbeit von Hannes Lehmann und Gallus Strobel, München 1982 (zit: *LIEBS*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter)
- LIPSIUS,** Das Attische Recht und Rechtsverfahren unter Benutzung des Attischen Prozesses von M.H.E. Meier und G.F. Schömann, Band 3, Leipzig 1915 (zit: *LIPSIUS*, Das Attische Recht)
- LÖFFLER,** Die Absprache im Strafprozess. Eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in KERNER (Hrsg), Tübinger Schriften und Materialien zur Kriminologie, Band 20, Tübingen 2010 (zit: *LÖFFLER*, Die Absprache)
- LOHSING,** Das Geständnis in Strafsachen, in FINGER (Hrsg ua), Juristisch-psychiatrische Grenzfragen. Zwanglose Abhandlungen, Band 3, Halle 1905 (zit: *LOHSING*, Das Geständnis)
- LOHSING,** Österreichisches Strafprozessrecht in systematischer Darstellung, Graz (ua) 1912 (zit: *LOHSING*, Systematische Darstellung)
- LOHSING,** Österreichisches Strafprozeßrecht, Wien 1932 (zit: *LOHSING*, Österreichisches Strafprozeßrecht)
- LOHSING/SERINI,** Österreichisches Strafprozeßrecht, Wien 1952 (zit: *LOHSING/SERINI*, Strafprozeßrecht)
- LOSCHELDER,** Die Österreichische Allgemeine Gerichtsordnung von 1781. Grundlagen- und Kodifikationsgeschichte, in Schriften zur Rechtsgeschichte, Band 18, Berlin 1978 (zit: *LOSCHELDER*, Die österreichische AGO)

- MacDOWELL,** Athenian homicide law. In the age of the orators, Manchester 1963 (zit: *MacDOWELL*, Athenian homicide law)
- MACHO,** Anakrisis. Vorverfahren und Beweisführung im attischen Prozess, Dipl Wien 2010 (zit: *MACHO*, Anakrisis)
- MANKE,** Die gerichtliche Voruntersuchung in Frankreich, Österreich, Italien und der Schweiz. Ein Vergleich im Hinblick auf die deutsche Strafprozessreform, Diss Potsdam 1966 (zit: *MANKE*, Die gerichtliche Voruntersuchung)
- MANN/RIETSCHI,** Über die Revision der Strafprozessordnung, in *BIAGINNI* (Hrsg ua), Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II. Recht und Politik im Kanton Basel-Landschaft, Band 25, Liestal 2005, 97–126 (zit: *MANN/RIETSCHI* in *BIAGINNI*, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II)
- MARKEL,** Kommentierung des § 1 StPO, in *FUCHS/RATZ* (Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, Wien 2009 (zit: *MARKEL*, WK-StPO)
- MATHIS,** Hat der Beschuldigte ein Schweigerecht im österreichischen Strafverfahren?, in *Österreichisches Anwaltsblatt* 1986, 274–276 (zit: *MATHIS*, Schweigerecht, AnwBl 1986, 274)
- MAYER,** Entstehungsgeschichte der österreichischen Strafproceßordnung vom 23. Mai 1873 und der damit zusammenhängenden Gesetze, in *MAYER*, Handbuch des österreichischen Strafproceßrechtes, Band 1, Wien

1876 (zit: *MAYER*, Entstehungsgeschichte)

- MAYERHOFER/
HOLLAENDER (Hrsg),** Das österreichische Strafrecht. Zweiter Teil – Strafprozessordnung §§ 1–270 in der Fassung des Strafrechtsänderungsgesetzes 2004, Wien 2004 (zit: *MAYERHOFER/HOLLAENDER*, Das österreichische Strafrecht)
- MAYER-HOMBERG,** Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung in drei Bänden, Band 1, Weimar 1912 (zit: *MAYER-HOMBERG*, Die fränkischen Volksrechte)
- MAYER-MALY,** Rechtsgeschichtliche Bemerkungen zum Prozeß Jesu, in SANDROCK (Hrsg ua), Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1995, 39–45 (zit: *MAYER-MALY*, Rechtsgeschichtliche Bemerkungen, in *FS TRINKNER*)
- MEDIGOVIC,** Bemerkungen zu verfahrensbeendenden Absprachen im Strafprozess, in SOYER (Hrsg), Strafverteidigung – Ringen um Fairness. 3. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Graz 11./12. März 2005, Wien (ua) 2005, 126–143 (zit: *MEDIGOVIC* in *SOYER*, Ringen um Fairness)
- MEDIGOVIC,** Absprachen im Strafverfahren, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), Vorarlberger Tage 2007. Fortbildungsveranstaltung aus Strafrecht 14. bis 16. Mai 2007, Wien (ua) 2008, 95–112 (zit: *MEDIGOVIC* in *BMJ*, Vorarlberger Tage 2007)

- MEIER/SCHÖMANN,** Der attische Process. Vier Bücher, Halle 1824 (zit: *MEIER/SCHÖMANN*, Der attische Process)
- MENGER,** System des österreichischen Civilprozessrechts in rechtsvergleichender Darstellung, Band 1, Wien 1876 (zit: *MENGER*, System)
- MENSCHING,** Das Strafrecht der Lex Burgundionum, Turbenthal 1928 (zit: *MENSCHING*, Strafrecht)
- MEYER-GOSSNER,** Strafprozessordnung. Ergänzungsheft – Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, München 2009 (zit: *MEYER-GOSSNER*, Ergänzungsheft)
- MIRAS,** Die Entwicklung des spanischen Zivilprozessrechts. Von den Anfängen bis zur Gegenwart, Tübingen 1994 (zit: *MIRAS*, Entwicklung)
- MITTERMAIER,** Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft, Stuttgart (ua) 1845 (zit: *MITTERMAIER*, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht)
- MOMMSEN,** Die Erzählung von Cn. Marcius Coriolanus, in HERMES. Zeitschrift für klassische Philologie, Band 4, Berlin 1870, 1–26 (zit: *MOMMSEN*, Die Erzählung, Hermes 1870, 1)

- MOMMSEN,** Römisches Strafrecht, Graz 1955 (zit: *MOMMSEN*, Römisches Strafrecht)
- MOOS,** Beschuldigtenstatus und Prozeßrechtsverhältnis im
Reinhard österreichischen Strafverfahrensrecht, in VOGLER (Hrsg ua), Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek zum 70. Geburtstag, Erster Halbband, Berlin 1985, 725–755 (zit: *MOOS*, Beschuldigtenstatus, in *FS JESCHEK*)
- MOOS,** Der Außergerichtliche Tatausgleich für Erwachsene als
Reinhard strafrechtlicher Sanktionersatz, Teil I, in Juristische Blätter 1997, 337–357 (zit: *MOOS*, Der Außergerichtliche Tatausgleich für Erwachsene, JBl 1997, 337)
- MOOS,** Die Reform der Hauptverhandlung. Teil I, in
Reinhard Österreichische Juristen-Zeitung 2003/18, 321–332 (zit: *MOOS*, Die Reform der Hauptverhandlung, ÖJZ 2003/18, 321)
- MOOS,** Die Reform der Hauptverhandlung. Teil II, in
Reinhard Österreichische Juristen-Zeitung 2003/20, 369–381 (zit: *MOOS*, Die Reform der Hauptverhandlung, ÖJZ 2003/20, 369)
- MOOS,** Absprachen im Strafprozess, in Österreichische
Reinhard Richterzeitung 2004, 56–65 (zit: *MOOS*, Absprachen im Strafprozess, RZ 2004, 56)
- MOOS,** Das Geständnis im Strafverfahren und in der
Ruth Strafzumessung. Eine rechtssystematische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Alternativ-Entwurfes, Novelle zur Strafprozeßordnung, Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung,

herausgegeben vom Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtler, Tübingen 1980, Diss Göttingen 1983 (zit: *MOOS*, Das Geständnis)

MOSKON, Das Zugeständnis im Zivilverfahren, Dipl Graz 1991 (zit: *MOSKON*, Das Zugeständnis)

MÜHLBACHER, Verteidigung in der Hauptverhandlung aus der Sicht des Anklägers. 7. Österreichischer Strafverteidiger-Innentag Graz 27./28. März 2009, in Journal für Strafrecht 2009, 40–41 (zit: *MÜHLBACHER*, Verteidigung in der Hauptverhandlung, JSt 2009, 40)

MUSIELAK, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Berlin 1975 (zit: *MUSIELAK*, Beweislast)

NAEGELI, Darf man im Prozess lügen?, in Anwaltsrevue. Das Praxismagazin des Schweizerischen Anwaltverbandes, 6–7/2010, 292–296 (zit: *NAEGELI*, Darf man im Prozess lügen?, Anwaltsrevue 6–7/2010, 292)

NEHLSSEN, Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter. Germanisches und römisches Recht in den germanischen Rechtsaufzeichnungen, in KROESCHELL (Hrsg), Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte, Band 7, Göttingen (ua) 1972 (zit: *NEHLSSEN*, Sklavenrecht)

NEMEC, Zweifel am Geständnis. Wahrheit und Urteil in der Kriminalistik von Hans Gross, in HUFFMASTER (ua), Das Geständnis und seine Instanzen. Zur Bedeutungsverschiebung des Geständnisses im Prozess der Moderne, Wien (ua) 2011, 105–118 (zit: *NEMEC* in *HUFFMASTER*, Das Geständnis und seine

Instanzen)

- NEUMANN,** Commentar zu den Civilproceßgesetzen vom 1. August 1895, Wien 1898 (zit: *NEUMANN*, Commentar)
- NIPPEL,** Erläuterung der allgemeinen Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781. Auf Grundlage des begonnenen Commentars des Hofrathes Franz Georg Edler von Kees, Band 1, Wien 1845 (zit: *NIPPEL*, Erläuterung)
- NOWACKI,** Das Geständnis im Strafprozess, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Entwicklung, Diss Zürich 1938 (zit: *NOWACKI*, Das Geständnis)
- NOWAKOWSKI,** Zum Verständnis des Anklageprozesses bei der Ausarbeitung der Strafprozeßordnung 1873, in LIEBSCHER (Hrsg ua), Hundert Jahre österreichische Strafprozeßordnung 1873–1973. Festschrift, Wien (ua) 1973, 151–166 (*NOWAKOWSKI* in *LIEBSCHER*, Hundert Jahre österreichische Strafprozeßordnung)
- OBERHAMMER,** Richtermacht, Wahrheitspflicht und Parteienvertretung, in KRALIK/RECHBERGER (Hrsg), Konfliktvermeidung und Konfliktregelung, Wien 1993 (zit: *OBERHAMMER* in *KRALIK/RECHBERGER*, Konfliktvermeidung)
- OBERHOFER,** Statement, in SOYER (Hrsg), Strafverteidigung – Ringen um Fairness. 3. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Graz 11./12. März 2005, Wien (ua) 2005, 144–147 (zit: *OBERHOFER* in *SOYER*, Ringen um Fairness)

- OBETZHOFER,** Konsens- und Konfliktverteidigung, in SOYER (Hrsg), Strafverteidigung – Ringen um Fairness. 3. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Graz 11./12. März 2005, Wien (ua) 2005, 119–125 (zit: *OBETZHOFER* in *SOYER*, Ringen um Fairness)
- ÖAW (Hrsg),** Österreichisches Biographisches Lexikon 1815–1950, Band 12, 57. Lieferung, 2004 (zit: *ÖAW*, *ÖBL* 1815–1950, 12/2004)
- ÖHNER,** Unabweisbare Gewissheit. Zur Kritik des Geständnisses, in HUFFMASTER (Hrsg ua), Das Geständnis und seine Instanzen. Zur Bedeutungsverschiebung des Geständnisses im Prozess der Moderne, Wien (ua) 2011 (zit: *ÖHNER* in *HUFFMASTER*, Das Geständnis und seine Instanzen)
- OLECHOWSKI,** Rechtsgeschichte. Einführung in die historischen Grundlagen des Rechts, Wien 2010 (zit: *OLECHOWSKI*, Rechtsgeschichte)
- OLECHOWSKI,** Zur Entstehung des österreichischen Strafgesetzes 1852, in OLECHOWSKI (Hrsg ua), Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag, Wien (ua) 2010, 319–342 (zit: *OLECHOWSKI*, Zur Entstehung des österreichischen Strafgesetzes 1852, in *FS OGRIS*)
- OLZEN,** Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß, in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 98, Köln (ua) 1985, 403–426 (zit: *OLZEN*, Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß, *ZZP* 1985, 403)

- OMITOWOJU,** Rape and the politics of consent in classical Athens, Cambridge 2002 (zit: *OMITOWOJU*, Rape)
- OPITZ-BONSE,** Die Civilprozeßordnung für das Königreich Württemberg vom 3. 4. 1868. Entstehung, historischer Zusammenhang, Gesetz und Wirkung, Aachen 2002 (zit: *OPITZ-BONSE*, Die Civilprozeßordnung)
- ORFANIDES,** Die Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozeß, in BAUMGÄRTEL (Hrsg), Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 54, Köln (ua) 1982 (*ORFANIDES*, Die Berücksichtigung von Willensmängeln)
- ORLANDI,** Plea bargaining in den kontinentaleuropäischen Ländern, in Österreichische Juristen-Zeitung 2009/46, 404–406 (zit: *ORLANDI*, Plea bargaining, ÖJZ 2009/46, 404)
- OTTE,** Rechtsgrundlagen der Glaubwürdigkeitsbegutachtung von Zeugen im Strafprozess, Diss Heidelberg 2002 (zit: *OTTE*, Rechtsgrundlagen)
- PASSADELIS,** Kommentierung der Art 150–159 ZPO CH, in BAKER/McKENZIE, Schweizerische Zivilprozessordnung. Stämpfli Handkommentar, Bern 2010 (zit: *PASSADELIS* in *BAKER/McKENZIE*, Kommentar zu Art 150 bzw Art 153 ZPO CH)
- PAWLOWSKI,** Keine Bindung an „Geständnisse“ im Zivilprozeß?, in Monatsschrift für deutsches Recht, Heft 1, Köln (ua) 1997, 7–10 (zit: *PAWLOWSKI*, Keine Bindung an Geständnisse im Zivilprozeß, MDR 1/1997, 7)

- PETERS,** Urteilsabsprachen im Strafprozess. Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen, in AMBOS (Hrsg ua), Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften, Band 13, Göttingen 2011 (zit: *PETERS*, Urteilsabsprachen)
- PETSCHEK/STAGEL,** Der österreichische Zivilprozeß. Eine systematische Darstellung, Wien 1963 (zit: *PETSCHEK/STAGEL*, Der österreichische Zivilprozeß)
- PIETH,** Spart die Schweiz im Strafprozessrecht den Richter ein?, in MOOS (Hrsg ua), Strafprozessrecht im Wandel. Festschrift für Roland Miklau zum 65. Geburtstag, Wien (ua) 2006, 383–394 (zit: *PIETH*, Spart die Schweiz im Strafprozessrecht den Richter ein?, in *FS MIKLAU*)
- PIETH,** Schweizerisches Strafprozessrecht. Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2009 (zit: *PIETH*, Schweizerisches Strafprozessrecht)
- PLANCK,** Die Lehre von dem Beweisurtheil: Mit Vorschlägen für die Gesetzgebung, Göttingen 1848 (zit: *PLANCK*, Beweisurtheil)
- PLANCK,** Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Band 1, in SEYDEL (Hrsg), Lehrbücher des deutschen Rechts, Nördlingen 1887 (zit: *PLANCK*, Lehrbuch)
- PLATNER,** Der Process und die Klagen bei den Attikern, Erster Theil, Darmstadt 1824 (zit: *PLATNER*, Process)

- PLATZGUMMER,** Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens, Wien (ua) 1984 (zit: *PLATZGUMMER*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens 1984)
- PLATZGUMMER,** Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens, Wien (ua) 1989 (zit: *PLATZGUMMER*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens 1989)
- PLATZGUMMER,** Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens, Wien (ua) 1997 (zit: *PLATZGUMMER*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens 1997)
- PLÖGER,** Die Mitwirkungspflichten des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren von den Anfängen im germanischen Rechtsgang bis zum Ende des gemeinen Inquisitionsprozesses, Bochum 1982 (zit: *PLÖGER*, Mitwirkungspflichten)
- POLLAK,** Gerichtliches Geständniss im Civilprozesse, Berlin 1893 (zit: *POLLAK*, Gerichtliches Geständniss)
- POLLAK,** System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes, Band 1 u 2, Wien 1930 u 1931 (zit: *POLLAK*, System I bzw II)
- PRATOBEVERA,** Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Staaten, Band 3, Wien 1817 (zit: *PRATOBEVERA*, Materialien)
- PROCHNOW,** Die Beschleunigung des Strafverfahrens in rechtsvergleichender Betrachtung. Eine Untersuchung des französischen, österreichischen und schweizerischen Rechts unter Einbeziehung deutscher Reformvorschläge, Diss Freiburg im Breisgau 1971

(zit: *PROCHNOW*, Die Beschleunigung des Strafverfahrens)

PRÜTTING, Kommentierung der §§ 272ff ZPO, in LÜKE/WAX (Hrsg), Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, §§ 1–354, München 2000 (zit: *PRÜTTING*, MK-ZPO)

PRÜTTING, Einleitung, in PRÜTTING/GEHRLEIN (Hrsg), ZPO Kommentar, Köln 2010 (zit: PRÜTTING in *PRÜTTING/GEHRLEIN*, Einleitung)

PRÜTTING, Kommentierung der §§ 128ff ZPO, in PRÜTTING/GEHRLEIN (Hrsg), ZPO Kommentar, Köln 2010 (zit: PRÜTTING in *PRÜTTING/GEHRLEIN*, Kommentar zu § 138 ZPO)

PÜTTLINGEN, Criminalrechtsfall mit Bemerkungen. Ein Beytrag zur Erläuterung der Frage: wie weit der Thatbestand eines Verbrechens, insbesondere des Kindesmordes, bey dem vorhandenen Geständnisse des Verbrechers, erhoben werden müsse?, in WAGNER (Hrsg), Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde, Band 1, Wien 1828, 195–217 (zit: *PÜTTLINGEN*, Criminalrechtsfall, ZöRPG 1828, 195)

RATZ, Beweisverbote und deren Garantie durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen, Teil I, in Österreichische Richterzeitung 2005, 74–81 (zit: *RATZ*, Beweisverbote und deren Garantie, RZ 2005, 74)

- RATZ,** Verfahrensbeendende Prozessabsprachen in Österreich, in Österreichische Juristen-Zeitung 2009/102, 949–955 (zit: *RATZ*, Verfahrensbeendende Prozessabsprachen, ÖJZ 2009/102, 949)
- RATZ,** Zur Reform der Hauptverhandlung und des Rechtsmittelverfahrens, in Österreichische Juristen-Zeitung 2010/47, 387–397 (zit: *RATZ*, Zur Reform der Hauptverhandlung, ÖJZ 2010/47, 387)
- RECHBERGER,** Das Dogma von der Bindungswirkung des Geständnisses, in Österreichische Notariatszeitung, 1991, 69–74 (zit: *RECHBERGER*, Das Dogma von der Bindungswirkung, NZ 1991, 69)
- RECHBERGER,** Kommentierung der §§ 266, 267 ZPO, in FASCHING/KONECNY (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Band 3, Wien 2004 (zit: (*RECHBERGER* in *FASCHING/KONECNY*, Kommentar zu §§ 266, 267 ZPO)
- RECHBERGER,** Kommentierung der §§ 266–267 ZPO, in RECHBERGER (Hrsg), Kommentar zur ZPO, Wien 2006 (zit: *RECHBERGER* in *RECHBERGER*, Kommentar zu §§ 266–267 ZPO)
- RECHBERGER,** Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, in Ritsumeikan Law Review, Nr 25, Kyoto 2008, 101–110 (zit: *RECHBERGER*, Die Ideen Franz Kleins, RLR 25/2008, 101)
- RECHBERGER/
SIMOTTA,** Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren mit Beispielen, Wiederholungsfragen und Mustern, Wien 1986 (zit:

RECHBERGER/SIMOTTA, Zivilprozeßrecht)

- RECHBERGER/
SIMOTTA,** Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts. Erkenntnisverfahren, Wien 1994 (zit: *RECHBERGER/SIMOTTA, Grundriß*)
- REICHARDT,** Recht und Rationalität im frühen Griechenland, Würzburg 2003 (zit: *REICHARDT, Recht und Rationalität*)
- REICHOLD,** Kommentierung der §§ 114ff u §§ 253ff ZPO, in THOMAS/PUTZO, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, München 2007 (zit: *REICHOLD in THOMAS/PUTZO, Kommentar zu § 138, § 288 bzw § 290 ZPO*)
- REIN,** Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus. Ein Hilfsbuch, Leipzig 1844 (zit: *REIN, Criminalrecht*)
- REISKE,** Demosthenis Reden verdeutschet und mit den nötigen Anmerkungen erläutert, Band 4, Lemgo 1767 (zit: *REISKE, Reden 4*)
- REISKE,** Demosthenis Reden verdeutschet und mit den nötigen Anmerkungen erläutert, Band 5, Lemgo 1769 (zit: *REISKE, Reden 5*)
- RENAUD,** Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilproceßrechts mit Rücksicht auf die neueren Civilproceßgesetzgebungen, Leipzig (ua) 1867 (zit: *RENAUD, Lehrbuch*)

- RICHTER,** Strafprozeß I. Rechts-, sozial- und wirtschaftswissenschaftliche Vorbereitungskurse Dr. W. Richter, Wien 1978 (zit: *RICHTER*, Strafprozeß I)
- ROEDER,** Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes, in MERKL (Hrsg ua), Rechts- und Staatswissenschaften, Band 18, Wien 1963 (zit: *ROEDER*, Lehrbuch)
- ROXIN,** Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, München 1995 (zit: *ROXIN*, Strafverfahrensrecht)
- RUCKSTUHL,** Vorlesungsskript Strafprozessrecht für das Herbstsemester 2008; online unter:
https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:sXrejkC5_1EJ:ius.unibas.ch/typo3conf/ext/x4eunical/scripts/handleFile.php%3Ffile%3D4871+Ruckstuhl+strafprozessrecht+herbstsemester+2008&hl=de&gl=at&pid=bl&srcid=ADGEESjb0Cvj157vv2wTRncng4Qmna1CaLZpbF_cw_1Mj4LABpAN6JqBa2Jk3nfe9AgQQuc4sgSNdX_CQikG0Ceju5nJCfC4BBep1nzOyuvzwL-tZkcxhLzk3DR7ylMT1UML7Wnpk-kLN&sig=AHIEtbRPKHjlaj9VRLIKiQzf5Lnr9Hbbfw
 (19. 09. 2012)
- RÜEDI,** Kommentierung der Art 150–159 ZPO CH, in GEHRI/KRAMER, Schweizerische Zivilprozessordnung. Kommentar, Zürich 2010 (zit: *RÜEDI* in *GEHRI/KRAMER*, Kommentar zu Art 150 bzw Art 153 ZPO CH)
- RÜSSMANN,** Vorbemerkung vor §§ 288 bis 290 ZPO, in WASSERMANN (Hrsg), Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung, Neuwied (ua) 1987 (zit:

RÜSSMANN, AK-ZPO)

- RUHRI,** Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda, in Österreichisches Anwaltsblatt 2010, 243–250 (zit: *RUHRI*, Verständigungen, AnwBl 2010, 243)
- RULF,** Commentar zur Strafprozeßordnung für das Kaiserthum Österreich vom 29. Juli 1853, Band 2, Wien 1857 (zit: *RULF*, Commentar zur Strafprozeßordnung)
- SANTALUCIA,** Verbrechen und ihre Verfolgung im antiken Rom. Übersetzt von Evelyn HÖBENREICH, Wien 1997 (zit: *SANTALUCIA*, Verbrechen)
- SAVIGNY,** System des heutigen Römischen Rechts, Band 7, Berlin 1848 (zit: *SAVIGNY*, System VII)
- SCHAFFLER,** Das Geständnis im Strafprozess. Österreich und das Common Law, Dipl Graz 2010 (zit: *SCHAFFLER*, Das Geständnis)
- SCHAUBERG,** Vergleichung des Geständnisses im Criminal- und Civilprocess, Diss Zürich 1869 (zit: *SCHAUBERG*, Vergleichung)
- SCHAUER,** Die Zivilprozeßordnung und Jurisdiktionsnorm samt Einführungsgesetzen, Wien 1905 (zit: *SCHAUER*, Die Zivilprozeßordnung)
- SCHEFFLER,** Strafprozeßrecht, quo vadis?, in PÖTZ (Hrsg ua), Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1995, 449–467 (zit: *SCHEFFLER*, Strafprozeßrecht, quo vadis?, GA 1995, 449)

- SCHERER,** Zweifel des Gerichts an der Wahrheit unstreitiger Tatsachenbehauptungen, in Deutsche Richterzeitung, Köln 1996, 58–62 (zit: *SCHERER*, Zweifel des Gerichts, DRiZ 1996, 58)
- SCHILD,** Confessio est regina probationum, in CORDES (Hrsg ua), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band 1, Berlin 2008, 877–878 (zit: *SCHILD* in *CORDES*, Handwörterbuch)
- SCHMID,** Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses, Andreas C. J. Zweiter Theil, Kiel 1844 (zit: *SCHMID*, Handbuch II)
- SCHMID,** Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina als Ordnung des materiellen und prozessualen Rechts, in KASER (Hrsg ua), Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung, Band 83, Weimar 1966, 239–257 (zit: *SCHMID*, Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina, SZ 1966, 239)
- SCHMID,** Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, Zürich (ua) 2004 (zit: *SCHMID*, Strafprozessrecht)
- SCHMIDT,** Die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol und Radolfzell als Zeugnisse mittelalterlicher Strafrechtspflege, Heidelberg 1949 (zit: *SCHMIDT*, Halsgerichtsordnungen)
- SCHMIDT,** Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen 1965 (zit: *SCHMIDT*, Einführung)

- SCHMIDT,**
Eike
Kommentierung des § 138 ZPO, in WASSERMANN (Hrsg), Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung, Neuwied (ua) 1987 (zit: *SCHMIDT*, AK-ZPO)
- SCHMIDT,**
Joachim P.
Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozeß. Eine rechtsvergleichende Studie zum Beweis durch Parteizeugnis im französischen, italienischen, deutschen und österreichischen Recht, in Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 72, Berlin (ua) 1972 (zit: *SCHMIDT*, Teilbarkeit und Unteilbarkeit)
- SCHMIDT,**
Richard
Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Leipzig 1898 (zit: *SCHMIDT*, Lehrbuch)
- SCHMOECKEL,**
Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter, Habil München 2000 (zit: *SCHMOECKEL*, Humanität und Staatsraison)
- SCHMOECKEL,**
Die Entstehung der Lehre der Notorietät, in CONDORELLI (Hrsg), *Panta rei*, Rom 2004, 133–163 (zit: *SCHMOECKEL* in *CONDORELLI*, *Panta rei*)
- SCHMOLLER,**
Erzwungene selbstbelastende Aussagen im Strafprozeß. Zugleich ein Beitrag zu den Beweisverwertungsverböten, in Juristische Blätter 1992, 69–92 (zit: *SCHMOLLER*, Erzwungene selbstbelastende Aussagen, JBl 1992, 69)
- SCHMOLLER,**
Neu geregelte Beweisverwertungsverböte im StPÄG 1993. Bestandsaufnahme und kritische Anmerkungen, in FUCHS (Hrsg ua), Festschrift für Winfried

- Platzgummer zum 65. Geburtstag, Wien (ua) 1995, 283–308 (zit: *SCHMOLLER*, Neu geregelte Beweisverwertungsverbote, in *FS PLATZGUMMER*)
- SCHMOLLER,** Beweise, die hypothetisch nicht existieren. Beweisverwertungsverbote im geltenden und künftigen Strafprozess, in *Journal für Rechtspolitik* 2002, 251–268 (zit: *SCHMOLLER*, Beweisverwertungsverbote, *JRP* 2002, 251)
- SCHNEIDER,** Die neuere Rechtsprechung zum zivilprozessualen Beweisrecht (I), in *Monatsschrift für deutsches Recht*, Heft 6, Köln (ua) 1975, 444–449 (zit: *SCHNEIDER*, Die neuere Rechtsprechung I, *MDR* 6/1975, 444)
- SCHNEIDER,** Das Bagatellverfahren im österreichischen Recht. Eine Studie zur Entwicklung von Verfahrensvorschriften für geringfügige Rechtsangelegenheiten unter besonderer Berücksichtigung des Bagatellverfahrens von 1873 als Vorreiter moderner Prozeßgrundsätze, in *RECHBERGER* (Hrsg), Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen, Band 24, Wien 2001 (zit: *SCHNEIDER*, Das Bagatellverfahren im österreichischen Recht)
- SCHNEIDER-REICHL,** Das Bagatellverfahren von 1873 unter Berücksichtigung der Entwicklung des Verfahrens in geringfügigen Rechtsangelegenheiten im 19. Jahrhundert, Diss Wien 1992 (zit: *SCHNEIDER-REICHL*, Das Bagatellverfahren)
- SCHNITZER,** Ausgewählte Komödien des Aristophanes im Versmaß der Urschrift, Stuttgart 1854 (zit: *SCHNITZER*,

Ausgewählte Komödien)

- SCHÖLL,** Der Codex Juris Bavarici Judiciarii von 1753 im Vergleich mit den prozeßrechtlichen Bestimmungen der bayerischen Gesetzgebung von 1616 und mit dem Entwurf und den Gutachten von 1752/53, Diss München 1965 (zit: *SCHÖLL*, Der Codex Juris Bavarici Judiciarii von 1753 im Vergleich)
- SCHÖNMÜLLER,** Das Geständnis als Beweismittel unter Berücksichtigung der Forschungsergebnisse der Rassenpsychologie, Diss Bochum 1937 (zit: *SCHÖNMÜLLER*, Das Geständnis)
- SCHOOFS,** Entwicklung und aktuelle Bedeutung der Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten im Zivilprozess, Diss Münster 1980 (zit: *SCHOOFS*, Entwicklung)
- SCHREIEDER,** Die Stellung des Beschuldigten im Hinblick auf die Aussage nach formellem und materiellem Strafrecht. Ein Vergleich von schweizerischem und deutschem Recht, Diss Zürich 1968 (zit: *SCHREIEDER*, Die Stellung des Beschuldigten)
- SCHROEDER,** Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina, Frankfurt am Main 1984 (zit: *SCHROEDER*, Strafrecht)
- SCHRUTKA,** Grundriß des Zivilprozeßrechts, Leipzig 1909 (zit: *SCHRUTKA*, Grundriß des Zivilprozeßrechts)
- SCHUBERT,** Der Areopag. Ein Gerichtshof zwischen Politik und Recht, in BURCKHARDT (Hrsg ua), Große Prozesse

im antiken Athen, München 2000, 50–60 (zit: *SCHUBERT* in *BURCKHARDT*, Große Prozesse)

SCHÜNEMANN, Reformaspekte des strafrechtlichen Haupt- und Rechtsmittelverfahrens. Österreichische Richter-Innenwoche 2010 "Die Reform des Haupt- und Rechtsmittelverfahrens", in *Journal für Strafrecht* 2010, 85–86 (zit: *SCHÜNEMANN*, Reformaspekte, JSt 2010, 85)

SCHULTZ, Rechtseinheit ohne Einheit des Rechts, in *BAUMANN* (Hrsg ua), Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, 429–446 (zit: *SCHULTZ*, Rechtseinheit ohne Einheit des Rechts, in *FS PETERS*)

SCHUPPICH, Anklage und Verteidigung, in *LIEBSCHER* (Hrsg ua), Hundert Jahre österreichische Strafprozeßordnung 1873–1973. Festschrift, Wien (ua) 1973, 197–206 (*SCHUPPICH* in *LIEBSCHER*, Hundert Jahre österreichische Strafprozeßordnung)

SCHURTER, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung, Zürich 1890 (zit: *SCHURTER*, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes)

SCHUSTER, Österreichisches Zivilprozeßrecht, Wien 1907 (zit: *SCHUSTER*, Österreichisches Zivilprozeßrecht)

SUTTER-SOMM, Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, in *Ritsumeikan Law Review*, Nr 29, Kyoto 2012, 81–105 (zit: *SUTTER-SOMM*, Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, RLR 29/2012, 81)

- SCHWAIGHOFER,** Die Wechselwirkungen zwischen Vorverfahren und Hauptverhandlung und die Rolle des Staatsanwalts im zukünftigen Vorverfahren, in PILGERMAIR (Hrsg), Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert. Aufgaben – Positionen – Perspektiven, Wien 2001, 239–266 (zit: *SCHWAIGHOFER* in *PILGERMAIR*, Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert)
- SCHWAIGHOFER,** Die neue Strafprozessordnung. Einleitung – Gesetzestext – Anmerkungen, Wien 2008 (zit: *SCHWAIGHOFER*, Die neue Strafprozessordnung)
- SCHWEIZ AKTUELL extra,** Geschworenengerichte werden abgeschafft, online unter:
<http://www.tagesschau.sf.tv/Hintergrund/Abstimmungen/Abstimmung-vom-17.-Mai-2009/Genf> (11. 9. 2012)
- SEIDL,** Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozessrecht, Köln (ua) 1962 (zit: *SEIDL*, Römische Rechtsgeschichte)
- SEILER,** Die Belehrung des Beschuldigten über das Recht der Aussageverweigerung, in Österreichische Juristen-Zeitung 1993/8, 257–266 (zit: *SEILER*, Die Belehrung des Beschuldigten, ÖJZ 1993/8, 257)
- SEILER,** Die Stellung des Beschuldigten im Anklageprozess, in Juristische Schriftenreihe, Band 98, Wien 1996 (zit *SEILER*, Die Stellung des Beschuldigten)
- SEILER,** Strafprozessrecht, Wien 2008 (zit: *SEILER*, Strafprozessrecht)

- SELLERT,** Die Krise des Straf- und Strafprozeßrechts und ihre Überwindung im 16. Jahrhundert durch Rezeption und Säkularisierung, in ANGERMEIER (Hrsg ua), Säkulare Aspekte der Reformationszeit, München (ua) 1983, 27–48 (zit: *SELLERT* in *ANGERMEIER*, Säkulare Aspekte)
- SEUFFERT,** Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß in ihrer Auswirkung auf Geständnis, Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich, Versäumnis- und Mahnverfahren, Diss Freiburg im Breisgau 1951 (zit: *SEUFFERT*, Die Wahrheitspflicht)
- SIGL,** Die prozessuale Stellung des Beschuldigten und seines Verteidigers im reformierten Vorverfahren, Diss Graz 2010 (zit: *SIGL*, Die prozessuale Stellung des Beschuldigten)
- SKEDL,** Das österreichische Civilprozessrecht, Band 1, Leipzig 1900 (zit: *SKEDL*, das österreichische Civilprozessrecht)
- v. SODEN,** *Confessio* zwischen Beichte und Geständnis. Eine dogmengeschichtliche Betrachtung über die Entwicklung des Schuldbekenntnisses vom römischen Recht bis zum IV. Lateranum, Diss Bonn 2010 (zit: v. *SODEN*, *Confessio*)
- SOYER,** Ermittlungsrecht und Ausschließung des Verteidigers. Eine Anregung für die StPO-Reform, in Österreichisches Anwaltsblatt 1991, 71–73 (zit: *SOYER*, Ermittlungsrecht und Ausschließung, AnwBl 1991, 71)

- SOYER,** Vorstellungen zur „Hauptverhandlung neu“, in SOYER (Hrsg), Strafverteidigung – Realität und Vision. 1. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Wien 21./22. März 2003, Wien (ua) 2003, 80–87 (zit: *SOYER* in *SOYER*, Realität und Vision)
- SOYER,** Wahrheit im Strafprozess – Die Perspektive des Verteidigers. 8. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Salzburg 19./20. März 2010, in Journal für Strafrecht 2010, 10 (zit: *SOYER*, Wahrheit im Strafprozess, JSt 2010, 10)
- SPERL,** Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege, Band 1, Wien (ua) 1930 (zit: *SPERL*, Lehrbuch)
- SPRUNG,** Die Ausgangspositionen österreichischer Zivilprozessualistik und ihr Einfluß auf das deutsche Recht, in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 92, Köln (ua) 1979, 4–28 (zit: *SPRUNG*, Die Ausgangspositionen, ZZP 1979, 4)
- STAAB,** Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zu Wesen und Grenzen der Wahrheitspflicht im deutschen wie im österreichischen, schweizerischen, französischen und englischen Zivilprozeß, Diss Würzburg 1973 (zit: *STAAB*, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß)
- STAATSKANZLEI,** Medienmitteilung vom 17. Juni 2008, online unter: <http://www.so.ch/fileadmin/internet/sk/sksek/pdf/medienmitteilungen/2008/juni/vernStPO.pdf> (19. 9. 2012)
- STAEHELIN,** Der Beweis im schweizerischen Zivilprozess, in
Adrian FRANK (Hrsg), Der Beweis im Zivil- und Strafprozess

	der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz, Zürich 1966, 1–16 (zit: <i>STAEHELIN</i> in <i>FRANK</i> , Der Beweis im Zivil- und Strafprozess)
STAEHELIN/ Adrian STAEHELIN/ Daniel GROLIMUND,	Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts (zit: <i>STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND</i> , Zivilprozessrecht)
STEININGER,	Die Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, in Österreichische Richterzeitung 1992, 134–140 (zit: <i>STEININGER</i> , Die Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, RZ 1992, 134)
STÜBEL,	Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten, Wittenberg 1805 (zit: <i>STÜBEL</i> , Über den Thatbestand der Verbrechen)
SUESS,	Die Stellung der Parteien im modernen Strafprocesse. Eine strafprocessuale Abhandlung in rechtsvergleichender Darstellung, Wien 1898 (zit: <i>SUESS</i> , Die Stellung der Parteien)
TETZNER,	Geschichte der Hellenen, Brandenburg 1824 (zit: <i>TETZNER</i> , Geschichte)
THIENEL,	Anklageprinzip und Verwertung erzwungener selbstbelastender Aussagen im Strafprozeß. Eine Erwiderung, in Juristische Blätter 1992, 484–197 (zit:

THIENEL, Anklageprinzip und Verwertung, JBl 1992, 484)

THILO, Strafproceßordnung für das Großherzogthum Baden nebst den Gesetzen über die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen, die Gerichtsverfassung, den Strafvollzug im neuen Männerzuchthause zu Bruchsal mit den Motiven der Regierung und den Resultaten der Ständeverhandlungen im Zusammenhange, Karlsruhe 1845 (zit: *THILO*, Strafproceßordnung)

THOMAS, Confessus pro iudicato. L’aveu civil et l’aveu penal à Rome, in Collection de l’école française de Rome (Hrsg), L’aveu antiquité et moyen-âge, Rome 1986, 89–117 (zit: *THOMAS*, Confessus pro iudicato)

THÜR, Beweisführung vor den Schwurgerichtshöfen Athens. Die Proklesis zur Basanos, in Sitzungsberichte der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Band 317, Wien 1977 (zit *THÜR*, Basanos)

THÜR, Das Gerichtswesen Athens im 4. Jahrhundert v. Chr., in BURCKHARDT (Hrsg ua), Große Prozesse im antiken Athen, München 2000, 30–50 (zit: *THÜR* in *BURCKHARDT*, Große Prozesse)

THÜR, Recht im antiken Griechenland, in MANTHE (Hrsg ua), Rechtskulturen der Antike, München 2003, 191–239 (zit: *THÜR* in *MANTHE*, Rechtskulturen)

TIPOLD, Absprachen im Strafprozeß, in Archivum Iuridicum Cracoviense, Vol XXXI–XXXII 1998–1999, Kraków 2000, 169–191 (zit: *TIPOLD*, Absprachen im

Strafprozeß)

- TITTMANN,** Über Geständniß und Widerruf in Strafsachen und das dabei zu beobachtende Verfahren, Halle 1810 (zit: *TITTMANN*, Über Geständnis und Widerruf)
- TRAWNY,** Die Wahrheitspflicht im österreichischen und reichsdeutschen Zivilprozeß, Diss Köln 1937 (zit: *TRAWNY*, Die Wahrheitspflicht)
- TRUTTER,** Das österreichische Civilprocessrecht in systematischer Darstellung, Wien 1897 (zit: *TRUTTER*, Das österreichische Civilprocessrecht)
- ULLMANN,**
Dominik Das Bagatellverfahren. Dargestellt mit besonderer Berücksichtigung des Bedürfnisses der Praxis, Wien 1873 (zit: *ULLMANN*, Das Bagatellverfahren)
- ULLMANN,**
Dominik Das österreichische Zivilprozeßrecht, Leipzig (ua) 1887 (zit: *ULLMANN*, Das österreichische Zivilprozeßrecht)
- ULLMANN,**
Emanuel Das österreichische Strafprozeßrecht. Zum akademischen Gebrauche, Innsbruck 1879 (zit: *ULLMANN*, Das österreichische Strafprozeßrecht)
- ULLMANN,**
Emanuel Lehrbuch des österreichischen Strafproceßrechts, Innsbruck 1882 (zit: *ULLMANN*, Lehrbuch)
- v. UNGERN-
STERNBERG,** Römische Studien. Geschichtsbewußtsein. Zeitalter der Gracchen, Krise der Republik, in ERLER (Hrsg ua), Beiträge zur Altertumskunde, Band 232, München (ua) 2006 (zit: v. *UNGERN-STERNBERG*, Römische Studien)

- VARGHA,** Die Vertheidigung in Strafsachen, Wien 1879 (zit: *VARGHA*, Vertheidigung)
- VELTEN,** Die Geister, die ich rief – oder wie Deutschland vergeblich versucht, die Folgen einer BGH-Entscheidung zu revidieren, in *Journal für Starfrecht* 2009, 181–191 (zit: *VELTEN*, Die Geister, die ich rief, *JSt* 2009, 181)
- VENIER,** Überlegungen zu einer Reform der Hauptverhandlung, in *SOYER* (Hrsg), *Strafverteidigung – Bewährung in der Praxis*. 7. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Graz 27./28. März 2009, Wien (ua) 2009, 13–34 (zit: *VENIER* in *SOYER*, *Bewährung in der Praxis*)
- WACH,** Das Geständniß, in *DEGENKOLB* (Hrsg ua), *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 64, Tübingen 1881, 201–255 (zit: *WACH*, Das Geständniß, *AcP* 1881, 201)
- WACH,** Handbuch des deutschen Civilprocessrechts, Band 1, Leipzig 1885 (zit: *WACH*, Handbuch)
- WACH,** Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung, Bonn 1896 (zit: *WACH*, Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung)
- WACHTEL,** Erläuterungen zur Civilproceß-Ordnung und den einschlägigen Gesetzen, Wien 1897 (zit: *WACHTEL*, Erläuterungen)
- WALDER,** Aktuelle Fragen des Strafverfahrens aus schweizerischer Sicht, in *KAISER* (Hrsg ua), *Kriminologie und Strafverfahren*. Kriminologische Gegenwartsfragen, Band 12, Stuttgart 1976, 34–43 (zit:

- WALDER* in *KAISER*, Kriminologie und Strafverfahren)
- WALDER-RICHLI/
GROB-
ANDERMACHER,** Zivilprozessrecht. Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, ergänzt und fertiggestellt von Dr. GROB-ANDERMACHER, Zürich (ua) 2009 (zit: *WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER*, Zivilprozessrecht)
- WALDSTEIN (ua),** Römische Rechtsgeschichte, München 1995 (zit: *WALDSTEIN*, Römische Rechtsgeschichte)
- WALSMANN,** Der Irrtum im Prozeßrecht, in Archiv für die civilistische Praxis, Band 102, Tübingen 1907, 1–214 (*WALSMANN*, Der Irrtum im Prozeßrecht, AcP 1907, 1)
- WALTER,** Freie Beweiswürdigung: eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, in Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 51, Mohr 1979 (zit: *WALTER*, Freie Beweiswürdigung)
- WEBER,** Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß, Halle 1805 (zit: *WEBER*, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung)
- WEIGEND,** Absprachen in ausländischen Strafverfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu konsensualen Elementen im Strafprozeß, Freiburg im Breisgau 1990

(zit: *WEIGEND*, Absprachen in ausländischen Strafverfahren)

WEIGEND, Eine Prozeßordnung für abgesprochene Urteile? Anmerkungen zu den Entscheidungen BGHSt 43, 195 und BGH, NStZ 1999, 92, in DAHS (Hrsg ua), Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1999, Heft 2, 57–63 (zit: *WEIGEND*, Eine Prozeßordnung für abgesprochene Urteile?, NStZ 1999, 57)

WEITZEL, Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, in SCHRÖDER (Hrsg ua), Festschrift für Gerd Kleinheyer zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2001, 539–568 (zit: *WEITZEL*, Diskussion, in *FS KLEINHEYER*)

WELWEI, Die Entwicklung des Gerichtswesens im antiken Athen. Von Solon bis zum Ende des 5. Jahrhunderts v. Chr., in BURCKHARDT (Hrsg ua), Große Prozesse im antiken Athen, München 2000, 15–30 (zit: *WELWEI* in *BURCKHARDT*, Große Prozesse)

WENGER, Abriss des römischen Zivilprozessrechts, in JÖRS, Geschichte und System des römischen Privatrechts, Berlin 1927 (*WENGER* in *JÖRS*, Geschichte)

WESEL, Geschichte des Rechts in Europa. Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon, München 2010 (zit: *WESEL*, Geschichte)

WESTHOFF, Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts, Berlin 1955 (zit: *WESTHOFF*, Über die Grundlagen)

- WETZELL,** System des ordentlichen Civilprocesses, Leipzig (ua) 1878 (zit: *WETZELL*, System)
- WIESEHÖFER/
BÖRM,** Theodor Mommsen: Gelehrter, Politiker und Literat, Stuttgart 2005 (zit: *WIESEHÖFER/BÖRM*, Mommsen)
- WITTMAACK,** Das gerichtliche Geständnis, in Archiv für die civilistische Praxis, Band 88, Freiburg im Breisgau (ua) 1898, 1–86 (zit: *WITTMAACK*, Das gerichtliche Geständnis, AcP 1898, 1).
- WODRICH,** Das Verbot von Vernehmungsmethoden in geschichtlicher Sicht. Historische Grundlagen des § 136 a StPO, Diss Köln 1961 (zit: *WODRICH*, Das Verbot von Vernehmungsmethoden)
- WOLFF,**
Hans J. Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägypten, Weimar 1961 (zit: *WOLFF*, Rechtsgeschichte)
- WOLFF,**
Hans J. Demosthenes als Advokat. Funktionen und Methoden des Prozeßpraktikers im klassischen Athen, Berlin 1968 (zit: *WOLFF*, Demosthenes)
- WOLFF,**
Karl Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts, Wien 1936 (*WOLFF*, Grundriß)
- WÜRTH,** Die österreichische Strafproceßordnung vom 17. Jänner 1850. Erläutert und in Vergleichung mit den Gesetzgebungen des Auslandes dargestellt, Wien 1851 (zit: *WÜRTH*, Die österreichische Strafproceßordnung)

- ZACHARIAE,** Handbuch des deutschen Strafprocesses. Systematische Darstellung des auf den Quellen des gemeinen rechts und der neuern deutschen Gesetzgebung beruhenden Criminalverfahrens, in wissenschaftlicher Begründung und Verbindung, Band 2, Göttingen 1868 (zit: *ZACHARIAE*, Handbuch II)
- ZAPONIG,** Von „Absprachen“ und „Verständigungen“ im Strafprozess – eine rechtsvergleichende Untersuchung, Dipl Graz 2011 (zit: *ZAPONIG*, Von Absprachen und Verständigungen im Strafprozess)
- ZEILLER,** Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten, Band 2, Wien 1807 (zit: *ZEILLER*, Jährlicher Beitrag)
- ZITTA,** Rechtsgeschäfte im Strafpozeß?, in *ZITTA* (Hrsg ua), Unser Strafprozeß, Beiträge 1985/1986, Band 2, Wien 1987, 180–184 (zit: *ZITTA* in *ZITTA*, Unser Strafprozeß II)
- ZUMPT,** Das Criminalrecht der römischen Republik. Die Beamten und Volksgerichte bis zur Gesetzgebung der Zwölftafeln, Erste Abtheilung, Band 1, Berlin 1865 (zit: *ZUMPT*, Criminalrecht I)
- ZUMPT,** Das Criminalrecht der römischen Republik. Die Beamten und Volksgerichte seit der Gesetzgebung der Zwölftafeln, Zweite Abtheilung, Band 1, Berlin 1865 (zit: *ZUMPT*, Criminalrecht II)

Quellenverzeichnis

der geltenden Verfahrensordnungen

ÖSTERREICH

- Zivilprozessordnung vom 1. August 1895, RGBI 1895/113
- Strafprozessordnung vom 9. Dezember 1975, BGBl 1975/631

DEUTSCHLAND

- Zivilprozessordnung vom 5. Dezember 2005,
dBGBI 3202 (2006 I 431) (2007 I 1781)
- Strafprozessordnung vom 7. April 1987, dBGBI 1074, 1319

SCHWEIZ

- Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
- Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312

Quellenverzeichnis

der zuletzt in den einzelnen Kantonen geltenden Verfahrensordnungen

Kanton	Zivilprozessordnung	Strafprozessordnung
Aargau	1984	1958
Appenzell-Außerrhoden	1980	1978
Appenzell-Innerrhoden	1949	1986
Bern	1918	1995
Basel-Landschaft	1961	1999
Basel-Stadt	1875	1997
Freiburg	1953	1996
Genf	1987	1977
Glarus	2001	1965
Graubünden	1985	1958
Jura	1978	1990

Kanton	Zivilprozessordnung	Strafprozessordnung
Luzern	1994	1957
Neuenburg	1991	1945
Nidwalden	1999	1989
Obwalden	1973	1973
Sankt Gallen	1990	1999
Schaffhausen	1951	1986
Solothurn	1966	1970
Schwyz	1974	1974
Thurgau	1988	1970
Tessin	1971	1994
Uri	1994	1980
Waadt	1966	1967
Wallis	1998	1962
Zug	1940	1940
Zürich	1976	1919
Bund	1947	1934

Rechtsprechungsübersicht

ÖSTERREICH Zivilverfahren

Datum	Geschäftszahl	Fundstelle
30.04.1969	5 Ob 55/69	
08.10.1975	1 Ob 203/75	
13.11.1975	7 Ob 236/75	
30.01.1976	7 Ob 503/76	
12.10.1978	2 Ob 144/78	
03.12.1980	3 Ob 641/80	
14.09.1982	5 Ob 683/82	
25.08.1993	1 Ob 587/93	
19.08.1997	10 ObS	
16.07.1998	6 Ob 313/97s	
17.03.2004	7 Ob 72/03v	
01.09.2009	5 Ob 120/09x	
23.03.2011	17 Ob 1/11p	
	3 Ob 376/56	EvBl 1957/90
	1 Ob 210/74	EvBl 1975/105
19.05.1857		GIU Nr 354
11.11.1857		GIU Nr 466
16.05.1860		GIU Nr 1132
09.04.1861		GIU Nr 1300
10.05.1865		GIU Nr 2172
03.05.1881		GIU Nr 8379
12.04.1882		GUI Nr 8950
12.04. 1883		GIU Nr 9386
06.06.1883		GIU Nr 9469
29.01.1885		GIU Nr 10480
07.08.1885		GIU Nr 10660
07.10.1886		GIU Nr 11198
25.11.1890		GIU Nr 13489
25.02.1892		GIU Nr 14135
17.05.1892		GIU Nr 14251
02.12.1925		GIUNF Nr 386
04.02.1913		GIUNF Nr 6292
	1 Ob 501/79	JBl 1979, 491
	5 Ob 631/89	JBl 1990, 590
	9 Ob 174/97x	RdW 1998, 20

	7 Ob 720 /78	RZ 1979, 85
	10 ObS 239/89	SSV-NF 3/104
	7 Ob 825/82	SZ 56/120
	3 Ob 30 /02m	SZ 2002/31
	4 Ob 72/67	VersR 1968, 1052 ZfRV 1969, 140

ÖSTERREICH Strafverfahren

Datum	Geschäftszahl	Fundstelle
12.07.2006	13 Os 70/06b	
04.03.2010	13 Os 1/10m	
	2 Os 359	EvBl 1950/45
	12 Os 72/66	EvBl 1967/48
	12 Os 138/68	EvBl 1969/171
	15 Os 160/87	EvBl 1988/89
	14 Os 20/91	EvBl 1991/165
	14 Os 46/09k	EvBl 2009/131
	15 Os 3/92	JBl 1994, 188
	11 Os 77/04	JBl 2005, 127
	13 Os 83/08t	JBl 2009, 527
07.04.1908		KH 3447
	11 Os 198/63	RZ 1964, 38
	12 Os 221/71	RZ 1972, 181
	Os IV 312/24	SSSt 4/96
	Os 219/25	SSSt 5/66
	2 Os 14/46	SSSt 19/2
	9 Os 104/74	SSSt 45/23
	9 Os 98/85	SSSt 56/82
	15 Os 18/06t	SSSt 2006/33
	G7/80	VfSlg 9950/1984

DEUTSCHLAND Zivilverfahren

Datum	Geschäftszahl	Fundstelle
	VII ZR 46/61	BGHZ 37, 154
	III 379/82	RGZ 11, 408
	III ZR 156/77	NJW 1979, 2089
	VI ZR 122/94	NJW 1995, 1432
	IV ZR 1084/68	VersR 1970, 826

DEUTSCHLAND Strafverfahren

Datum	Geschäftszahl	Fundstelle
	1StR 366/73	BGHSt 25, 325
	5 StR 409/81	BGHSt 31, 395
	5Str 190/91	BGHSt 38, 214
	1Str 475/93	BGHSt 39, 349
	4 StR 240/97	BGHSt 43, 195
	GSSt 1/04	BGHSt 50, 40
	1 BvR 116/77	EuGRZ 1981, 311
	2StR 156/98	NJW 1999, 370
	32Ss 152/10	NStZ-RR 2011, 252

SCHWEIZ Zivilverfahren

Datum	Geschäftszahl	Fundstelle
		BGE 74 II 206
		BGE 113 Ia 433 E.4

SCHWEIZ Strafverfahren

Datum	Geschäftszahl	Fundstelle
		BGE 78 1952 IV 134
14.3.2001	8G.55/2000	

Abstract Deutsch

Die vorliegende Dissertation untersucht die historische und aktuelle Bedeutung des Geständnisses im Zivil- und Strafprozess. Sie verfolgt das Ziel die Relevanz von selbstbelastenden Aussagen der Parteien in der geschichtlichen Entwicklung der Verfahren vor den Zivil- und Strafgerichten genauer zu betrachten und zu erörtern und befasst sich eingehend mit der Frage, ob das Geständnis ein Instrument zur Wahrheitsfindung war bzw ist oder es lediglich ein Mittel darstellt(e), um den Prozess rasch zu einem Ende zu führen.

Zu diesem Zweck gliedert sich die Arbeit in sechs große Abschnitte. In den ersten drei Kapiteln wird das Geständnis in seinem historischen Kontext dargestellt. Anhand eines Streifzugs durch die Geschichte des Verfahrensrechts in der griechischen und römischen Antike sowie im Mittelalter und der Frühen Neuzeit wird die Wirkung des gerichtlichen Geständnisses in früheren Epochen beleuchtet.

Im Anschluss daran erfolgt die Analyse des Geständnisses im deutschsprachigen Rechtsraum. Die Fort- bzw Rückschritte, die in Österreich, Deutschland und der Schweiz hinsichtlich der Auffassung seiner Rechtsnatur erfolgten, werden jeweils in einem eigenen Kapitel behandelt. Jedes dieser Kapitel umfasst zwei große Unterpunkte. Zunächst wird der Bedeutungsgehalt des Geständnisses im Zivilverfahren und danach im Strafverfahren des jeweiligen Landes überprüft. In beiden Verfahrenstypen folgt dem kritischen Rückblick auf die Charakterisierung des Geständnisses in den historischen Verfahrensordnungen die Analyse der geltenden Rechtslage. In der Zusammenfassung wird festgehalten, welches Gewicht dem Geständnis ursprünglich anhaftete, wie sich seine Relevanz im Laufe der Geschichte verändert hat und ob es in der heutigen österreichischen, deutschen und schweizerischen Rechtspflege als Mittel zur Wahrheitsfindung anerkannt wird.

Insgesamt soll diese Arbeit den Wert des Geständnisses als materielle Wahrheitsquelle im Zivil- und Strafverfahren aufzeigen und seinen tatsächlichen Stellenwert im Prozessrecht von der Antike bis zum 21. Jahrhundert erschöpfend ergründen und offenlegen.

Abstract English

The present thesis examines the historical and topical meaning of the confession in civil litigation and criminal trial. It pursues the aim to look at and to discuss the relevance of selfincriminating statements of the parties in the historical development of the procedures before civil and criminal courts and deals thoroughly with the question whether the confession was or is an instrument to reveal the truth or was respectively is only a means to bring the lawsuit quickly to an end.

For this purpose the work is divided into six big segments. In the first three chapters the confession is shown in its historical context. On the basis of a historical digression the procedural law in the Greek and Roman antiquity as well as in the middle ages and the early modern times, the effect of the judicial confession in former epochs is screened.

The following part of the thesis covers the analysis of the confession in the German-speaking legal space. The regressions and improvements which occurred in Austria, Germany and Switzerland concerning the view of its legal nature are treated in each case in own chapters. Each of these chapters comprises two big subitems. First the meaning of the confession in the civil procedure of the respective country is examined and afterwards the same is screened in the penal procedure. In both types of legal proceedings the analysis of the valid legal situation follows the critical review of the character of confessions in the historical codes of procedure. In the summary it is concluded what value was given to the confession originally, how its relevance has changed in the course of the history and whether it is recognised as a means to reveal the truth in today's Austrian, German and Swiss administration of justice.

All in all, the paper should point out the value of the confession as a real source of truth in the civil and criminal procedure and feature out and disclose its actual significance in the procedural law of the ancient times up to the 21st century.

Curriculum Vitae

Martina Fasching

Kontakt: martina_fasching@gmx.at

Persönliche Daten:

Geburtsdatum: 18. April 1984

Geburtsort: Vorau, Stmk.

Staatsbürgerschaft: Österreich

Ausbildung:

seit 10/2009 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften
an der Universität Wien

Juni 2009 Abschluss des Diplomstudiums der
Rechtswissenschaften an der Universität Wien

Juni 2002 Reifeprüfung mit ausgezeichnetem Erfolg am
BG/BRG Oberschützen

Schwerpunktausbildung:

Steuerrecht und Rechnungswesen

Strafjustiz und Kriminalwissenschaften

International Legal Practice and Language

Schon während der Schulzeit war ich als Ferialpraktikantin in den Sommermonaten in der Abteilung Marketing/Distribution des Autoherstellers „Renault Österreich GmbH“ tätig und arbeitete – neben verschiedenen Studentenjobs – auch während des Studiums als freie Dienstnehmerin im Vertrieb dieses Unternehmens.

Im Jänner 2013 erfolgte die Fertigstellung der Arbeit und Anfang Februar 2013 konnte ich meine Dissertation zur Beurteilung vorlegen.