

# Zwei Fälle von Inzest und die Gutachten der Straßburger Juristenfakultät aus dem Jahre 1683

Von  
MORITZ ISENMANN

Im Jahre 1683 wurde der Freiburger Stadtregierung ein Fall von Inzest in Zarten bekannt: Der Witwer Barthel Kühnlin sollte mit seiner unmündigen, 12 Jahre alten Tochter Maria Unzucht getrieben haben. Der Fall kam vor den Rat der Stadt Freiburg;<sup>1</sup> der begann, von Amts wegen (*ex officio*) in dieser Sache eine Untersuchung durchzuführen. Der in Freiburg ansässige Bürger unterstand, wenn er nicht Geistlicher oder Student war, allein der Freiburger Gerichtsbarkeit, da die Stadt vom Landgericht eximiert war und mit ihrer nächsten Umgebung seit ihrer Gründung einen eigenen Gerichtsbezirk bildete.<sup>2</sup> Es gab zwei Gerichte in Freiburg, das Gericht von Bürgermeister und Rat, und das Stadtgericht. Letzteres war, wie es im neuen Stadtrecht von 1520<sup>3</sup> festgehalten wurde, für alle Zivilangelegenheiten zuständig.<sup>4</sup> Nach mehrmaligen Änderungen gehörten seit 1464 zur Blutgerichtsbarkeit 24 Ratsherren, drei geheime Räte als Ankläger und zwei Turmherren, die das Gefängniswesen verwalteten und Untersuchungsrichter waren.<sup>5</sup>

Die im Fall Kühnlin von den Freiburgern eingeleiteten Schritte können anhand der im Ratsbuch der Stadt Freiburg dazu vermerkten Beschlüsse<sup>6</sup> und zweier Rechtsgutachten (vom 8. April und vom 17. Juni 1683) nachvollzogen werden, die der Rat von der Straßburger Juristenfakultät einholte.<sup>7</sup> Da die Anfrage bei dem Spruchausschuss einer Juristenfakultät eine Auskunft über die richtige Anwendung einer Norm oder eines wissenschaftlichen Lehrsatzes auf den vorgetragenen Tatbestand darstellte und dieser nach dem gemeinen Prozess aktenkundig sein musste, wurden die Fakultätsgutachten auf Aktenversendung hin erstattet.<sup>8</sup> Die Straßburger Universitätsjuristen fertigten die Gutachten auf der Grundlage der ihnen aus Freiburg übersandten Inquisitionsprotokolle und anderer, jedoch nicht aufgefundener Berichte an. Die Inquisitionsprotokolle werden an den entscheidenden Stellen von den Straßburger Gutachtern ausführlich zitiert.

Die Obrigkeit stellte also Untersuchungen an und ließ das Mädchen von Hebammen untersuchen, die ihren Bericht unter Eid erstatten mussten. Die Hebammen erfuhren von Maria Kühnlin, dass sich der Vater vier mal an ihr vergangen habe,<sup>9</sup> und was er gemacht hatte, führte sie ihnen mit den Fingern vor.<sup>10</sup> Die Hebammen kamen zu dem Schluss, dass dem Mädchen Gewalt angetan worden sei.<sup>11</sup> Aufgrund dieser Feststellung wurde Bartel Kühnlin verhaftet.<sup>12</sup> Als unwidersprochenen Sachverhalt ermittelten die Freiburger Inquisitoren während der ersten Verhöre, dass Bartel Kühnlin angeordnet hatte, obwohl es anscheinend in seinem Hause nicht an Betten gefehlt hatte, die jüngere Tochter Maria solle bei ihm und die ältere Tochter

Magdalena bei seinem Sohn Franz im Bett schlafen. Die Tochter Maria gab zudem ihren Vater schwer belastende Aussagen zu Protokoll, und zwar: „1. Dass der Vater auff's wenigst vier mahl mit ihr in Unzucht zu thun gehabt. 2. Und nicht nur irgent, wann er beräuscht, sondern auch, wann er nüchtern gewesen. 3. und zu mahlen, dass er mit seinem leib, sich auff ihren leib, entblöst geleet, 4. unnd sein membrum *virile*, in ihr membrum muliebre gethan. 5. Und dass sie das erste mahl etwas schmerzen und wehe davon empfunden: nachgehents aber nicht, sondern habe mehr guth und ihr wohl gethan. 6. Dass er auch sie darbey mehrmahlen naß gemacht: und was dergleichen umbstände mehr, welche sie ihm dem vatter, auch in confrontatione getrost und beständig unter augen gesagt. 7. Dabey zugleich contestiret, dass sie es vor unrecht gehalten, auch vorthien nicht mehr bey ihm zu liegen begehre“.<sup>13</sup> Barthel Kühnlin gestand einige Punkte durchaus ein,<sup>14</sup> stritt jedoch ab, „dass er ihr der Tochter mit seinem membri virilij were bey, und in leib kommen, und würcklichen mit deroselben zu thun gehabt“.<sup>15</sup> Für den Fortgang des Verfahrens und das Urteil im Fall Barthel Kühnlin ist dies der entscheidende Punkt, ob nämlich der Missbrauch an der Tochter wirklich vollzogen wurde oder, wie es in den Dokumenten heißt, in „terminis conatus“ geblieben, also nur versucht worden war. Um die Wahrheit herauszufinden, wird der Tathergang ins Detail gehend erforscht, die erlangten Aussagen schaffen aber auch keine letzte Klarheit. Die Hebammen, die durchaus der Meinung waren, dass Barthel etwas mit seiner Tochter verübt habe, neigen zu der Annahme, dass das Kind für eine vollzogene Penetration noch zu jung gewesen sei.

Es kommt zu einer Ausweitung des Falls, als Maria im Laufe der Verhöre ihren Bruder Franz schwer belastet. Denn auch der Bruder habe mit ihr „in unzucht zu thun gehabt, und bluthschand verübet“.<sup>16</sup> Franz verteidigt sich, wie das erste Straßburger Gutachten zeigt, dermaßen ungeschickt, dass die Inquisitoren (Verhörenden) weitere unzüchtige Schandtaten vermuten: „Er Frantz Kühnlin aber solches pertinaciter wider sein wissen und gewissen geläugnet, sonderlichen den umbstand, dass er sie iemahlen naß gemacht hette: habe der gerechte Gott wunderbarlich geschicket, dass in dem er vermessenlich die herrn deputirte hierdurch hintergehen und bere-den wollen, er zu der Zeit noch impotens gewesen, also dass er auch nicht nur gewußt, was manns saamen seye, und umb solchem vorgeben einen schein zu machen, diese ration beygesetzt, er solche wissenschaft erst vor einem halben jahr erlanget, diese (die herrn deputierte) hierauff von ihme, wie er dann solche wissenschaft erlanget, von ihme zu wissen begehret, und er ferner vorgeben und diessen bericht erstattet, dass als nächst verwichenen sommer, er neben Hannß und Martin, die Birckenmeyer, item Christel Dietlicher, Mathis Rauch, und mehr andern, im kalten badt gewesen, und sich hernach an die sonne geleet, were ihm, ohne dass er was gemacht, der saamen entgangen, wie auch den übrigen, weren nicht aneinander, sondern von einander gelegen, und hette einer dem anderen zugesehen“.<sup>17</sup> Die Freiburger Inquisitoren, misstrauisch geworden, wollen das doch genauer wissen, zitieren die fraglichen jungen Männer zum Verhör und bringen „ad nauseam“ heraus, dass sich diese auf ziemlich eigentümliche Art „öffentlich am hellen tag, auff freyem feldt, im beysein und zusehen vieler anderer unschultiger knaben“<sup>18</sup> gegenseitig masturbirt hatten, und zwar auf diese Weise, dass sie „nicht nur nebeneinander, son-

dern auch auffeinander liegend per mansturationem, nec non virilium suorum membrorum inter femura alterutrius intrusionem, et per commotionem corporis prurientium semina sua essuderint“.<sup>19</sup> Die Straßburger Rechtsgelehrten kommentieren diese unverhoffte Entdeckung mit grimmiger Lakonie, dass damit „leyder mehr alß zu viel erhellet und erwiesen“. Die Juristen befinden sich in der Verlegenheit, nicht zu wissen, um was für ein Delikt es sich hier handelt, denn die verbotenen fleischlichen Lüste seien zweierlei, nämlich Masturbation<sup>20</sup> und Sodomie<sup>21</sup>, und sie wüsten nicht, „ob solches garstige, mehr dann viehische unwesen pro specie mollitiei, oder vielmehr pro specie criminis sodomitici zuhalten“ sei.<sup>22</sup> Am Ende entscheiden sie sich für das Delikt der Masturbation.

Im Gegensatz zu Vater Barthel ist der Sohn Franz nach anfänglichem Leugnen schnell geständig, behauptet aber, er habe diese Dinge in Unkenntnis ihrer Schändlichkeit verübt. Dies stellt das größte juristische Problem für die Straßburger Gutachter im Fall Franz Kühnlin dar: Kann ihm vorsätzliches Handeln nachgewiesen werden, was Voraussetzung für eine Verurteilung wäre? Zwar hat Georg Schindler schon 1937 festgestellt, dass Sittlichkeitsverbrechen und deren Bekämpfung in der spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Strafrechtsgeschichte der Stadt Freiburg einen breiten Raum einnahmen, und dass die Freiburger keineswegs über das „allgemeine sittliche Niveau ihrer Zeit“<sup>23</sup> hinausgeragt hätten. Bei dem vorliegenden Fall handelt es sich jedoch um Geschehnisse, die wohl auch den Rahmen frühneuzeitlicher Unzucht im Breisgau deutlich überschritten haben müssen, wie ein Kommentar der Straßburger Universitätsjuristen zeigt, wonach ihnen „so thane exorbitantien, zumahlen in dergleichen laster nicht leicht, wo iemahlen, vorkommen“.<sup>24</sup> Sie zweifelten, „ob von heyden ärgers was gehöret worden“,<sup>25</sup> auch wenn man davon ausgehen kann, dass es sich um übertriebenen Optimismus handelt, wenn behauptet wird, dass es sich bei „Unkeüschheit“ um ein „bey christen fast wenig“ erhörtes Laster handle.<sup>26</sup> Man darf aber davon ausgehen, dass es sich bei den Ausschweifungen von Barthel und Franz Kühnlin um Extremfälle handelt und der Fall keine allzu weitreichenden, generellen Rückschlüsse auf die Lebensweise der südwestdeutschen Bevölkerung des 17. Jahrhunderts erlaubt. Die Bedeutung der analysierten Quellen, zweier Rechtsgutachten aus dem Jahre 1683, liegt zudem auch ihrer Gattung nach vielmehr darin, dass an ihnen einige grundlegende Prinzipien des Strafrechts der gemeinrechtlichen Epoche in den Territorien des Alten Reichs (16.–18. Jahrhundert) und der Weg der juristischen Erkenntnisfindung nachvollzogen werden können. Dazu gehören die Praxis des Einholens von Rechtsgutachten, die Lehre vom „dolus“ (Vorsatz), das Problem, ob mit einer „poena ordinaria“ oder einer „poena extraordinaria“ gestraft werden soll, die Hierarchie der Rechtsquellen oder die Rolle der Folter. Auf diese Punkte soll nun auch im folgenden eingegangen werden.

## Aktenversendung und Rechtsgutachten

Der Rat der Stadt Freiburg entschloss sich am 12. März 1683, nachdem ihm alle drei Fälle dargelegt worden waren, zu den Fällen Franz und Barthel Kühnlin Rechtsgutachten von Juristen der Universität Straßburg einzuholen. Die jugendlichen Masturbations-Komplizen Franz Kühnlins hingegen sollten, sofern sie nicht mehr als 14

Jahre alt waren, sogleich öffentlich abgestraft werden. Auf welche Weise das geschehen solle, wurde im Ratsprotokoll nicht vermerkt.<sup>27</sup> Der Rat ließ seine Inquisitionsprotokolle von einem berittenen Kurier dem Dekan der dortigen Juristenfakultät überbringen, der sie dem versammelten „Collegium“ vortrug und mit diesem diskutierte.

Im ersten Gutachten wird der Fall des Inzests kurz rekapituliert, worauf sich eine Anleitung zum weiteren Vorgehen bei der Untersuchung anschließt. Die Straßburger sind nämlich der Auffassung, dass angesichts vieler noch unklarer Fragen, vor allem aber, ob es sich bei den Handlungen Barthel Kühnlins nur um einen Versuch gehandelt hat, mit dem Endurteil abgewartet, und die Fälle noch genauer untersucht werden sollten, um endgültige Klarheit zu schaffen. Der Druck auf die „Inquisiten“ soll durch Drohungen merklich erhöht werden: „1. Wann ihre Herrl. und gunstl. nochmahlen, ihn Bartel Kühnlin des vatters, sambt seinen dreyen kindern, dem sohn Frantzen, und beyden töchtern Magdalen und Marien vorbescheyden, undt per certos deputatos ihnen sambt und sonders ihre verbrechen vorhalten und beweglichen ermahnen ließen, sie Gott und der obrigkeit die ehre geben, und offenhertziges, jegliches seine begangene mißhandlung erkennen, und auff obrigkeitlichen befehl bekennen, auch was eines undt das andere, von des andern sünden wuste, ohne seiner boßhaftig hinterhalten aussagn sollte. Welchem Vortrag, die bedrohung angehängt werden, nemblichen, dass widerigen falls, die obrigkeit würde gemüßiget werden, durch peinliche frage von ihnen die warheit zu erlangen: wie auch derjenige, so, dass er die warheit vorsetzlichen verschweigen, über wiesen würde, mit harter straff angesehen werden sollte etc. Undt II. dass solchem nach die personen alß dann wiederumb separiret, und jegliche absonderlich hierüber, und zwar etwas genauer, und mit gebührendem ernst, zwar güthlichen befraget werden sollten, jedoch dahienstellend, ob der scharffrichter auch entzwischen auffzuwarten, und sich sehen zu lassen, möchte beschieden werden, zumahlen wann das examen und sothane verhör an den vatter und sohn kähme, weilen umb deren bekantnuß, es am mehresten zu thun“.<sup>28</sup>

Zusätzlich erstellen die Gutachter für jeden der vier Beteiligten ein „Interrogatorium“ (Fragekatalog). Bei den Fragen, die Maria Kühnlin gestellt werden sollen, fällt auf, dass die Straßburger bemüht sind, der Jugend der Befragten und ihrer Unwissenheit auf sexuellem Gebiet Rechnung zu tragen. So soll etwa gefragt werden, „4. ob der vatter ihr nicht zuweilen, was mit heim bracht, oder sonsten ihr gekaufft und geschencket, und was es gewesen? 5. Ob er sie auch sonsten lieb gehabt, und bißweilen geküßet, und ob solches auch nachts im beth geschehen seye? [...] 12. Ob nicht was roths, wie bluth von ihr gangen, und davorn ihr hembt oder das beth beflecket worden? 13. Wann der vatter sie nass gemacht, woher solches kommen, und was der vatter gethan?“<sup>29</sup> Da sie sich sehr sicher sind, dass Barthel Kühnlin die Blutschande mit seiner Tochter wirklich vollzogen hat, sind sie nachdrücklich der Ansicht, dass ihm, wenn nötig, das Geständnis auch mittels der Tortur abgerungen werden solle.

Eigentlich fiel es nicht in den Kompetenzbereich von Gutachtern, in den Inquisitionshergang einzugreifen, was auch den Straßburger Rechtsgelehrten sehr wohl bekannt war. Unter Berufung auf den berühmten Rechtsgelehrten Jacques Cujas (1522–1590)<sup>30</sup> erklären sie, dass ihre Aufgabe eigentlich nicht darin bestehe, die Indizien hervorzulocken, sondern lediglich auf deren Basis ein juristisches Urteil zu



fällen.<sup>31</sup> Das erste Gutachten aus Straßburg traf am 24. April in Freiburg ein. Es wurden wie verlangt weitere Verhöre, insbesondere mit Barthel Kühnlin, durchgeführt, und am 5. Mai beschloss der Freiburger Rat, die Protokolle abermals, zusammen mit dem Gutachten eines gewissen Dr. Vogel, nach Straßburg zu senden.<sup>32</sup> Im zweiten Straßburger Gutachten, das in Freiburg am 30. Juni 1683 eintraf, wurden dann die juristischen Fragen genau erörtert.<sup>33</sup> Möglicherweise wurde durch den Freiburger Rat noch ein drittes Gutachten aus Straßburg angefordert, nach dessen Verlesung direkt das Urteil über Barthel und Franz Kühnlin gesprochen wurde.<sup>34</sup>

Die Gutachtenpraxis, die ihre Grundlage im römischen Recht besaß, war schon im 13. Jahrhundert in den italienischen Kommunen in Erscheinung getreten.<sup>35</sup> Dort war der Richter, anders als im deutschen Recht, vollkommen verantwortlich für die Rechtmäßigkeit des Urteilsinhaltes und deshalb auf den Rat von Rechtsverständigen angewiesen. Vor allem erhoffte man sich durch die Einholung von Gutachten eine „Verbesserung der Justiz durch Ermöglichung der Entscheidung aller schwierigen Sachen nach dem Rat Höchstsachverständiger“ nebst einer Beschleunigung und Verbilligung durch das Vermeiden häufiger Appellationen.<sup>36</sup> Das Einholen von Rechtsgutachten fand im 14. und 15. Jahrhundert eine immer größere Verbreitung und war seit dem 16. Jahrhundert auch im Reich ein „unverzichtbares Element des territorialen Gerichtswesens“,<sup>37</sup> ausdrücklich gefordert in Artikel 219 der reichsgesetzlichen Strafrechtsordnung Kaiser Karls V. von 1532, der *Constitutio Criminalis Carolina*: „Wo aber die oberkeyt ex officio vnd von ampts wegen wider eynen mißhendlern, mit peinlicher anklag oder handlung volnfüre, so sollen die Richter, wo jnen zweiffeln zufile, bei den nechsten hohen schulen, Stetten, Communen oder andern rechtuerstendigen, da sie die vnderricht mit dem wenigsten kosten zu erlangen vermeynen, rath zu suchen schuldig sein“.<sup>38</sup> Rechtsgutachten spielten auch bei der Handhabung der Strafrechtspflege in Freiburg eine wichtige Rolle: „Fast allen Criminalia-Akten, die über ein bedeutendes Verbrechen Aufschluss geben, liegt ein rätliches bedenken bei“.<sup>39</sup> Es konnten, wie auch in unserem Fall, mehrere gutachtliche Meinungen zu demselben Fall und seinen juristischen Problemen eingeholt werden. Meist wandten sich die territorialen Gerichtsherren und die städtischen Obrigkeiten an die eigene Juristenfakultät oder andere Rechtsgelehrte des Orts. Die Freiburger Obrigkeit begnügte sich manchmal aber nicht mit den Empfehlungen der Freiburger Rechtsgelehrten und ließ sich von auswärtigen Juristen, etwa aus Tübingen oder Straßburg, beraten. Die Gutachter- und Spruchfähigkeit der Freiburger Juristenfakultät<sup>40</sup> erlahmte nach einer kurzen Blütezeit im letzten Viertel des 16. Jahrhunderts, in dem „die Juristenfakultät allen nur denkbaren Organen der Rechtspflege bereitwillig und vorbehaltlos mit ihrem Rat und Spruch zur Verfügung“<sup>41</sup> gestanden hatte, als der Dreißigjährigen Krieg seit 1632 auch den Breisgau verwüstete, immer mehr. Zeitweise war die Rechtsfakultät nur mit einem einzigen Professor besetzt. Nach Ende des Krieges gab es für das Freiburger Spruchkollegium keinen echten Neubeginn mehr, da die Fakultät durch den Westfälischen Frieden ihren Stammkreis von Ratholenden aus dem österreichischen Elsass verloren hatte. Zudem machten die Ausdehnungsbestrebungen Frankreichs Freiburg zu einem geographisch-politisch unsicheren Ort. Kaiser Leopold I. gründete 1669 eine neue Universität in Innsbruck, die 1677 eingerichtet wurde. Wenige Monate später wurde Freiburg durch die

Franzosen erobert, was im Frieden von Nymwegen von 1678 sanktioniert wurde. Die Universität verließ Freiburg und ging nach Konstanz ins Exil. Die „juristische Fakultät der französischen Universität in Freiburg war nie als Rat- und Spruchkollegium tätig. In sich uneins und gespalten in eine österreichisch gesinnte und in eine franzosenfreundliche Partei, war die Fakultät niemals kollegial gutachtend tätig und hatte auch keine überörtliche Bedeutung erlangt. [...] Selbst die Stadt übergab ihre Prozessakten, wenn sie kollegialen Rat für erforderlich hielt, nicht der städtischen Juristenfakultät, sondern bevorzugte das – seit 1681 gleichfalls französische – Straßburger Spruchkollegium“, wie es auch hinsichtlich Barthel und Franz Kühnlin der Fall war.<sup>42</sup> Ein Zwang, der Empfehlung der Rechtsverständigen Folge zu leisten, bestand jedoch nicht. Ein gerichtliches Gutachten war nach gemeinem Recht „keine bindende Vorentscheidung über die Rechtsfragen, sondern sachkundiger Rechtsrat für die richterliche Entscheidung“,<sup>43</sup> was die Straßburger Rechtsgelehrten aber nicht daran hindert, gehörigen Druck auf den Freiburger Rat auszuüben, der aber am Ende Urteile fällen wird, die von den höchst energisch gegebenen Empfehlungen stark abweichen.

### Der Fall Franz Kühnlin: Die gemeinrechtliche Lehre vom *dolus*

Nach anfänglichem Leugnen, Unzucht mit seiner jüngeren Schwester Maria getrieben zu haben, ist Franz Kühnlin geständig, versucht jedoch, seine Missetaten mit Unwissenheit zu entschuldigen und somit die eigene Verantwortung zu vermindern. Er sei zu der Zeit, als er Unzucht mit seiner Schwester Maria verübt habe, noch gar nicht geschlechtsreif gewesen, und habe nicht gewusst, dass diese Tat eine schwere Sünde und Unrecht sei. Zudem sei er durch die Erzählung eines anderen, der ihm gesagt habe, „wie er es mit seinem Eheweib macht“, angespornt worden, „dergleichen an seiner jüngeren Schwester zu probiren, und nachzutun“. Abschließend führte er als Entschuldigungsgrund noch eine ihm angeblich eigene „ländliche Einfachheit“ an, die man daran erkennen könne, dass er schließlich alles „sofort und präzise“ gestanden habe.<sup>44</sup>

In der Beurteilung der Aussage Kühnlins durch die Straßburger Juristen kommen deutlich Grundsätze der gemeinrechtlichen Theorie zum Ausdruck, die ein Verbrechen als „rechtswidriges und schuldhaftes menschliches Verhalten“<sup>45</sup> auffasste. Als Voraussetzung für seine Strafbarkeit wurde die Schuld angesehen, die auf zweierlei Arten in Erscheinung treten konnte, entweder als Fahrlässigkeit (*culpa*) oder als Vorsatz (*dolus*). Ein Irrtum über tatsächliche Umstände, wie er von Franz Kühnlin für sich reklamiert wird, hätte eine Vorsätzlichkeit ausgeschlossen.<sup>46</sup> Die Straßburger Rechtsgelehrten versuchen also, in seinem Handeln Vorsatz, Boshaftigkeit und Arglist nachzuweisen. Sie führen ins Feld, dass er, wenn er auch vielleicht noch nicht „in plena pubertate“, so doch nahe daran und ohne Zweifel des Vorsatzes fähig gewesen sei („doli capax“). Von Unwissenheit könne keine Rede sein, da er das Verbot wohl gekannt habe, oder es zumindest hätte kennen sollen. Zudem habe er seine Untaten heimlich verübt, was nach Johannesevangelium und Cicero ein untrügliches Zeichen dafür sei, dass er sich seiner Schuld sehr wohl bewusst gewesen sei. Dies erlaube es auch, die „rustica simplicitas“ auszu-

schließen und gebe „hiengegen eine verderbte Laßheit und dolum zu erkennen“.<sup>47</sup> Von einer „rustica simplicitas“ könne auch deshalb keineswegs die Rede sein, da der Angeklagte nichts freiwillig gestanden habe, sondern erst dann, als er sich eindeutig überführt gesehen habe. Auch wenn es wahr sei, dass er „durch anderer leuthe unzüchtige reden und gespräch“ zu seiner Tat angestachelt worden sei, sei das keine Entschuldigung. Zu alledem komme noch der schwere Verdacht, dass er auch mit seiner älteren Schwester Magdalena dasselbe vollzogen habe, was zwar nicht bewiesen werden könne, doch äußerst wahrscheinlich sei, da er ein „garstiger, unkeuscher und geiler Mensch“ sei und die Gelegenheit dazu gehabt habe: „Sintemalen gesetzt, er alß er das erste mahl mit dieser seiner jüngsten schwester, fleischliche unzucht getrieben, noch nicht in plena pubertate gewesen seye, so ist doch dieses gewiß, quod is illo tempore pubes fuerit, imo plenae pubertati proximus, mithien, dass er citra omne dubium, doli capax gewesen, ja dass bei ihm malitia maxima in hoc crimine, aetatem longe super averit und suppleverit, folglich wohl gewußt, auffß wenigst wissen sollen und können, dass Gott dieses laster der unkeuschheit, allen menschen jung und alt, auffß wenigst im 6. geboth, so hoch verboten, sonderlich aber dergleichen was, mit einer leiblichen schwester, und darzu noch unmündigen mädlein verübe, groß unrecht, und vor Gott ein greuvel, mithien noch mehr straffbar seye: wie dann, und dass sein gewissen ihn alles solches überzeuge, eben der, solche sünde sicher zu begehen, gemachte anstalt und dazu gesuchte gelegenheit, weniger nicht die umbstände der zeit und des orts, dergleichen zu verüben, alß des nachts, in abwesen des vatters, in des vatters bett, da er und diese seine schwester beysammen gelegen, item im kühestall, und in der kühe krippen, alles aber so heimlich gehalten, dass kein mensch auch solches nur in acht genommen, mercklichen zu erkennen gegeben secundum effatum Christi Johann. 3. v. 20 ibi. quisquis, quae mala sunt agit, odit lucem, nec venit ad lucem, ne redarguantur ipsius opera: atque tanta est vis conscientiae, in utramque partem, ut non timeant recte facientes: e contra qui peccant, semper poenam ante oculos versari putent, teste Cicerone, in orat[ione] pro Milon“.<sup>48</sup> Das Problem des Vorsatzes spielt nicht nur bei Franz Kühnlin, sondern auch bei seiner Schwester Maria eine Rolle, und ist mit dem der Minderjährigkeit eng verbunden. Maria Kühnlin soll nach Meinung der Gutachter keine harte Bestrafung erfahren, da nach römischem Recht „dero Unmündigkeit, worinnen sie damahlen gestanden, ab omni dolo excusiret“.<sup>49</sup> Sie solle zu Verwandten aufs Land, und wenn dies nicht möglich sei, in ein Kloster gebracht werden.<sup>50</sup> Es scheint dem die Vorstellung zugrunde zu liegen, dass der Mensch erst ab einem bestimmten Alter, und zwar mit seiner Volljährigkeit, dazu fähig ist, von sich aus mit böser Absicht zu handeln. Auch im Fall der Jugendlichen wird sowohl vom Freiburger Rat als auch von den Straßburger Gutachtern argumentiert, dass deren geringes Alter ihre Schuldfähigkeit vermindere. In seiner Urfehde muss der mit 19 Jahren deutlich ältere Franz Kühnlin die Hauptschuld für das Geschehen auf sich nehmen. Er sei der Anstifter und habe die unschuldigen und aufgrund ihres Alters zu diesen Vergehen noch unfähigen Jungen durch sein schlechtes Beispiel dazu verführt.<sup>51</sup> Das volle Strafmaß soll auch nach Meinung der Straßburger Universitätsjuristen nur denjenigen treffen, der als Anstifter zu identifizieren sei, da die meisten der Jungen noch sehr jung gewesen

seien und daher die Sündhaftigkeit ihres Tuns weniger als der ältere Kühnlin begriffen hätten: Es sei „unschwer zu erachten dass sie bey solchem ihrem alter die abscheulichkeit dieses lasters und sünde vor Gott, recht nicht erkanth, oder erkennen und fassen können. Zumahlen da Sie andere ältere dergleichen thun gesehen, und sie dadurch, wie bey der jugend leicht geschehen kann, geärgert, dennselben es nachgethan: Ohn welches gegeben ärgernuß, vielleicht ihnen sonst solch laster zu begehen nicht zu sinn kommen were“.<sup>52</sup>

### Der Fall Barthel Kühnlin: *Poena ordinaria* oder *poena extraordinaria*?

Der Fall Barthel Kühnlins stellt sich um einiges komplizierter dar als der seines Sohnes, da ein feststehendes Geständnis fehlt und Unklarheit darüber besteht, ob die Tat als vollzogen oder nur als versucht gewertet werden soll. Gegen den Witwer liegen mehrere Verdachtsmomente vor. So ist erwiesen, dass er nach dem Tod seiner Frau angeordnet hatte, dass die jüngere Tochter bei ihm und die ältere bei ihrem Bruder Franz im Bett schlafen solle, was „*ipsi naturali pudori et honestati adversatur*“,<sup>53</sup> wie die Straßburger Juristen meinen. Bezeugt ist zudem, sowohl durch die Aussage Marias als auch durch ein von vereidigten Hebammen erstelltes Gutachten, dass er „sich was mit ihr unterstanden“. Unklar bleibt jedoch, ob der Inzest wirklich vollzogen oder nur „attentiert“ wurde. Zu der Annahme eines bloßen Versuchs tendieren die Freiburger Ratsherren. Sie schenken dem Urteil der Hebammen Glauben, wonach er wieder habe „zurück halten müssen“, da das Kind zu jung gewesen sei. Die Freiburger Obrigkeit kommt also zu dem Schluss, dass Barthel Kühnlin die Unzucht an seiner Tochter nur versucht und nicht vollendet habe, und dass sie daher „nicht pro crimine incestus consummati, sondern nur attentati zuhalten“<sup>54</sup> sei. Das hat für die rechtliche Bewertung der Tat und das aufzuerlegende Strafmaß weitreichende Konsequenzen.

Das gemeine Recht vertrat grundsätzlich die Bestrafung des Versuchs (*conatus*) bei allen Delikten. Doch waren die italienischen Kriminalisten, und ihnen folgten die gemeinrechtlichen Autoren im Reich, der Auffassung, dass ein Versuch milder bestraft werden müsse als eine vollendete Tat, und dass beim Versuch nicht die vom Gesetzgeber vorgeschriebene *poena ordinaria*, sondern eine *poena extraordinaria*, d.h. nach dem Ermessen des Richters festzusetzende Strafe, verhängt werden solle.<sup>55</sup> Auch Benedikt Carpzov, der wohl bedeutendste und maßgebliche Jurist der gemeinrechtlichen Epoche im Reich,<sup>56</sup> schloss sich dieser Meinung unter Berufung auf den Italiener Julius Clarus an: „*Quamvis autem verba Julii Clari per se clara et manifesta sint, et ab omnibus facillime intelligi queant, melioris tamen explicationis gratia ex iis Regula talis formari potest: Quod scilicet in omnibus et quibusvis delictis, sive sint atrocissima, sive non, Conatus, quantumvis ad actum proximum fuerit deventum, ordinaria cuiusvis delicti poena non debeat puniri*“.<sup>57</sup> Die vorherrschende Meinung ging dahin, dass bei außerordentlichen Strafen nicht die Todesstrafe verhängt werden könne. Diese sollte nur zur Anwendung kommen, wenn sie durch das Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben war.<sup>58</sup>

Der Freiburger Rat hat diese juristischen Grundsätze gekannt. Er unterzog Kühn-



lin der Folter, bekam aber zusehends Zweifel, ob sie in diesem Fall sinnvoll und vor allem ob sie überhaupt rechtlich erlaubt sei. An ihrem Sinn zweifelt der Rat, da Kühnlin die Taktik verfolgt, unter der Folter sofort zu gestehen, um den Abbruch herbeizuführen, danach aber sofort zu widerrufen. Rechtliche Bedenken hat er, da er zur Annahme des bloßen Versuchs neigt, der aber nicht als Kapitalverbrechen angesehen wurde und die Folter nur bei diesen angewandt werden durfte: „Weilen wann auch gleich alles, was vorbracht worden, auff ihn Kühnlin erwiesen were, er selber auch eingestünde, dennoch er deßwegen am leben nicht könnte gestraffet werden, angesehen, was vorgangen, nur in terminis criminis attentati blieben were, in welchen fällen non poena ordinaria, sed t[ame]n extraordinaria, und auffs höchste in hac hypotesi die condemnatio ad triremes [Galeerenstrafe], stadt haben würde, folglich er, mit recht, peinlich nicht könnte befraget werden. Cum tortura in causis non capitalibus non habeat locum, per jura notissima“.<sup>59</sup>

Auf diese Ausführungen reagieren die Straßburger Rechtsgelehrten in ihrem zweiten Gutachten ziemlich ungehalten. Sie „wünschten, dass dergleichen rationes dubitandi niemandem, ex amplissimo ordine senatorio, je weren zu sinn kommen, weniger dass in publico solche und und dergleichen proponiret worden, sonderlich dass diese des Barthel Kühnlin an seiner leiblichen Tochter verübte Unzucht, nicht pro crimine incestus consummati, sondern nur attentati zuhalten: folglich den üblichen rechten nach, er Kühnlin weder am leben zu bestrafen, noch darüber bey solchen umbständen peinlich zu befragen seye“.<sup>60</sup> Das Urteil der Hebammen fechten die Straßburger Gutachter energisch an. Da sie „weder vatter noch sohn, wie die beschaffen, iemahlen besehen“, könnten sie auch nicht sagen, dass „diese personen, forte propter penis crassitatem [wegen der Größe des Glieds], dergleichen zu verüben nicht möglich geweßen“, ihr Attestat sei also „non tam veritatis, quam credulitatis“<sup>61</sup> aufzufassen. Zudem führen sie an, dass es gar „nicht praecise in den rechten erfordert würdt“, dass jemand seinen Samen in den Leib der Tocher immittiere, sondern genüge, wenn er es so weit treibe, dass er seiner „kochenden Lust Genugtuung“ verschaffe. Es sei schon als verübter Inzest zu werten, wenn jemand seinen Samen über dem Bauch der Tochter emittiere, wie Petrus Cavallinus, Matthias Berlichius<sup>62</sup> und viele andere Doktoren bezeugten.<sup>63</sup> Von Kühnlins Taktik, zu gestehen, um danach zu widerrufen, sollten sich die Freiburger Ratsherren nicht irre machen lassen. Dieses Vorgehen sei in derartigen Fällen gottlosen Menschen gemein, jedoch nutzlos. Denn es gebe nur neue Indizien an die Hand, um die Tortur fortzuführen. Sollte Kühnlin aber auch nach wiederholter Folter nicht geständig sein, könne sich der Rat damit trösten, alles versucht zu haben, was er in seiner obrigkeitlichen Stellung und seiner richterlichen Pflicht nach zu tun gehalten war.<sup>64</sup> Die Straßburger Gutachter legen ihnen nachdrücklich nahe, Barthel Kühnlin nochmals der Folter zu unterziehen, um ihn so zu einem beständigen und vollständigen Geständnis zu zwingen, und die Todesstrafe, die *poena gladij*, an ihm zu vollstrecken.<sup>65</sup>

Die Scheu des Freiburger Rates davor, Barthel Kühnlin weiterhin der Tortur zu unterziehen, ist jedoch nicht nur auf seine rechtlichen Skrupel, sondern zumindest zu einem Teil auch auf Kühnlins verwegen aufsässiges Verhalten zurückzuführen. Der renitente Delinquent zeigte sich nämlich in der für ihn prekären Situation kei-

neswegs eingeschüchtert, sondern verhielt sich seinerseits offensiv bedrohlich. Nachdem er in einem Verhör ein vollständiges Geständnis abgelegt hatte, ließ er die Gerichtsschreiber nochmals zurückrufen und behauptete, das Geständnis sei ihm abgepresst worden. Als er wieder in seine Gefängniszelle zurückgeführt wurde, verfluchte er diejenigen, die ihn trotz seiner Unschuld zum Tode verurteilten und lud sie vor das Jüngste Gericht. Danach holte er sein Geschlechtsorgan hervor und streckte es Scharfrichter und Stadtknecht entgegen zum Beweis, dass er aufgrund von Blattern („variola“) zum Geschlechtsverkehr überhaupt nicht fähig sei. Der erschrockene Stadtknecht konnte jedoch nichts besonderes am Glied Kühnlins bemerken.<sup>66</sup> In den Augen des Freiburger Rats ist die Drohung mit dem Jüngsten Gericht ein Beweis für Kühnlins reines Gewissen und vergrößert die Bedenken, ihn foltern zu dürfen. Der Versuch, die Ratsherren bei ihrer Glaubensfurcht zu packen, erwies sich als erfolgreich. Als „christliche Obrigkeit“ halten sie es für bedenklich, einen solchen Menschen durch die Tortur zum Geständnis zu zwingen.<sup>67</sup> Die Straßburger Rechtsgelehrten sind der entgegengesetzten Auffassung, dass nämlich ein solches Verhalten ein Zeichen seiner gottlosen Vermessenheit und absolut sicheres Indiz des schlechten Gewissens sei. Mit der Ladung vor das Jüngste Gericht spottete er Gott und der Obrigkeit, man solle die Beweise und Protokolle sprechen lassen, um zu befinden, ob er schuldig oder unschuldig sei.<sup>68</sup>

Die Ladung vor das Jüngste Gericht ist nicht das einzige bizarre Detail im Fall Barthel Kühnlin. Schon vor seiner Verhaftung hatte er bedrohliche Dinge verlauten lassen, und in den ersten Freiburger Verhören hatten sich sowohl Vater als auch Sohn gegenüber der Freiburger Obrigkeit drohend verhalten. Auch hatte Barthel Kühnlin anscheinend davon geredet, dass drei Blutstropfen in seinem Schnupftuch ihm anzeigten, wenn ein Unglück geschehe und er auf dem Dachboden eine Schlange habe, die die Eigenschaft besitze zu pfeifen, wenn jemand sterbe.<sup>69</sup> Am 19. März berichtete der Stadtknecht Simon Straub vor dem Rat, wie er Kühnlins Zelle betreten und diesen von seinen Ketten befreit vorgefunden habe. Seine Frau habe ihm am vorigen Abend gesagt, Kühnlin bete viel und habe angekündigt, dass innerhalb eines Tages ein Wunder geschehen werde, wie ihm ein Kapuziner versprochen habe. Auf die Frage, was er mit den Ketten gemacht habe, behauptete der Gefangene, dass dies eben das angekündigte Wunder sei.<sup>70</sup> Ob Wunder oder nicht, der Rat verfügte, Kühnlin besser zu verwahren und verbot erneut, ohne besondere Erlaubnis Besucher vorzulassen. Der Rat war sichtlich beeindruckt von Kühnlins Verhalten und darauf bedacht, Kühnlin zuvorkommend zu behandeln, was man daran sehen kann, dass er, nachdem sich der Päderast darüber beklagt hatte, dass seine Fußseisen zu eng seien, sofort eine Lockerung derselben verfügte.<sup>71</sup> Nachdem das zweite Straßburger Gutachten am 30. Juni in Freiburg eingetroffen war, verfügte der Rat, Barthel Kühnlin abermals foltern zu lassen.<sup>72</sup> Im Ratsbuch findet sich kein Hinweis darauf, ob die Tortur tatsächlich durchgeführt wurde. Wenn dies aber der Fall gewesen sein sollte, so wurde sie entweder wieder abgebrochen oder Barthel Kühnlin ließ sich auch unter Schmerzen kein Geständnis entreißen, denn im Urteil vom 21. Juli 1683 lautet der Tatbestand auf versuchte Unzucht.<sup>73</sup>





Abb. 1 Folderszene aus Francesco Petrarca's „Trostsiegel in Glück und Unglück“, Frankfurt 1584, Bl. 162r. (StadtAF, RARA)

## Die Strafauffassung der Straßburger Juristen

Ein Charakteristikum der gemeinrechtlichen Epoche und ihrer Autoren war die religiös geprägte Auffassung von Verbrechen und Strafe, vor allem wenn es sich um Sittlichkeitsdelikte handelte. Auch die Straf- und Rechtsauffassung der Straßburger Juristen, so wie sie sich in den beiden Gutachten darstellt, ist noch vom göttlichen Recht geprägt, und von der jüngeren Naturrechtslehre und der daraus resultierenden Rationalisierung und Säkularisierung der Straftheorie wenig beeinflusst. Dies zeigt sich darin, wie die Delikte dargestellt und welche Folgen befürchtet werden, was man ferner für Sinn und Ziel der Strafe hält und welche Hierarchie der verwendeten Rechtsquellen gebildet wird.<sup>74</sup>

## Die Delikte, ihre Folgen für Stadtgemeinde und Richteramt

Nach Thomas von Aquin sind alle widernatürlichen Sünden ein Verbrechen gegen Gott selbst, da die Ordnung der Natur von Gott gegeben sei. Als natürlich wird in sexueller Hinsicht nur der eheliche Zeugungsverkehr angesehen, während jede nicht auf Reproduktion gerichtete Sexualhandlung in den Bereich der „contra-naturam“-Sexualität fällt.<sup>75</sup> Auch in den Straßburger Gutachten werden die begangenen Verbrechen nicht nur als „Unrecht“, als Verletzung obrigkeitlich gesetzter Normen gewertet, sondern auch als „Sünde und Laster“, als „wider die Seele streitende greuel“ vor Gott, die sich der Satan ausgesonnen habe, um Land und Menschen zu verderben. Der Zorn Gottes, Folge solcher Vergehen, werde sich nicht nur gegen die konkreten Täter richten, sondern gegen die gesamte Stadtgemeinde, die mit einer Kollektivschuld beladen sei. Denn es sei ausdrücklich das „Land“, das durch solche Sünden „verdorben“ werde. Ermahnend rufen dies die Rechtsgelehrten der Freiburger Stadtregierung in Erinnerung und belegen es mit alttestamentarischen Bibelstellen. Auf die Bedenken der Ratsherren bezüglich der Androhung Kühnlins, sie vor das Jüngste Gericht zu laden, fragen sie unter Verweis auf Levitikus, wen sie mehr zu fürchten hätten, den gottlosen Menschen Kühnlin oder „den gerechten Gott, welcher, bey des richter und sünder, die das land durch dergleichen abscheuliche sünden verunreinigen, und nicht gebührend straffen, auszuspeyhen antrohet“.<sup>76</sup> Ausdrücklich betonen sie, dass die Strafe Gottes sowohl diejenigen treffen wird, die die Missetat vollbracht haben, als auch die, die der Pflicht zu strafen nicht nachkommen.

Die Idee einer göttlichen Kollektivstrafe war in den spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Städten weit verbreitet. Dies zeigt eine starke Reglementierung der Lebensführung der Stadtbewohner durch ihre Regierung, die „Ehre“, „Nutzen, Frieden und Heil“ aller und der ganzen Stadt wahren, die Stadt im Schutz Gottes und in „seligem löblichem Regiment“ erhalten und Stadt wie Stadtbewohner vor dem Zorn und den Heimsuchungen Gottes bewahren [wollte], der die statutarisch bekämpften Manifestationen menschlicher „superbia“ unmittelbar mit Unwetter, Pest und Krieg bestraft“.<sup>77</sup> Auch der einflußreiche Carpzov vertrat die Meinung, dass Gott nicht nur am Täter selbst, sondern am ganzen Land Vergeltung üben werde, sofern es zu keiner Sühne des Deliktes kommen sollte: „Ac licet maxime poenarum irrogatio delinquentem nec juvet, nec corrigat, attamen propter alios nequaquam haec omittenda erit; ne scilicet ob delictum alterius impunitum, gravius quid aliis, eiusdem Civitatis hominibus contingat. Saepe enim ob unius delictum, dum non vindicatur, DEUS in universum irascitur populum“.<sup>78</sup> Gegenüber dem Freiburger Rat ist es für die Straßburger Gutachter daher ein Grund des Bedauerns, dass sich diese jegliches Maß sprengenden Fälle im Umkreis seiner Gerichtsbarkeit ereignet haben. Sie „bemitleyden“ die Freiburger, „dass solche wider die seele streitende fleischlichen lüste und land verderbliche sünde und laster, durch des leidigen satans und deren so seines theils sind, gefährliche und ärgerlich reitzungen undt antrieb in deren bottmäßigkeit, und bey deren, ob gleich ausserhaltigen, jedoch angehörigen unterthanen und inwohnern, im genanten thal, unbesonnen aller deren, nach des gerechten Gottes gerechtem zorn wider die sünde, vor hien auff ihnen ligenten göttlichen straffen, sollen vorgangen sein“.<sup>79</sup> Nach frühneuzeitlichen Vorstellungen konnte nur



durch zügige und harte Bestrafung der direkt Schuldigen eine Aussöhnung mit Gott und die Besänftigung seines Zornes erreicht werden, worin auch der Sinn der Bestrafung lag. Die Pflicht zu strafen sowie die gesamte Rechtsprechung, und somit auch das richterliche Amt, finden ihre Rechtfertigung in der göttlichen Autorität, die selbst direkt mitwirkt. Die Inquisitoren sollten „auch des gerechten und allmächtigen Gottes beystandts sich versichern, dass er dem mann dergleichen bößheit nicht verfäng werde. hoc enim cuilibet religioso et justo iudici semper sit in promptu situm, quod Deus ipso eum sit in iudicio, huncque solum et unicum esse timendum: neminem autem hominum maxime, tot criminum nefandorum reum convictum, licet contumacem: uti enim apud Deum nulla est sumptio munerum, nec personarum acceptio; ita nec indulgentia in talibus iniquitatibus 2. Chronic. 19. v. 6.“<sup>80</sup> Die Gutachter sprechen nie allein von der „Obrigkeit“, sondern immer nur von „Gott und der Obrigkeit“.

Der Zweck der Strafe wird in Generalprävention durch Abschreckung gesehen. Die Fälle sollen als Exempel dienen und der „christlichen gemeinde“ vor Augen gestellt werden, damit derartige Vergehen sich nicht wiederholen. Andererseits sollen diese „Laster“ so schnell wie möglich in Vergessenheit geraten, weshalb man dazu rät, auch die beiden Opfer, Maria und Magdalena Kühnlin, aus der Stadt zu weisen. Die Notwendigkeit der Abschreckung durch Strafe wird besonders bei den Onanisten hervorgehoben, da diese ihr Verbrechen öffentlich vollzogen und dadurch der Gemeinde als schlechtes Beispiel gedient hatten. Der öffentliche Vollzug unzüchtiger Handlungen wird als strafverschärfend betrachtet. Das Verbrechen sei, so argumentieren die Gutachter „tantoque atrocioris, quod correi hoc perpetrarint, non in secreto, et remotis hoibus; sed publice, sub sole, presentibus et spectantibus aly juvenibus innocentibus, non sine summo horum scandalo und dannenhero, cum cerscentibus hisce carnis criminibus, multisque personis nimium grassantibus, ex emplo opus sit, tantique maleficy poena ex inde ex acerbanda l. 16 § ult. ff de poen[is]“<sup>81</sup> Der Freiburger Rat solle mit Härte verfahren, zumal auf eine Besserung von Menschen, die solche Dinge verüben, nicht zu hoffen sei: „[...] umb nicht allein solchem garstigen viehischen, ja teuffelischen einreisenden land verderblichen unwesen, auff strengste zu wehren, und andere, so dadurch irgend geärgert worden, von solchem laster dadurch abzuhalten, sondern auch, dass doch zu besorgen, diejenigen, so denn leydigen satan so weit ins garn kommen, sich dieses lasters auch ins künfftig schwehrlich enthalten möchten“. Zwar solle differenziert werden, wer der hauptsächliche Verursacher des Geschehens gewesen und wer zu diesem „unweisen“ nur verführt worden sei. Trotzdem solle auch „dieser jungen knaben halber ein öffentlich exempel statuir, unndt christlicher gemeind vor augn gestellet werden“. Die Straßburger raten dazu, die Jungen „in compensationem sui erroris, und zu wohlverdienter straff 1. auff 2 tag in den thurm, mit wasser und brot zu schließen: So dann 2. in dem thurm mit ruthen ziemlichen (und wie so thane buben sonsten pflegen gezüchtigt zu werden, also nach eines jeden alter undt leibs stärke ziemlich) irgendt durch den thurm knecht oder dergleichen person, zu züchtigen undt zu hauwen, endtlichen und nach solchem 3. dass sie alle vier, auff einen sontage, in der ordentlichen des orts, wo sie gesündiget, pfarrkirchen, vor dem hohen altar kniend (deswegen dann irgent wann es nöthig und herkommens, mit herrn ordinario daselbsten zu

reden sein wird) und mit ausgestreckten armen, in der rechten hand eine brennende kertze, und in der lincken eine ruthe haltend, zu stellen und da biß nach verrichtetem Gottesdienst zu verbleiben“.<sup>82</sup> Die hier vorgeschlagene Bestrafung, nämlich eine Schandstrafe und Leibeszüchtigung, war charakteristisch für die Bestrafung der Erregung öffentlichen Ärgernisses durch öffentlich vollführte unzüchtige Handlungen.<sup>83</sup>

Die Rechtsgelehrten begnügen sich in dem Fall der Jugendlichen ausnahmsweise nicht damit, nur die Verbote und die Folgen ihrer Nichtbefolgung anzuführen, sondern versuchen durchaus, eine rationale und gelehrte Erklärung abzugeben, warum die beanstandeten Taten überhaupt verwerflich und schlecht für Land und Menschen seien. Bezeichnend ist, dass sie sich dabei auf einen „Heiden“, nämlich Platon, berufen müssen, da in den einschlägigen Stellen der Heiligen Schrift zwar Verbote, nicht aber deren Begründung ausgesprochen werden.<sup>84</sup> „Etenim neutiquam negari possit, hoc carnis crimen, pene nulli ex reliquis carnis delictis secundum ec, si non supius: non tantum, quod in bestialitatis et sodomiae criminibus semper ad huc quidpiam concurrat, quod voluptatem vel inquentis turbet et taediare faciat, secus ac in hoc crimine, uti evidens est: verum etiam, quod hoc crimen aequae ac bestialitas et sodomia, contra naturam sit, naturaeque metas excedat: Cum et hi delinquentes, quantum in ipsis est, nefarys hihce suis libidinibus, seminisque nefandis profusionibus, tot hominibus, intelligitur interficere, ipso gentili Platone libr. 8 de legib[us] teste:<sup>85</sup> qui enim hisce pollutionibus indulgent, genus hominum dedeita opera interficiunt, imo infernalis hostis, generis humani persecutor abdicatissimus, quid peccato hoc aliud intendit, quam ut in juvente statim masculos, hujus modi pollutionibus, a DEO abducatur, habitudinem virilem infirmet, eviret, et, aliquando maritos factos, ad generandum impotentes reddat sicque propagationem generis humani impediatur.“<sup>86</sup> Zwar werden der sündhafte Charakter der Tat, die Urheberchaft des Teufels und die aus der Sünde resultierende Entfernung von Gott wieder hervorgehoben, doch ist die eigentliche Erklärung eine andere: Wenn Männer sich in ihrer Jugend beständig derartigen Verunreinigungen hingeben, so hat das eine Schwächung ihrer Manneskraft zu Folge, die dazu führt, dass sie, einmal Ehemänner geworden, zum Zeugen unfähig und nicht mehr in der Lage sind, ihren Beitrag zur Fortpflanzung der Menschheit zu leisten. In letzter Konsequenz müsse das zum Aussterben des menschlichen Geschlechtes führen.

## Die Rechtsquellen und ihre Hierarchie

Bei ihren Überlegungen ziehen die Gutachter hauptsächlich das römische Recht, entweder die justinianische Kompilation selbst oder Schriften vor allem deutscher Kommentatoren des 16. und 17. Jahrhunderts wie Benedikt Carpzov, Jacobus Menochius oder Matthaeus Stephani zu Rate. Eigentlich besaß das römische Recht gegenüber der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 nur subsidiäre Bedeutung. Auch Schindler weist darauf hin, dass in Freiburg die *Carolina* am häufigsten als rechtliche Grundlage diente, „sowohl für Endurteile als auch für Gutachten über die Anwendung der Folter“.<sup>87</sup> Doch hatte die *Carolina* für Inzest keine eigenen Strafregelungen getroffen, sondern lediglich auf das *jus commune*, den ortsüblichen Ge-

brauch und den Rat von Rechtsexperten verwiesen,<sup>88</sup> weshalb sie in unserem Fall auch lediglich bei Fragen zur Tortur und zum Vorgehen in der Beweisführung angeführt wird. In Artikel 25 der *Carolina* heißt es dazu: „Item so man der anzeygung die inn vil nachgesetzten artickeln gemelt, vnd zu peinlicher frage gnugsam verordent sein, nicht gehaben mag, So soll man erfahrung haben, nach den nachuolgenden vnnnd dergleichen argkwonigen vmbstenden, so man nit alle beschreiben kan. § Erstlich ob der Verdacht eyn solche verwegene oder leichtfertige person, von bösem leumut vnd gerücht sei, dass man sich der missethat zu jr versehen möge, oder ob die selbig person, dergleichen missethat vormals geübt, vnderstanden habe, oder beziegen worden sei [...]. § Zum andern, ob die verdacht person, an geuerlichen orten, zu der that verdecktlich gefunden, oder betretten würde“. Diese Vorschriften finden ihren Widerhall im Wunsch der Straßburger Universitätsjuristen, aus Freiburg Kenntnis zu erhalten „von sein Bartel Kühnleins überigem christenthumb standt und haußwesen, sowohl in voriger seiner ehe, alß bißherigem wittibstand, item von seinem äusserlichen conduite, thun und lassen, ob er irgendt vormahlen auch, in undt ausser ehe, dieses lasters oder unkeüschheit wegen in verdacht gewesen, und warumb: undt dass er ein mann, deme dergleichen sünde zu begehen, wohl zuzutrauwen“,<sup>89</sup> und in der Frage, „ob irgent jemandt sie vatter und tochter in so thanem unzüchtigem wesen betretten, gesehen, und solches [...] gebührend hinterbracht und angezeigt“. <sup>90</sup> Die Fragen sollten eine vollständige Aufklärung des Falles ermöglichen. Derartige Fakten, so erklären die Straßburger unter Berufung auf die *Carolina*, würden dem Richter nicht nur bei der Beurteilung der schon bekannten Indizien und Umstände helfen, sondern zur Entdeckung weiterer Tatbestände und Delikte führen: „[...] solche nachricht aber dem richter nicht nur in dijudicando indicia praesentia, concurrentesque circumstantias coeteras ein großes leicht, sondern auch auff mehr andere, annoch verborgene und verheelte anzeygung zu kommen, nach ahnleytung der peinlichen halßgerichtsordnung, mehrere anlaß und gelegenheit geben“. <sup>91</sup> Das zur damaligen Zeit und bis zur Einführung des Code Napoléon im Jahre 1810 in Freiburg gültige Recht war eigentlich das neue Stadtrecht von 1520 gewesen, das jedoch in beiden Gutachten nicht ein einziges Mal angeführt wird. Dieser Umstand ist damit zu erklären, dass im ohnehin knapp gehaltenen strafrechtlichen Teil des neuen Stadtrechtes auf Inzest, Masturbation oder andere Unzuchtsdelikte kein Bezug genommen wird. Man muss jedoch davon ausgehen, dass die Straßburger als auswärtige Rechtsgelehrte ihrem Rat auch ohnedies nur das römische Recht und die *Carolina* zugrunde gelegt hätten. <sup>92</sup>

Über allen diesen Rechtsquellen, dem Stadtrecht, der *Carolina* und dem römischen Recht stand aber noch eine höhere Instanz, das göttliche Recht (*jus divinum*). In das mittelalterliche Rechtssystem des *ius commune* war die Klassifizierung des Rechts in *ius naturale* (Naturrecht),<sup>93</sup> *ius gentium* (Völkerrecht, Völkergemeinrecht)<sup>94</sup> und *ius civile*<sup>95</sup> entsprechend dem römischen Recht, sowie von der kanonistischen Theorie der Rechtsquellen die Einteilung in göttliches Recht (*jus divinae constitutionis*) und menschliches Recht (*jus humanae constitutionis*) eingegangen. Das menschliche Recht wurde als veränderlich, das göttliche hingegen als unveränderlich angesehen, da es den direkten Willen Gottes darstellte, wie er in der Heiligen Schrift und speziell im Dekalog geschrieben stand. Dem göttlichen Recht wa-

ren auch das Naturrecht und das *jus gentium* in seinen naturrechtlichen Bestandteilen zugerechnet. Das göttliche Recht der Heiligen Schrift und das Naturrecht standen sich insoweit nahe oder wurden teilweise als identisch betrachtet, als Gott seiner Schöpfungsordnung sein Recht eingepflanzt hatte und dieses göttliche Recht nach der Lehre der Theologen durch die menschliche Vernunft (*ratio*) erkannt werden konnte. Hinzu kam das Naturrecht in der Prägung des römischen Rechts. Dem Naturrecht nahe standen ferner Teile des *jus gentium*. Grundlegende Bedeutung für das „System des *jus commune*“ hatte die Unterordnung jeglichen von Menschen gemachten Rechts unter das göttliche Recht.<sup>96</sup> Diese Grundvoraussetzung blieb bis ins 18. Jahrhundert hinein gültig und wurde selbst von der „absoluten Monarchie der europäischen Neuzeit [...] nie geleugnet“.<sup>97</sup> Die Hierarchie in der Abfolge von göttlichem Recht und Naturrecht, *ius gentium* und menschlichem *ius positivum*, die dem einfachen modernen Gesetzespositivismus vorangeht,<sup>98</sup> tritt in den Bibelzitate, Allegationen römisch-kanonischen Rechts und in der Argumentationsstruktur der beiden Straßburger Gutachten hinsichtlich des Verbots und der Strafwürdigkeit des Inzests deutlich zutage. Inzest sei, so wird belehrt, durch positives, civiles und kanonisches Recht, zudem durch das *jus naturale* und das *jus gentium*, vor allem aber durch göttliches Recht strengstens verboten: „Unnd wollen wir hier nicht disputiren, utrum stuprum tale, sit incestum juris gentium, sive contra jus naturale: an v[ero] tantum juris positivi? alß worinnen wir jedem seine meynung frey lassen: dieses aber hier sagen, dass in hypothesi hac gewiß, quod non tantum in genere omnis coitus inter marem et foeminam extra matrimonium a quocunq[ue] perpetratus, sit illicitus et prohibitus. Verum etiam, et vel maxime coitus a fratre cum sorore commissus, ut pote non tantum iure positivo, civili communi § 2 J. de nupt[iis],<sup>99</sup> l. 8, l. 39 §1, l. 54 ff. de r[itu] n[uptiarum],<sup>100</sup> l. 35 ff. de v[erborum] o[bligacionibus]<sup>101</sup> et canonico. can. cum igitur. 35 quaest. 1.<sup>102</sup> Et passim verum etiam i[ure] naturali sive gentium D. l. 8 ff de r[itu] n[uptiarum]<sup>103</sup> et d. l. 35 ff. 1 § de v[erborum] o[bligacionibus],<sup>104</sup> imprimis vero jure divino severe prohibitus, uti videre est in Levit. 18 v. 9. et, c. 20 v. 17.<sup>105</sup> Deuteronom 27. v. 22.<sup>106</sup> et ap[ud] Ezechiel c. 22 v. 10“.<sup>107</sup> Auch was die Todesstrafe anlangt, so sei sie in diesem Fall nicht nur „in denn gemeinen üblichen kayserlichen rechten [...]“, d.h. im menschlichen und positiven Recht, „sondern auch in den natürlichen und aller völker rechten,<sup>108</sup> ja auch und vornemblichen inn den göttlichen rechten, denen bluthschändern, sonderlich, qui ascendentes et descendentes primi gradus, verordnet und gesetzet. confer[atur] Levit. c. 18 v. 7 et c. 20 v. 11<sup>109</sup>. Deuteronom. c. 22 v. 30<sup>110</sup>“,<sup>111</sup> Der dieses Verbrechens Schuldige sei „mithien durch urthel und recht, in solche todesstraff zu condemniren“, und diese „durch den scharffrichter an ihm, wie rechtens, mit dem schwert zu exequiren“.<sup>112</sup>

## Die Rolle von Geständnis und Folter im Inquisitionsprozess

Wie schon erwähnt, unterscheidet sich der Fall Barthel Kühnlin von den anderen dadurch, dass kein feststehendes Geständnis vorliegt. Doch erweist sich gerade das Geständnis als von grundlegender Bedeutung, wenn die Gutachter darauf drängen, bei derart „urgirenten indicien“ nun endlich zur Tortur zu schreiten und Kühnlins „bekantnuß“ zu erlangen, ohne die er doch nicht mit der „poena ordinaria“ bestraft wer-



den könne.<sup>113</sup> Bis ins 13. Jahrhundert war das prozessuale Beweisrecht in Europa formaler Natur gewesen und hatte nicht auf eine Ergründung der materiellen Wahrheit im rationalen Sinne abgezielt. Hauptsächliches Beweismittel im mittelalterlichen Parteienprozess war der Reinigungseid des Angeklagten mit Eideshelfern, die nicht die Wahrheit an sich bezeugten, sondern lediglich, dass der vom Angeklagten geleistete Eid „rein, und nicht mein“ sei. Unfreien und übel Beleumundeten war der Weg des Reinigungseides verschlossen, weshalb sie sich einem Gottesurteil unterziehen mussten.<sup>114</sup> Unter dem Einfluss der Verwissenschaftlichung des Rechts seit dem 12. Jahrhundert durch die Bearbeitung des römischen Rechts in Form der Kompilation Justinians, insbesondere der wieder aufgefundenen Digesten, sowie des Decretum Gratiani und der päpstlichen Dekretalen, vollzog sich ein Wandel im Prozessrecht, der eine Erforschung der materiellen Wahrheit und eine rational begründete Überführung des Delinquenten möglich machte. Im sogenannten Inquisitionsprozess, der durch Innozenz III. in der Kirche eingeführt wurde und den eine Reihe europäischer Staaten und Gemeinwesen teilweise nach gleichgerichteten Entwicklungstendenzen übernahm, wurde der Reinigungseid als prozessuales Beweismittel zurückgedrängt zugunsten eines anderen Beweisverfahrens, für das nur die Aussagen von wenigstens zwei Tatzeugen oder ein Geständnis zugelassen waren.<sup>115</sup> Dieses Verfahren zeichnete sich einerseits durch einen verbesserten Schutz des Angeklagten aus, da die beweisrechtlichen Schranken für eine Verurteilung sehr hoch gelegt waren. Andererseits lag in ebendiesem Schutz die Ursache für die Anwendung der Folter, da bei Fehlen zweier guter Zeugen ein Geständnis, wenn notwendig durch die Tortur erpresst, beigebracht werden sollte. Diese Vorgehensweise findet ihre Bestätigung auch in der *Carolina*, die den Straßburger Gutachtern in punkto Beweisführung als Grundlage für ihre Konsilien diente. Für den Beweis eines Vergehens müssen mindestens zwei Tatzeugen beigebracht werden (Art. 67). Sollte dies nicht möglich sein, muss unbedingt ein Geständnis des Missetäters erwirkt werden, zur Not erzwungen durch die „peinliche Frage“. Wer nicht durch zwei Tatzeugen überführt wird, darf nicht direkt zu *peinlicher straf* verurteilt, sondern nur *peinlich befragt* werden (Art. 22). Um den Verdächtigen foltern zu dürfen, muss eine ganze Reihe von Indizien (*redliche anzeygung*) vorliegen (Art. 20), die heutzutage wohl schon zu einer Verurteilung ausreichen würde. Selbst bei erfolgtem Beweis der Schuld durch Tatzeugen wurde in der *Carolina* immer noch nahegelegt, ein Geständnis zu erwirken, auch wenn es in diesem Fall nicht mehr absolut notwendig war. Matthias Schmoekel sieht hierin ein „atavistisches Verständnis“ der Einwilligung des Angeklagten in seine eigene Verurteilung mitschwingen.<sup>116</sup> Wahrscheinlicher ist es jedoch, dass es sich dabei mehr um die Erbringung eines letzten Beweises handelte, durch den die Schuld „so klar wie das Tageslicht“<sup>117</sup> sein sollte. Auch der vermeintliche Schutz des Angeklagten steht wieder im Vordergrund, da er eben lediglich *auff eynicherley anzeygung, argkwons warzeichen, oder verdacht* (Art. 22) hin verurteilt werden soll. Die Sorge, eine große Sicherheit zu besitzen, dass der Verurteilte auch wirklich schuldig ist, fällt jedoch bei den Straßburger Juristen fast vollständig weg. Ihrer Ansicht nach ist die Schuld Barthel Kühnlins offensichtlich und eigentlich schon erbracht, von einer hypothetischen Unschuld ist keine Rede mehr. Jedes Leugnen wird als Bosheit und Spott eines gottlosen Menschen gegenüber Gott

und der Obrigkeit ausgelegt. Versuche, sich durch das Vorliegen von Trunkenheit zu entlasten, werden als „Tergiversieren“, d.h. Suchen von Ausflüchten, bezeichnet; Kühnlin solle „Gott und der obrigkeit endlich die ehre geben, und dieße von ihm begangenen missethaten“ bekennen.<sup>118</sup> Das Geständnis scheint bei den Straßburger Juristen eine ausschließlich formal-prozessuale Funktion zu haben, die jedoch zwingend und rechtlich erforderlich ist: „Barthel Kühnlin, über welchen und denen wider ihn beybrachten indicien auch deren erweiß [...], denen rechten nach, erkannt, dass in ansehen solcher wider ihn Barthel Kühnlin beybrachter indicien wichtigkeit und gewißheit, dass er mit seiner jüngern tochter Maria [...], unzucht und bluthschand so viel an ihm, würcklichen verübet und vollbracht, und aber zu einem rechtmäßigen endurtheil zu gelangen, einig annoch an seiner mehr categorischen bekantnuß ermangle“.<sup>119</sup> Diesen Umstand könnte man als das Ergebnis eines Bedeutungsverlustes des Geständnisses als Beweismittel ansehen, das jedoch noch aus formalrechtlichen Gründen erforderlich ist. Das Verhältnis von Indizien und Folter hat sich mit der Zeit umgekehrt: Die Indizien dienen nun nicht mehr dazu, die Folter und somit die Erpressung eines Geständnisses zu ermöglichen, sondern das Geständnis dient dazu, den Indizien, die nach Meinung der Juristen für einen Schulderweis schon ausreichen, volle Beweiskraft zu verleihen.

## Die Urteile

Die Urteile gegen Barthel und Franz Kühnlin sind in den Ratsbüchern der Stadt Freiburg erhalten, von letzterem ist zudem die Urfehde überliefert.<sup>120</sup> Die Ratsbücher enthalten jedoch keinen Hinweis darauf, ob die Schwestern Kühnlin tatsächlich, wie von den Straßburger Rechtsgelehrten vorgeschlagen, aus der Stadt gewiesen wurden. Zu ihnen gibt es in den Ratsbüchern keinen Hinweis.

Bei der Urteilsfindung hielt der Freiburger Rat im Fall Barthel Kühnlin an seiner eigenen Interpretation, dem nur versuchten Missbrauch, fest: „Auff die wider Bartle Kuenlin von Zarten vorgenommene inquisition undt seine erfolgte bekhandnus, wie er beede töchter nit zuesammen, sondern die jüngere zue sich undt die eltere zue seinem sohn undt er der vatter aber sich auff sein töchterlin geleet, sein mannlich glied in das seinige gethan, aber nit wissen undt eigentlich sagen kinde, ob er mit ihme das werckh vollbracht, ist über solche seine ärgerliche mißhandlung zue recht erkhanth, dass er zue seiner wohl verdienten straff undt anderen zue einer denckhwirdig exempel auff die galleren auff 8 jahr verdamnet undt ohnbey des landes auff ewig verwisen sein solle, mit dem ahnhang, da er sich dem orth widerumben einfinden würde, er als dann ohne fernere urthl und recht mit dem Schwert vom Leben zum tod gebracht, und gestrafft [...] wird, und dies von rechtes wegen“.<sup>121</sup>

Während also das Urteil gegen Barthel Kühnlin milder ausfällt und nicht die von den Straßburger Gutachtern geforderte Todesstrafe verhängt wird, wird bei Franz Kühnlin hingegen eine Strafverschärfung vorgenommen. Für ihn hatten die Gutachter eine Schand- und Leibesstrafe und die Landesverweisung vorgesehen: „Schließen aber und erkennen, secundum acta et probata nobis cum communicata; vor recht, dass er Frantz Kühnlin, wegen so thaner von ihm begangenen und, wie rechtens, auff ihn erwiesenen mißhandlung [...] so wohl, zu verdierter straff, alß in

hoffnung er sein leben bessern werde, weniger nicht auch anderen zur warnung, umb sich vor solchen sünden zu hüten, dergestalt zu bestraffen seye, nemblich und 1. Dass er öffentlich an das halßeisen, auff eine stundt gestellet, hernach er 2. von der, biß an den, bey so thanen executionen üblichen orth, zur staupe, ziemlich gehauwen, so dann 3. der statt Freyburg undt dero botmäßigkeit, so weit dieselbe sich erstreckt, zu verweißen seye“.<sup>122</sup> Der Freiburger Rat bestimmt hingegen, mit demselben Hinweis auf den individuellen Besserungsgedanken und den Strafzweck der gesellschaftlichen Generalprävention, dass „er zue seiner wohlverdienten straff in hoffnung er sein leben besseren werde, wie nit weniger anderen zuer warnung umb sich vor solchen abscheulichen sinden undt lasteren zue hieten auff die galleren auff 4 jahr verdamnet und darbey des landes auff ewig verwiesen sein solle“.<sup>123</sup> Die Galeerenstrafe wurde in verschiedenen Städten Deutschlands und der Schweiz verhängt. Sie war, abgesehen von der Todesstrafe, das schwerste Los, das einen Verbrecher ereilen konnte und bedeutete meist einen qualvollen Tod.<sup>124</sup> Durch eine derart harte Bestrafung, besonders im Fall von Franz Kühnlin, wird der Abschreckungscharakter der Strafen aufrechterhalten. In Freiburger Rechtsgutachten wurde diese Art der Bestrafung gelegentlich vorgeschlagen und vom Rat ausgesprochen. „Der Dienst als Ruderknecht in operis nauticis drohte hauptsächlich Gotteslästerern, Sittlichkeitsverbrechern, Landstrolchen, Zigeunern und Dieben“; zur Abbüßung ihrer Strafe wurden sie nach der Republik Venedig verbracht.<sup>125</sup> Infolge der französischen Besatzung verhält es sich im Falle Kühnlin jedoch anders. Am 29. Juli 1683 beschloss der Rat der Stadt Freiburg, Barthel und Franz Kühnlin zusammen mit Ausfertigungen der gegen sie erlassenen Urteile nach Straßburg, wie vom dortigen französischen Intendanten gefordert,<sup>126</sup> bringen zu lassen. Urteile und Urfehden wurden dem Turmamt zugestellt, um sie den beiden Gefangenen vorlesen zu lassen. Danach sollten diese, wie vom Rat am 31. Juli bestimmt, durch den Stadtknecht dem Stadtmajor übergeben werden.<sup>127</sup> Aller Wahrscheinlichkeit nach wurden sie von Straßburg aus zur Verbüßung ihrer Strafen auf französische Galeeren gebracht.

## Resümee

Die Fälle Kühnlin, so wie sie vom Freiburger Rat untersucht und in den Straßburger Rechtsgutachten dargelegt werden, ergeben folgende Befunde:

1. Der hochbeschuldigte Delinquent Barthel Kühnlin verhält sich keineswegs unterwürfig, sondern versucht, durch Drohungen Gericht und städtische Diener einzuschüchtern, was ihm teilweise sogar gelingt.
2. Die Straßburger Rechtsgelehrten orientieren sich hinsichtlich Vorsatz (*dolus*), Versuch (*conatus*) und der Frage, ob eine ordentliche Strafe (*poena ordinaria*) oder eine außerordentliche (*poena extraordinaria*) anzuwenden sei, eng am römischen Recht. Für Fragen der Tortur ist die *Carolina* von 1532 maßgeblich.
3. Die Ausführungen der Straßburger Gutachter zu Strafwürdigkeit und Verwerflichkeit der Unzuchtsdelikte sind stark theonom geprägt; es werden Rechtssätze direkt aus der Heiligen Schrift abgeleitet, die als göttliches Recht den Vorrang vor allen anderen Rechtsquellen genießen.
4. Verhöre und Beweisaufnahmen werden im ersten Straßburger Gutachten für den

Rat sorgfältig durch Interrogatorien mit einer Vielzahl detaillierter Fragen und untersuchungstaktischer Anweisungen vorbereitet und durchgeführt.

5. Der Freiburger Rat ist im Gegensatz zu den Straßburger Universitätsjuristen gegenüber der Anwendung der Tortur im Falle Barthel Kühnlin zurückhaltender, da er lediglich von Versuch und nicht von Vollendung der Tat ausgeht.
6. Die Ratsherren sind, obwohl juristische Laien, aufgrund ihrer ständigen jurisdiktionellen Tätigkeit in Strafsachen und der gelegentlichen Einholung universitärer Konsilien zur Urteilsfindung dennoch in Rechtsfragen versierte Empiriker; sie scheuen sich nicht, den Rechtsexperten hinsichtlich der Frage von Versuch oder vollendeter Tat ihre eigene Meinung darzulegen. Auch was die Strafzumessung anlangt, weichen die Freiburger Ratsurteile in beiden Fällen, einmal mildernd und im anderen Fall strafverschärfend, von den Vorschlägen der Straßburger Rechtsgelehrten ab.

### Anmerkungen

- <sup>1</sup> Wie dies geschah, ist aus den Quellen nicht ersichtlich. Die Straßburger Gutachter monieren, dass sie diese Information aus Freiburg nicht erhalten haben: „Der auf vorigen einfolgende fall, so Unnß zu consultiren proponiret worden, concerniret die von Barthel Kühnlin, mit seiner jüngeren tochter Maria getriebene und verübte unzucht und bluthschandt, wobey Wir eingangs alsobalden wohlmeynend erinnern, daß wir hetten wünschen mögen, dem unß hievon überschickten bericht, mit eingedrucket worden were, 1. Wie diese mißhandlung, Ihro Herrl: und gunst: alß ordentliche obrigkeit, wissend worden, auch 2. die ursachen und ahnzeigung so dieselbe beyde vatter und tochter in verhafft zu nehmen, dieselbe hierüber examiniren, auch ferner zu inquiriren bewogen. 3. Ob irgendet jemandt sie vatter und tochter in so thanem unzüchtigem wesen betretten, gesehen, und solches Ihro Herrl: und gunst: ad inquirendum, gebührend hinterbracht und angezeiget. 4. oder ob fama publica beyde vatter und tochter dieses lasters wegen beschryen, und solches auch ihro Herrl: und gunstl: zu gehör kommen, und dieselbe ex officio darauff zu inquiriren bewogen“. Stadtarchiv Freiburg (StadtAF), C1 Criminalia 28, 8. April 1683, fol. 4v-5.
- <sup>2</sup> WENDT NASSALL/HEIDI VERENA WINTERER-GRAFEN: Das Rechts- und Gerichtswesen. In: Geschichte der Stadt Freiburg im Breisgau. Hg. von HEIKO HAUMANN und HANS SCHADEK. Bd. 2. Stuttgart 1994, S. 371–397, hier S. 392.
- <sup>3</sup> Nüwe Stattrechte und Statuten der loblichen Statt Fryburg im Pryszygow gelegen. Hg. von GERHARD KÖBLER. Giessen, 1986.
- <sup>4</sup> NASSALL/WINTERER-GRAFEN (wie Anm. 2), S. 379 f.
- <sup>5</sup> Ebd., S. 393 f.
- <sup>6</sup> StadtAF, B5 XIIIa, Nr. 102.
- <sup>7</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 8. April und 17. Juni 1683.
- <sup>8</sup> FRANZ WIEACKER: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen 1967, S. 181.
- <sup>9</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 31.
- <sup>10</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 8. April 1683, fol. 9v.
- <sup>11</sup> Ebd., fol. 30.
- <sup>12</sup> StadtAF, B5 XIII a, Nr. 102, 22. Februar 1683.
- <sup>13</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 8. April 1683, fol. 7v-8.
- <sup>14</sup> „1. Daß die tochter zeit hero bey ihme im bett gelegen. 2. daß er auch mit ihr sein unzüchtig weßen im bett gehabt: sich mit seinem leib auff ihren leib, alß brünstig geleet. Unnd so viel an ihm, seine unzucht mit ihr zu vollbringen, sich angemuhetet; und daß darbey er seinen saamen auff der tochter leib fließen lassen“. Ebd., fol. 8-8v.
- <sup>15</sup> Ebd.
- <sup>16</sup> Ebd., fol. 25.
- <sup>17</sup> Ebd.
- <sup>18</sup> Ebd., fol. 3.



- <sup>19</sup> Bei ihren Ermittlungen profitieren die Freiburger davon, dass die jugendlichen Übeltäter nicht nur jeweils das eigene Vergehen zugeben, sondern immer noch mindestens eine andere Person benennen, die dasselbe getan habe. Das Schema ist das folgende: „Obwohlen dieser [Hans Birckenmeyer] anfangs bey vorgenommenener verhör, gar nichts hiervon wissen wollen und sich so simple gestellet, gleich er nicht wuste noch verstünde, was es were, wofon man ihn fragte, hatt er doch, von den übrigen überzeugt, endlichen eingestanden und bekennt, nicht allein daß er gesehen, wie der Frantz Kühnlin dehn Marx Bürckenmeyer auff seinen leib gezogen, unnd beyde einander ihre *membra virilia*, zwischen die beine gethan, und einander den saamen zwischen die bein lauffen lassen, sondern auch von ihm selber auß gesagt und bekannt, daß gleichermaßen er und Martin Birckenmeyr auffeinander gelegen, und hette einer dem andern sein ding, zwischen die bein gethan, den saamen lauffen lassen, daß der ander von ihme naß geworden. 2. Marx Birkkemeyer hierüber befraget, hat nicht allein, was Hannß Birkkemeyer außgesaget gestanden, sondern auch ferner bekennet, daß er und Christel Dietlicher gleicher gestalt auffeinander gelegen, ihre *membra virilia* einander zwischen die bein gethan, den saamen fliesen lassen und sich mit dem hembt gewischet...“. Ebd., fol. 26 f.
- <sup>20</sup> „Qui proprys manibus ex membro virilij semem pelliciunt et essudunt“, die der Apostel (Paulus) im 1. Brief an die Korinther „Weichlinge“ (molles) nenne. Ebd., fol. 28v.
- <sup>21</sup> „Cum alio vero prohibita carnis voluptates exercentur multis modis, e. g. a masculis cum bestys, vel a masculis cum masculis, sive ut loquitur ordin. Crim. art. 117 mann mit mann, quos Apostolus in 1. ad Timoth 1. v. 10 vocat masculorum concubitores, knobenschänder“. Ebd.
- <sup>22</sup> Ebd., fol. 28 f.; mollities = Weichlichkeit, aber auch unnatürliche Wollust/Päderastie.
- <sup>23</sup> GEORG SCHINDLER: Verbrechen und Strafen im Recht der Stadt Freiburg im Breisgau von der Einführung des neuen Stadtrechts bis zum Übergang an Baden (1520–1806). Freiburg 1937, S. 271.
- <sup>24</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 8. April 1683, fol. 1.
- <sup>25</sup> Ebd., 1v.
- <sup>26</sup> Ebd., fol. 27v.
- <sup>27</sup> StadtAF, B5 XIII, Nr. 102, 12. März 1683. „Eß wurde über des Bartle und Frantz Kuenlins wie auch uibriger examinirten und Theils in verhaftung genommenen zarterer Jugendt in p[unc]to Sodomia et incestus referirt undt [...] auffgetragen die jenigen, so nit über 14 Jahr in der Kirchen und der [...] abzuestraffen, wegen der übrigen aber die sach der Straßburglichen juridischen facultet umb dero rechtliches guetachten zue überschickhen“.
- <sup>28</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 8. April 1683, fol. 13–14.
- <sup>29</sup> Ebd., fol. 15.
- <sup>30</sup> Zu Cujas siehe HANS ERICH TROJE: Humanistische Jurisprudenz. Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluß des Humanismus. Goldbach 1993.
- <sup>31</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 4 f.
- <sup>32</sup> StadtAF, B5 XIIIa, Nr. 102, 5. Mai.
- <sup>33</sup> Siehe hierzu die Abschnitte 4, 5 und 6.
- <sup>34</sup> Darauf weisen die Ratsbucheinträge vom 19. und 21. Juli hin, die besagen, dass ein „responsum“ bezüglich der beiden Kühnlin aus Straßburg eingetroffen und verlesen worden sei. StadtAF, B 5 XIIIa, Nr. 102, 19. und 21. Juli 1683. Ein drittes Gutachten zum Fall Kühnlin ist jedoch in C1 Criminalia 28 nicht enthalten, auch gibt Clausdieter Schott in seiner Auflistung der aus Straßburg eingeholten Gutachten kein drittes Rechtskonsilium zum Fall Barthel und Franz Kühnlin an. CLAUDIETER SCHOTT: Rat und Spruch der Juristenfakultät Freiburg i. B., Freiburg i. Br. 1965, S. 77.
- <sup>35</sup> Zu Gutachten, Gutachtertätigkeit und Aktenversendung in Spätmittelalter und Früher Neuzeit siehe: WIEACKER (wie Anm. 9), S. 181 f.; SCHOTT (wie Anm. 34); HERMANN LANGE: Das Rechtsgutachten im Wandel der Geschichte. In: Juristenzeitung 24, 1969, S. 157–163; GUIDO KISCH: Das Rechtsgutachten als Quelle der Rezeptionsgeschichte. In: Ders.: Studien zur humanistischen Jurisprudenz. Berlin 1972, S. 163–177; PETER-MICHAEL HAHN: Die Gerichtspraxis der altständischen Gesellschaft im Zeitalter des „Absolutismus“. Die Gutachtertätigkeit der Helmstedter Juristenfakultät für die brandenburgisch-preußischen Territorien 1675–1710. Berlin 1989; STEFAN SUTER: Die Gutachten der Basler Juristenfakultät in Strafsachen. Basel 1990; Consilia im späten Mittelalter. Zum historischen Aussagewert einer Quellengattung. Hg. von INGRID BAUMGÄRTNER. Sigmaringen 1995; HANS-RUDOLF HAGEMANN: Die Rechtsgutachten des Bonifacius Amerbach. Basel 1997; Legal Consulting in the Civil Law Tradition. Hg. von MARIO ASCHERI, INGRID BAUMGÄRTNER und JULIUS KIRSHNER.

- Berkeley 1999; THOMAS KAUFMANN: Die Gutachtertätigkeit der Theologischen Fakultät Rostock nach der Reformation. In: Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit, Teil II. Hg. von HARTMUT BOOCKMANN u.a. Göttingen 2001, S. 297–334. Zu Ursprung und Bedeutung in Italien siehe vor allem WOLDEMAR ENGELMANN: Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre. Eine Darlegung der Entfaltung des gemeinen italienischen Rechts und seiner Justizkultur im Mittelalter unter dem Einfluß der herrschenden Lehre und der Verantwortung der Richter im Sindikatsprozeß. Leipzig 1938, besonders S. 243 ff. Neuerdings GUISEPPE CARLO ROSSI: *Consilium sapientis iudiciale. Studi e ricerche per la storia del processo romano-canonico*, Bd. 1. Milano 1958.
- <sup>36</sup> ENGELMANN (wie Anm. 35), S. 253 f.
- <sup>37</sup> HAHN (wie Anm. 35), S. 22.
- <sup>38</sup> Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Reichs von 1532 (Carolina). Hg. von FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER. Stuttgart 2000, S. 127.
- <sup>39</sup> SCHINDLER (wie Anm. 23), S. 116 f.
- <sup>40</sup> Zum Folgenden siehe SCHOTT (wie Anm. 34), S. 74–77.
- <sup>41</sup> SCHOTT (wie Anm. 34), S. 52.
- <sup>42</sup> Die Stadt Freiburg holte im Zeitraum von 1660–1684 insgesamt acht Konsilien zu Strafsachen aus Straßburg ein, darunter zweimal zum Fall Kühnlin. SCHOTT (wie Anm. 34), S. 77.
- <sup>43</sup> ENGELMANN (wie Anm. 35), S. 309.
- <sup>44</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 13–19.
- <sup>45</sup> HERMANN RÜPING: Grundriß der Strafrechtsgeschichte. München 1991, S. 44.
- <sup>46</sup> Ebd.; vgl. auch HERMANN CONRAD: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2. Karlsruhe 1966, S. 421 f.
- <sup>47</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 18 f.
- <sup>48</sup> Ebd. S. 17 f. Johan. 3, 20: „Wer Böses tut, der haßt das Licht und kommt nicht zu dem Licht, damit seine Werke nicht aufgedeckt werden“. Bei Cicero heißt es: „Magna vis est conscientiae, iudices, et magna in utramque partem, ut neque timeant, qui nihil commiserint, et poenam semper ante oculos versari putenti qui peccarint“ (M. Tulli Ciceronis pro Annio Milone oratio. Hg. von MARION GIEBEL. Stuttgart 1972, S. 92).
- <sup>49</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 53; vgl. SCHINDLER (wie Anm. 23), S. 270.
- <sup>50</sup> Vgl. SCHINDLER (wie Anm. 23), S. 270.
- <sup>51</sup> StadtAF, A1 XI f, 1683 Juli 31.
- <sup>52</sup> StadtAF, C1 Criminalia, 17. Juni 1683, S. 9 f. Ein weiterer strafmildernder Grund stellt für die Straßburger Juristen der Umstand dar, dass die Jugendlichen keine Fremden, sondern Kinder von Einwohnern der Umgebung sind.
- <sup>53</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 8. April, fol. 6v. „[...] was gegen jede natürliche Scham und Ehrenhaftigkeit“ sei.
- <sup>54</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 39.
- <sup>55</sup> FRIEDRICH SCHAFFSTEIN: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts. In: Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen aus dem Jahre 1985. Göttingen 1985, S. 121–176, hier S. 157 f.
- <sup>56</sup> Zu Carpzov siehe G. SCHUBART-FIKENTSCHER: Carpzov, Benedict. In: HRG (Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte), Bd. 1 (1971), Sp. 595–597.
- <sup>57</sup> BENEDICT CARPZOV: *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, Pars I qu. 17 Nr. 13. Leipzig 1723.
- <sup>58</sup> SCHAFFSTEIN (wie Anm. 50), S. 159; WOLFGANG SELLERT: Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Bd. 1: Von den Anfängen bis zur Aufklärung. Aalen 1989, S. 246.
- <sup>59</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 38 f. Zu generellen Bedenken gegenüber der Tortur siehe die Erwägungen des Bonifacius Amerbach in seinen Gutachten. HAGEMANN (wie Anm. 34), S. 137 f.
- <sup>60</sup> Ebd.
- <sup>61</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 42 f.
- <sup>62</sup> Zu Berlich siehe G. SCHUBART-FIKENTSCHER: Berlichius, Matthias. In: HRG, Bd. 1 (1971), Sp. 381.
- <sup>63</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 43 f.
- <sup>64</sup> Ebd., S. 48 f.
- <sup>65</sup> Ebd., S. 47 ff.; vgl. SCHINDLER (wie Anm. 23), S. 270.

- <sup>66</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 36 ff. Die Straßburger referieren dies aus den Verhörprotokollen.
- <sup>67</sup> Ebd., S. 39. „Item hörte und sehe man des inquisiti consciens auß dem, daß er alle die, so zu dergleichen procedur und supplicium ingerathen, da solches vollzogen werden sollte, er auff den 9. tag hernach vor das jüngste gericht wollte geladen haben, daß also auch daher christlicher obrigkeit fast bedencklich, diesen mann per torturam zur bekantnuß zu zwingen“.
- <sup>68</sup> Ebd., S. 46 f.
- <sup>69</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 8. April 1683, fol. 31v-32. Die Straßburger sind neben den kühnlinschen Drohungen gegen den Rat und dessen Rechtsberater auch an diesem Detail sehr interessiert, denn sie vermuten eine unnatürliche Ursache dieser Phänomene: „Schließlich haben Wir auch gedenccken wollen, daß in durch lesung, des Uns coicirten protocolls, wir angemercket, nicht allein, was Barthel und Frantz Kühnlin, vatter und sohn, beyde inquisiten, sich weit aussehenter betrohungen, so wohlhen gegen Ihro Hochlöbl[ichen] Magistrat insgemein, deren einen oder den anderen, auff die wohl zu passen; alß auch und in specie wider Hh. Syndicum, demselben, daß was bey gehabter inquisition vorgangen, zu gedenccken. Item was er von 3 bluts tropffen in seinem naaß tuch, so ihme zeigten, wann ein unglückh vorgehen würde: so dann was er von einer auff seiner bühne habenten, und wann jemand stürbe pfeiffenden schlangen, gesagt haben sollte, welches obgleich bey der darüber gehabten verhör beyde vatter und sohn, dergleichen geredet zu haben, nicht gestehen wollen, wir doch der wichtigkeit hielten, daß die deferenten nochmahlen darüber befraget und die umbstände, wie, wo, und bey was gelegenheit solches geredet worden erkundiget und nach befindung deren selben, mehr genauer inquirirt wurden; dann wie sothane betrohungen res mali exempli, also auch die übrige vorgebene ding, wann solche zu erweisen, clärlich zu erkennen geben würde, daß deren ursach nicht natürlich, sondern auß einem verbotenen principio herkommen müste, denen weniger nicht beyzeiten gebührend zu begegnen were“. Im zweiten Gutachten wird sowohl auf die pfeifende Schlange als auch auf das Schnupftuch kein Bezug mehr genommen.
- <sup>70</sup> „Simon Straub der Statt knecht referirt, wie er den bartle Kuenlin gefunden, daß ihm die Ketten abeinander und gesteren abends sein weib gesagt, er sage vleissig gebett und habe auch der Capuciner fir ihne zue betten ihme versprochen und daß innerhalb 24 Stund man ein miracel vernemmen werde wie ihme unrecht geschehen thue, und hette auch gegen ihme dem Statt knecht, als er uber die zerbrochene Ketten gefragt, was er da mache, vermeldet, daß es eben dieses seye, was er sein weib gesagt hette“. StadtAF, B 5 XIII Nr. 102, 19. März.
- <sup>71</sup> Ebd., 31. Mai.
- <sup>72</sup> StadtAF, B5 XIIIa, Nr. 102, 30. Juni 1683.
- <sup>73</sup> Hierzu siehe weiter unten Abschnitt 7.
- <sup>74</sup> Für die theonome Strafauffassung vgl. EBERHARD SCHMIDT: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Göttingen <sup>3</sup>1965, S. 161–164; SELLERT (wie Anm. 52), S. 253 f.
- <sup>75</sup> BERND-ULRICH HERGEMÖLLER: Sodomiterverfolgung im christlichen Mittelalter. Diskussionsstand und Forschungsperspektiven. In: Zeitschrift für Sexualforschung 4, 1989, S. 317–336, hier S. 320; STEFANIE KRINGS: Sodomie am Bodensee. Vom gesellschaftlichen Umgang mit sexueller Abartigkeit in spätem Mittelalter und früher Neuzeit auf St. Galler Quellengrundlage. In: Schriften des Vereins für Geschichte des Bodensees und seiner Umgebung 113, 1995, S. 1–45, hier S. 6.
- <sup>76</sup> StadtAF, C1 Criminalia, 17. Juni 1683, S. 46. Nach Auflistung mehrerer Sexualverbote, darunter „Du sollst mit deiner Schwester, die deines Vaters oder deiner Mutter Tochter ist, sie sei in oder außer der Ehe geboren, nicht Umgang haben [...] Du sollst mit der Tochter deines Sohnes oder deiner Tochter nicht Umgang haben, damit schändest du dich selbst“, heißt es in Lev. 18, 24–25.: „Ihr sollt euch mit nichts dergleichen unrein machen; denn mit alledem habe sich die Völker unrein gemacht, die ich vor euch her vertreiben will. Das Land wurde dadurch unrein, und ich suchte seine Schuld an ihm heim, daß das Land seine Bewohner ausspie“. Levit. 20, 22: „So haltet nun alle meine Satzungen und meine Rechte und tut danach, auf daß euch nicht das Land ausspie, in das ich euch führen will, damit ihr darin wohnet“.
- <sup>77</sup> EBERHARD ISENMANN: Gesetzgebung spätmittelalterlicher deutscher Städte. In: ZHF (Zeitschrift für historische Forschung) 28, 2001, S. 1–94, hier S. 8 f.
- <sup>78</sup> CARPZOV: *Practica nova imperialis Saxoniae rerum criminalium* (1635), Pars III, quaestio 101, n. 15.
- <sup>79</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 8. April 1683, fol. 1.

- <sup>80</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 49. 2. Chron. 19, 6.: „[...] und gab ihnen die Weisung: Seht zu, was ihr tut; denn nicht im Auftrag von Menschen haltet ihr Gericht, sondern im Auftrag des Herrn. Er steht euch in der Rechtsprechung zur Seite“.
- <sup>81</sup> Digesten (D.) 48, 19.; StadtAF, C1 Criminalia 28, 8. April 1683, fol. 29.
- <sup>82</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 11.
- <sup>83</sup> Vgl. SCHINDLER (wie Anm. 23), S. 285 ff.
- <sup>84</sup> Dabei spielt es keine Rolle, dass der Sinn von Platons Text abgewandelt oder zumindest sehr frei interpretiert wird.
- <sup>85</sup> Im achten Buch seiner „Gesetze“ spricht Platon davon, dass die Männer den Beischlaf der Natur gemäß zum Kinderzeugen üben sollten, „um nicht absichtlich der menschlichen Gattung den Todesstreich zu versetzen oder auf Felsen und Steinen, wo niemals der Same Wurzeln treiben oder zur natürlichen Beschaffenheit gedeihen wird, die Aussaat zu machen, [und sich] des männlichen Geschlechts enthalten, sowie jedes weiblichen Saatfeldes, wo man nicht wünscht, daß der Samen aufgehe“. PLATON: Sämtliche Werke, Bd. 6. Hg. von WALTER F. OTTO/ERNESTO GRASSI/GERT PLANBÖCK. Hamburg 1959, 838b–839b.
- <sup>86</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 8. April 1683, fol. 29v-30.2
- <sup>87</sup> SCHINDLER (wie Anm. 23), S. 14.
- <sup>88</sup> „Item so einer vnkeusch mit seiner stiefftochter, mit seines suns eheweib, oder mit seiner stieffmutter treibt, inn solchen vnd noch nehern sipschafften soll die straff wie dauon inn vnsern vnfarn vnnd vnsern Keyserlichen geschriben rechten gesetzt, gebraucht, vnnd derhalb bei den rechtu-erstendigen radts gepflegt werden“, Carolina (wie Anm. 38), Art. 117.
- <sup>89</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 8. April 1683, fol. 5 f.
- <sup>90</sup> Ebd.
- <sup>91</sup> Ebd.
- <sup>92</sup> Zur insgesamt geringen Bedeutung des Freiburger Stadtrechts gegenüber der Carolina auch in Freiburg siehe SCHINDLER (wie Anm. 23), S. 10; danach NASSALL/WINTERER-GRAFEN (wie Anm. 2), S. 390.
- <sup>93</sup> Institutionen (Inst.) 1, 2: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit. nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur.* Vgl. D. 1, 1, 3.
- <sup>94</sup> Inst. 1, 2, 1: *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.* Vgl. D. 1, 1, 3.
- <sup>95</sup> Inst. 1, 2, 1: *quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocatur ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis.* Vgl. D. 1, 1, 4.
- <sup>96</sup> FRANCESCO CALASSO: *Medio Evo del diritto, I - Le fonti.* Milano 1955, S. 470–473.
- <sup>97</sup> WOLFGANG REINHARD: *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart.* München 1999, S. 36.
- <sup>98</sup> Zur Rangfolge der Rechte vgl. auch KISCH (wie Anm. 35), S. 172.
- <sup>99</sup> Inst. 1, 10, 2.
- <sup>100</sup> D. 23, 2, 8; D. 23, 2, 39, 1; D. 23, 2, 54.
- <sup>101</sup> D. 45, 1, 35.
- <sup>102</sup> Codex (C.) 35 q. 1 c. 1.
- <sup>103</sup> D. 23, 2, 8.
- <sup>104</sup> D. 45, 1, 35, 1.
- <sup>105</sup> Levit. 18, 9: „Du sollst mit deiner Schwester, die deines Vaters oder deiner Mutter Tochter ist, sie sei in oder außer der Ehe geboren, nicht Umgang haben“. 20, 17: „Wenn jemand seine Halbschwester nimmt, seines Vaters Tochter oder seiner Mutter Tochter, und sie miteinander Umgang haben, so ist das Blutschande; sie sollen ausgerottet werden vor den Leuten ihres Volks. Er hat mit seiner Schwester Umgang gehabt; sie sollen ihre Schuld tragen“.
- <sup>106</sup> Deut. 27, 22: „Verflucht sei, wer bei seiner Schwester liegt, die seines Vaters oder seiner Mutter Tochter ist! Und alles Volk soll sagen: Amen“.
- <sup>107</sup> Hes. 22, 10: „Sie decken die Blöße der Väter auf und nötigen Frauen während ihrer Unreinheit“; StadtAF, C1 Criminalia, 17. Juni 1683, S. 19 f.
- <sup>108</sup> Sie berufen sich dabei auf Nov. 12, 1 und einen Kommentar von Joachim und Matthäus Stephani zu D. 48, 5, 38, 2-3 (*De adulteriis coercendis*).



- <sup>109</sup> Levit. 18, 7: „Du sollst mit deinem Vater und deiner leiblichen Mutter nicht Umgang haben. es ist deine Mutter, darum sollst du nicht mit ihr Umgang haben“. 20, 11: „Wenn jemand mit der Frau seines Vaters Umgang pflegt und damit seinen Vater schändet, so sollen beide des Todes sterben; ihre Blutschuld komme über sie“.
- <sup>110</sup> Deut. 22, 30: „Niemand soll seines Vaters Frau nehmen und aufdecken seines Vaters Decke“.
- <sup>111</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 8. April 1683, fol. 10.
- <sup>112</sup> Ebd.
- <sup>113</sup> Ebd., fol. 12.
- <sup>114</sup> WINFRIED TRUSEN: Das Verbot der Gottesurteile und der Inquisitionsprozess. Zum Wandel des Strafverfahrens unter dem Einfluss des gelehrten Rechts im Spätmittelalter. In: Sozialer Wandel im Mittelalter. Hg. von J. MIETHKE, K. SCHREINER. Sigmaringen 1994, S. 235–247, hier S. 237. Zum Inquisitionsprozess siehe ferner vor allem WINFRIED TRUSEN: Der Inquisitionsprozess. Seine historischen Grundlagen und frühen Formen. In: ZRG KA (Zeitschrift für Rechtsgeschichte Kanonistische Abteilung) 74, 1988, S. 168–230.
- <sup>115</sup> Der Inquisitionsprozess stellte jedoch keine völlige Neuschöpfung dar, sondern eher eine Korrektur des schon bestehenden Infamationsverfahrens. TRUSEN, Der Inquisitionsprozess (wie Anm. 114), S. 210 ff.; Ders., Das Verbot (wie Anm. 114), S. 240.
- <sup>116</sup> MATTHIAS SCHMOEKEL: Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter. Köln 2000, S. 237.
- <sup>117</sup> TRUSEN, Das Verbot (wie Anm. 114), S. 242.
- <sup>118</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 50.
- <sup>119</sup> Ebd., S. 27 f.
- <sup>120</sup> StadtAF, A1 XI f, 31. Juli 1683; zur Urfehde vgl. SCHINDLER (wie Anm. 23), S. 280.
- <sup>121</sup> StadtAF, B5 XIII a, Nr. 102, 21. Juli 1683.
- <sup>122</sup> StadtAF, C1 Criminalia 28, 17. Juni 1683, S. 25 f.
- <sup>123</sup> StadtAF, B5 XIIIa, Nr. 102, 21. Juli 1683.
- <sup>124</sup> SCHINDLER (wie Anm. 23), S. 117.
- <sup>125</sup> Ebd.
- <sup>126</sup> StadtAF, B5 XIIIa, Nr. 102, 29. Juli 1683.
- <sup>127</sup> Ebd., 31. Juli 1683.

Dieser Beitrag entstand im Sommer-Semester 2001 an der Universität Freiburg als Hausarbeit zum Hauptseminar „Devianz und Strafe in der Frühen Neuzeit“ bei Prof. Dr. Wolfgang Reinhard. Er wurde zur Veröffentlichung in dieser Zeitschrift erweitert und redaktionell überarbeitet.