

ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS
DE ATTILA JÓZSEF NOMINATAE

ACTA JURIDICA ET POLITICA

Tomus XLII.
Fasciculus 2.

HEINZ HOLZHAUER

„Geburt der Strafe“

Szeged, 1992

Edit

Comissio Scientiae Studiorum Facultatis Scientiarum Politicarum et Juridicarum
Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae

JÓZSEF BALÁZS, ELEMÉR BALOGH, LAJOS BESENYEI, EMESE ÉGETŐ, IMRE
MOLNÁR, FERENC NAGY, KÁROLY NAGY, PÉTER PACZOLAY, BÉLA POKOL,
JÓZSEF RUSZOLY, ISTVÁN SZENTPÉTERI, ANDRÁS TAMÁS, JÓZSEF VERES

Redigit
KÁROLY TÓTH

Nota
Acta Jur. et Pol. Szeged

Kiadja

a Szegedi József Attila Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának
tudományos bizottsága

BALÁZS JÓZSEF, BALOGH ELEMÉR, BESENYEI LAJOS, ÉGETŐ EMESE,
MOLNÁR IMRE, NAGY FERENC, NAGY KÁROLY, PACZOLAY PÉTER, POKOL
BÉLA, RUSZOLY JÓZSEF, SZENTPÉTERI ISTVÁN, TAMÁS ANDRÁS, VERES
JÓZSEF

Szerkeszti
TÓTH KÁROLY

Kiadványunk rövidítése
Acta Jur. et Pol. Szeged

ISSN 0324-6523

Geburt der Strafe ist der Titel eines 1951 erschienenen Buches von *Viktor Achter*, der im Vergleich mit anderen strafrechtsgeschichtlichen Buchtiteln reißerisch klingt. Ort der Geburt war danach das westfränkische und ostspanische Gebiet, die Zeit das 11. bis 13. Jahrhundert. Es ist dies die Zeit der okzitanischen und etwas späteren provenzalischen Sprache und Kultur, die in den Albigenserkriegen ausgelöscht wurde. Mit seiner These steht *Achter* in Gegensatz zu wohl allen anderen Autoren, von denen zwar einige die Anwendung des Strafbegriffs auf vor- und frühmittelalterliche Erscheinungen problematisieren, die aber im Ergebnis alle ohne zeitliche Einschränkung von Strafe und Strafrecht sprechen. *Mommssens* "Römisches Strafrecht" vom Jahr 1899 dafür anzuführen, wäre vielleicht unschlüssig, weil eine Geburt der Strafe im mittelalterlich-europäischen Rechtskreis es nicht ausschliesse, daß der antike Rechtskreis die Strafe bereits gekannt hat, womit dem Languedoc des Mittelalters immer noch der Ruhm einer Wiedergeburt bliebe. Aber in sein im Jahre 1905 herausgegebenes Werk "Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker" hat *Mommssen* auch die Germanen aufgenommen und bereits im Jahre 1842 hatte *Ernst Wilda* sein Standardwerk über "Das Strafrecht der Germanen" erscheinen lassen. Seitdem enthalten alle Lehrbücher der deutschen Rechtsgeschichte schon zur germanischen Epoche ein Kapitel über das Strafrecht.

Allgemein wird nicht verkannt, daß sich im Hochmittelalter, und in Südwestfrankreich vielleicht zuerst, wichtige Änderungen vollzogen haben. Ja, man könnte zahlreiche Autoren dafür anführen, daß im Hochmittelalter zwar nicht die Strafe überhaupt, wohl aber die peinliche Strafe geboren wäre¹. Freilich würde keiner dieser Autoren leugnen, daß auch schon im Vor- und Frühmittelalter peinlich gestraft wurde²; die literarischen Quellen sowohl wie die merovingischen und karolingischen Rechtsquellen, die dies belegen, sind allzu deutlich. Aber der epochale Umschwung von den älteren Vermögensbußen zu einem System der peinlichen Strafe wird allgemein erst im Hochmittelalter gesehen³. Im Zusammenhang damit nimmt das Strafrecht damals besondere

¹ "Man kann die Ausbildung eines strengen Strafrecht geradezu als die staatliche Arbeit des Mittelalters bezeichnen". Dieser Satz *Ernst Mayers* ist nach *Gernbuber*, Die Landfriedensbewegung in Deutschland 1952, S. 138 heute Allgemeingut der rechtshistorischen Literatur.

² Vgl. etwa die für den gegenwärtigen Meinungsstand immer noch repräsentative Darstellung bei *Eberhard Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 41.

³ Vgl. *Hans Hirsch*, Die hohe Gerichtsbarkeit im deutschen Mittelalter, 1922, darin Zweiter Teil; "Vom Hochgericht zum Blutgericht".

prozessuale und gerichtsverfassungsäßige⁴ Züge an. Strafrecht beginnt, sich vom Zivilrecht zu unterscheiden und unterschieden zu werden, so daß jedenfalls von einer Geburt des *Strafrechts* gesprochen werden könnte.

Aber *Achter* hebt auf etwas anderes ab, darauf nämlich, daß es bis dahin stets die Tat gewesen sei, auf die Strafe reagiert habe. Jetzt erst, in den südfranzösischen Urkunden um die Mitte des 12. Jahrhunderts, komme der Täter in den Blick und würden Strafbarkeit und Strafe nicht mehr ausschließlich nach der Tat, sondern auch nach dem Täterwillen bestimmt. Jetzt löse sich der starre Schematismus von Tat und Buße und werde die Strafe dem Täter *secundum quantitatem et qualitatem* seiner Missetat zugemessen. Die These, daß das Recht des frühen Mittelalters ein reines Erfolgsstrafrecht gewesen sei, hat *Ekkehard Kaufmann* in seiner juristischen Dissertation vom Jahre 1958 erheblich eingeschränkt. Damit hat die Folie, vor die *Achter* seine Geburtsthese gestellt hatte, an Glanz verloren. Offensichtlich unter dem Eindruck *Achters* sprach Heinrich Mitteis in der 2. Auflage seines Lehrbuchs in der Überschrift über dem die germanische Zeit betreffenden 9. Kapitel nicht mehr von den "Anfängen des Strafrechts (so in der 1. Auflage von 1949), sondern von den Unrechtsfolgen"⁵ Liegt das Problem parallel zu dem des Staatsbegriffes, der im 19. Jahrhundert ohne weiteres auf die fränkischen Verhältnisse angewendet wurde, was sich als Ergebnis der bekannten begriffskritischen Debatte von *Georg von Below* bis *Otto Brunner*⁶ entscheidend gewandelt hat? Die folgenden Überlegungen verfolgen weniger die begriffliche als die geschichtliche Frage nach Kontinuität der Entwicklung der Unrechtsfolgen. Der Reiz, sich wieder einmal mit der unmodern gewordenen frühen Strafrechtsgeschichte zu befassen, liegt in einer gewissen rechtsethnologischen Sicht, die dem Rechtshistoriker vor allem durch englische und nordamerikanische Veröffentlichungen nahegelegt wird.

Die älteren Germanisten, die für eine frühe Zeit ohne weiteres schon von Strafrecht sprechen, sind dabei weniger von einem Begriff ausgegangen als davon, daß bereits die germanischen Volksrechte von *homicidium*, *raptus*, *furtum*, *incendium* usw. sprechen. Alle diese Begriffe bezeichnen Rechtsverletzungen gegenüber anderen. Nach der Lehre der älteren Germanisten hatten diese Taten zunächst zur Folge, daß der Verletzte den Täter befehlen durfte. Zum Strafrecht wurden diese Fälle gerechnet, weil die Fehde nicht als natürliche Rache, sondern als Rechtseinrichtung gesehen wurde. Noch mehr war es aber die Alternative, daß der Verletzte anstatt der Fehde den Weg einer Bußklage beschreiten konnte, die hier von Strafrecht sprechen ließ.

⁴ Infolge des Zusammenhanges der peinlichen Strafe mit der handhaften Tat (dazu unten) ist es das gebotene Thing, das sich zum Blutgericht entwickelt: *Hirsch*, Die hohe Gerichtsbarkeit, 1922, 178 und öfter.

⁵ Zugleich stellt er an den Anfang des die fränkische Zeit betreffenden 19. Kapitels jedoch die distanzierende Bemerkung: "Daran, daß die fränkische Zeit bereits ein wirkliches, wenn auch noch unfertiges Strafrecht gekant hat, halte ich gegen *Achter* fest". (2. Aufl. 1952, S. 61.)

⁶ *Otto Brunner*, Land und Herrschaft, 5. Aufl. Wien 1965, S. 111. ff.

Indessen kannte die ältere Germanistik noch eine andere Erscheinung, die den Begriff von Strafe und Strafrecht mehr erfüllte als jene Bußfälle. Es waren dies Taten, durch die nicht Rechtsgüter Einzelner, sondern der Allgemeinheit verletzt wurden. Dieser Unterschied ist elementar und noch heute geläufig. Von Friedens-, Hoch- oder Landesverrat, von Staatsgefährdung, Strafen gegen die Landesverteidigung, gegen die öffentliche Ordnung und gegen die Umwelt spricht das geltende Strafgesetzbuch. Jeder, auch einer frühen Gemeinschaft gilt das, was sie konstituiert, als Wert, den sie gegen Angriffe schützt. Für die Germanen sei nur an die bekannte Tacitus-Stelle aus Kap. 12 der *Germania* erinnert, wo den sühnbaren *delicta* die mit Tod bedrohten *scelera* gegenübergestellt werden: Landesverrat, Feigheit im Kampf und die *corpore infames* werden genannt, was auf irgendwelche geschlechtlichen Verstöße deutet. Gerade die ältere Germanistik hat nun diesen Unterschied von Verletzungen allgemeiner und Verletzungen privater Rechtsgüter betont, nämlich in der besonders mit dem Namen *Heinrich Brunner*⁷ verbundenen Lehre von der Friedlosigkeit⁸. Jede Missetat – dies der von *Brunner* bevorzugte Ausdruck – machte danach den Täter friedlos, und zwar entweder absolut gegenüber allen oder relativ nur gegenüber dem Verletzten. Die absolute Friedlosigkeit habe die Lösung aller Rechtsbande in Staat, Sippe und Familie bedeutet, die Frau des Friedlosen zur Witwe, seine Kinder zu Waisen gemacht, bußlos habe ihn jeder erschlagen dürfen, ja sollen. Der relativ Friedlose sei dagegen nur der Fehde des Verletzten ausgesetzt gewesen, nur dieser habe ihn bußlos erschlagen dürfen. Die später aufkommenden Leibesstrafen deutete *Brunner* als "Abspaltungen" von der mit der Todesstrafe gelichgesetzten absoluten Friedlosigkeit.⁹

Heute erscheint diese Lehre von der absoluten und relativen Friedlosigkeit alzu dogmatisch. Die Annahme eines Fehderecht stößt auf das Bedenken, daß dem frühen Gericht fast alle Mittel fehlen, berechnigte Fehde von unberechtigtem Angriff zu unterscheiden. Die Bußfälligkeit resultiert aus dem Anerkenntnis des Beklagten oder seinem Unterliegen vor Gericht, beides aber ist weniger auf das außerprozessuale Geschehen bezogen als auf die Berechtigung der Klage, wie sie sich allein durch den Prozeßausgang erweist. Wenn die Bußtaxen der Volksrechte aus den Friedensschlüssen der Fehdegegner entstanden sind, wie wir heute annehmen¹⁰, dann haben die

⁷ *Heinrich Brunner* war aus dem Institut für österreichische Geschichtsforschung hervorgegangen und seit 1873 als Nachfolger *Hömeyers* Inhaber des germanistischen Lehrstuhls an der Berliner Juristenfakultät.

⁸ Kurz zusammengefaßt in *Heinrich Brunner*, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl. hrsg. v. Ernst Heymann, 1967, § 8. S. 18–21.

⁹ Abspaltungen der Friedlosigkeit in: *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes*. Gesammelte Aufsätze, 1894, S. 444 ff.

¹⁰ Diese Auffassung geht zurück auf *Franz Beyerle*, Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang, *Deutschrechtliche Beiträge* X. 2. 1915, S. 69 ff.

tatbestandsmäßigen Handlungen ihre allmähliche Diskriminierung erst auf diesem Wege erfahren.

Nun geht es hier nicht um eine Überprüfung der Theorie der Friedlosigkeit, sondern nur darum, ihre richtige Unterscheidung von Rechtsgütern der Rechtsgemeinschaft und privaten Rechtsgütern fruchtbar zu machen für die Frage nach der Geburt der Strafe. Die Reaktion auf die Verletzung eines öffentlichen Rechtsguts erscheint deswegen von Anfang an als Strafe, weil das dafür konstitutive Element des Gemeinschaftlichen Allgemeinen, Öffentlichen bereits mit der Qualifizierung des verletzten Rechtsgutes als öffentliches gegeben ist. Dieses Rechtsgut mag eine Person sein: der König, Herzog oder ein Priester, oder eine Sache: die Gerichtsstätte oder ein Tempel, oder ein Verhalten, wobei außer Krieg und Kult auch die Fortpflanzung ein Feld zu sein scheint, auf dem es besonders früh zu gemeinschaftsbildenden Regelungen kommt.

Private Rechtsgüter werden verletzt durch den Angriff auf einen anderen oder den Eingriff in seine Rechtssphäre, das sind die ihm unterstehenden Menschen, Tiere und Sachen. Solange die Reaktion auf die Verletzung willkürlich, privat und subjektiv ist, ist sie Repressalie und ihr Motiv Rache. Damit sie Strafe wird, müssen beide Beteiligte auf einem gemeinsamen Rechtsboden stehen. Für eine moderne Rechtsordnung ist diese Gemeinsamkeit ausgedrückt und beschlossen in der Geltung der staatlichen Strafnorm für die Tat des einen an dem anderen. Diese Gemeinsamkeit kann aber auch von beiden, dem Täter und dem Strafenden, hergestellt worden sein z.B. durch einen Vertrag. Die Vertragsstrafe hat in den Pönformeln antiker und mittelalterlicher Urkunden eine lange Geschichte,¹¹ die aber aus dem öffentlichen Strafrecht hinausführt und auch heute einen Teil des Zivilrechtes bildet.¹² Die Gemeinsamkeit zwischen Täter und Strafendem kann auch nach der Tat hergestellt werden, indem sich der Täter der Reaktion auf seine Tat unterwirft. Besonders das Spätmittelalter wird sich in seiner Verunsicherung über sein *ius puniendi*, die durch den Übergang zu einem neuen *modus procedendi* hervorgerufen ist, in exzessivem Maß dieses Mittels bedienen. Das Geständnis, zu dessen Erlangung der Inquisit auch dann gefoltert wird, wenn ihn zwei an sich ausreichende klassische Zeugen überführen, ist weniger Geständnis der Tat als Anerkenntnis der Schuld und Eingeständnis der Strafwürdigkeit.¹³

Diese letzten Bemerkungen zu den Pönformeln und zum Geständnis im Inquisitionsprozeß führen nur scheinbar aus dem Zusammenhang heraus. In diesen Fällen verstärkt die vorangehende oder folgende Unterwerfung den Strafcharakter der Reaktion, in unserem Zusammenhang geht es darum, worin der Strafcharakter am Anfang begründet war.

¹¹ Holzauer, Artikel Pönformel in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG), hsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Bd. 3 1984 Sp. 1786 ff.

¹² Vgl. Titel "Vertragsstrafe" BGB §§ 336–345.

¹³ Holzauer, Artikel "Geständnis", HRG Bd. 1, 1971, Sp. 1629 ff.

Der gemeinsame Rechtsboden, auf dem beide Beteiligte stehen müssen, damit die Reaktion des einen auf die Verletzung durch den anderen Strafe genannt werden kann, bildet sich allmählich und kann am Anfang die eine oder andere Gestalt haben. Insofern kann durchaus schon im Bußprozeß eine Erscheinung beginnenden öffentlichen Strafrechts gesehen werden. Am Anfang arbeitet der Bußprozeß mit dem Mittel der Einwilligung des Beklagten. Denn Ziel des Prozesses bleibt das nicht erzwingbare Urteilserfüllungsgelöbnis des Beklagten. Indem dessen Verweigerung aber zu einem Achtfall wird,¹⁴ erhält der gesamte Bußprozeß objektiv-rechtliche Züge. Ob auch die Fehde als strafrechtliche Erscheinung angesprochen werden kann, bleibt zweifelhaft. Zwischen den Fehdegegnern fehlt es an jeder Vergemeinschaftung. Der ganz herrschenden Ansicht, die eine Zulassung der Fehde durch die Gemeinschaft annimmt, kann trotz *Heinrich* und *Otto Brunner*¹⁵ nicht gefolgt werden. Gewiß gibt es im Hochmittelalter Vorschriften über zulässige Vorgehen in einer Fehde. Derartige Vorschriften sollten das Fehdeunwesen einschränken. Der Gegenschluß, daß eine sich in diesen Schranken haltende Fehde in einem positiven Sinne zugelassen gewesen wäre, geht aber zu weit. Diese Auffassung erscheint unhistorisch, für das 19. Jahrhundert allerdings charakteristisch. Ausgehend von einer modernen Rechtsordnung glaubte man, die Erscheinungen der Rechtswelt restlos mittels der beiden Kriterien rechtmäßig oder rechtswidrig einteilen zu können. Erst später kam in der Rechtstheorie der Begriff des rechtsfreien Raums auf, und in rechtstheoretischer Hinsicht mag er umstritten geblieben sein. Aber in historischer Sicht ist er unbedingt angebracht. Die Funktion des frühen Rechtes ist vor allem anderen die Befriedung. Das Wachsen des Rechtes ist die Ausdehnung des befriedeten Bereichs. Dabei kommt es vor, daß das Recht durch einen ausdrücklichen Erlaubnissatz die Gewalt zuläßt, nämlich im Gewaltmonopol der Obrigkeit sowie in den Notrechten der Rechtsunterworfenen. Aber der Geltungsbereich solcher Erlaubnissätze ist zu unterscheiden von den Lebensbereichen, in denen sich das Recht noch nicht durchgesetzt hat. Der wichtigste Bereich dieser Art ist die Fehde bis in die frühe Neuzeit hinein. Bisher wurden zwei Lebensbereiche betrachtet: Der zunächst geringe, in der Epoche der frühen Rechtsquellen aber schnell wachsende Bereich politischer, religiöser und kultureller Allgemeinheit, um von Staatlichkeit noch nicht zu reden. Hier gibt es von Anfang an öffentliche Strafe. Sodann der Bereich zwischen den Sippen und Familien, der *inter-segmentäre Bereich*,¹⁶ wie die Rechtsethnologen sagen: hierher gehören Fehde und Buße.

¹⁴ Schröder-Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 1919, S. 87; Heinrich Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 1. Bd. 2. Aufl. 1906, ND 1961, S. 229.

¹⁵ Land und Herrschaft, wie Fußn. 7 S. 41 ff.

¹⁶ Die Germanen bildeten segmentäre Gesellschaften. Dieser Begriff geht auf Emil Durkheim, *De la division du travail social*, 1893, zurück. Über seine rechtsethnologische Verwendung: Uwe Wesel, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, 1985, S. 211 ff.

Ein dritter Bereich ist der *inner-segmentäre*, der Innenraum von Sippe und Familie. Daß ihm die geringste Beachtung der germanistischen Wissenschaft gegolten hat, erklärt sich mit dem Fehlen von Quellen. Nicht einmal die Bezeichnung ist eindeutig. Von Privatstrafrecht wurde früher bisweilen gesprochen.¹⁷ Aber dieser Ausdruck wird auch für andere Einrichtungen verwendet und sollte daher vermieden werden. Gemeint sind die Haus- und Familienstrafen. Wenn dem römischen *pater familias* in den Quellen ein *ius vitae ac necis* zugesprochen wird, so dürfte sich die Stellung des germanischen Hausvaters davon nicht unterscheiden haben. Als archetypischer Fall einer Hausstrafe wird gewöhnlich die Tötung der ehebrecherischen Frau durch ihren Mann genannt, für die es Beispiele aus dem griechischen, dem römischen und dem germanischen Recht gibt. Aber gerade dieser Fall ist nur eingeschränkt geeignet, die Hausstrafen zu charakterisieren. Denn die Ehefrau, mag sie auch regelmäßig unter die Munt ihres Mannes getreten sein, tritt doch nicht in die Sippe des Mannes ein, sondern bleibt ihrer Herkunftssippe verbunden und behält gegen diese einen Anspruch auf Schutz. Das hatte der Ehemann in Rechnung zu stellen. Daher hat das Verhältnis des Mannes zu seiner Frau auch einen inter-segmentären Aspekt, der erst dem Verhältnis des Vaters zu den Kindern fehlt, da diese ausschließlich in die Vatersippe hineingeboren werden. Vor allem aber hatte der Hausvater gegenüber den Unfreien eine Strafgewalt, über deren Inhalt und Grenzen wir allerdings wenig wissen. Ein weites Ermessen dürfte sie gekennzeichnet haben.

Zuverlässig kann angenommen werden, daß Vermögensstrafen in diesem Bereich ausscheiden, nämlich wegen der Vermögenslosigkeit eines Delinquenten oder, und das ist nur die andere Seite, weil Vermögensverschiebungen innerhalb des Hauses wirtschaftlich und rechtlich sinnlos gewesen wären. Auch die Todesstrafe kann, von Affekthandlungen abgesehen,¹⁸ hier keine institutionelle Rolle gespielt haben, wegen der tabuverstärkten Tötungshemmung gegen Verwandte und im Verhältnis zu Unfreien aus wirtschaftlicher Rücksicht auf deren Arbeitskraft. Unter den Haus- und Familienstrafen dominieren daher die Leibesstrafen, und zwar vor allem die Prügelstrafe als die typische Knechts- und Kinderstrafe.¹⁹

"Strafen" in diesen drei Bereichen dem "öffentlichen", dem inter-segmentären und dem inner-segmentären bedingt in prozessualer Hinsicht unterschiedliche Strukturen. Und zwar stehen sich in dieser Hinsicht der inter-segmentäre und der inner-segmentäre Bereich polar gegenüber. Im

¹⁷ Vgl. Holzauer, Artikel "Privatstrafe" in HRG Bd. 3 Sp. 1993 ff.

¹⁸ Ein gutes Beispiel bildet ein Einsprengel in der bekannten Fehde des Sichar: *Cumque servum, ut exerceat opera, commoneret elevatumque virgam ictibus verberaret...* (Gregor von Tours, *Historiarum Libri Decem* VII 47, abgedruckt bei Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte* 1, 1972, S. 46).

¹⁹ Noch das preußische ALR regelte das elterliche Züchtigungsrecht in Teil II Titel 2 §§ 86–91 ausführlich und noch heute ist es als Rechtfertigungsgrund anerkannt: Schönke/Schröder/Esser StGB 23. Aufl. 1988 Rdn 17 zu § 223.

Bußprozeß streiten Kläger und Beklagter vor dem Richter um die Wahrheit ihrer entgegengesetzten subjektiven Rechtsbehauptungen. Der Richter überwacht die Regeln des prozessualen Streitens, die Urteiler wissen und weisen das objektive Recht. Das Schema dieses Prozesses ist das Dreieck des Parteistrites vor dem *iudex tertius*. Auch im Bereich der öffentlichen Delikte kann diese Struktur vorliegen, wobei die Klage dann den Charakter einer Popularklage hat. Aber es kommt auch vor, daß der Verkörperer des Gemeinsamen, der König oder sein Beauftragter, als Verfolger auftritt; dann ist das graphische Schema des Prozesses die vertikale Linie vom inquirierenden Richter herab zum Beschuldigten. Oft wird der Richter darüber hinaus als der Verletzte gesehen worden sein. Dies gilt noch mehr für Bereiche der Hausfragen, weil hier die betroffene Gruppe dem Sippen— oder Familienoberhaupt noch mehr als im politischen Verband als "eigene" Sphäre zugeordnet war.

Mit dem strukturellen ist ein Unterschied des Prozeßzieles gegeben. Unmittelbares Ziel des Parteiprozesses ist die Beendigung des Streites der Parteien. Nur mittelbar kann es das Ziel dieses Prozesses sein, das den Inhalt des Klagevorwurfs bildende außerprozessuale Geschehen zu ermitteln. Das kommt recht gut in dem in einer Reihe von Volksrechten vorkommenden Tzp der Bußnorm zum Ausdruck, der nicht, wie es modernem Gesetzgebungsstil entspricht, die Rechtsfolge an die deliktische Handlung knüpft, sondern an die prozessuale Alternative des Unterliegens: Wer das oder das getan hat, heißt es da, *culpabilis iudicetur aut cum sex iuret*.²⁰ Das Über—zeugen des Klägers sühnt die Tat nicht anders als die Leistung der Buße. Im Anschluß an *Heinrich Brunner* wird das dahin ausgedrückt, der Parteiprozeß begnüge sich mit einer formellen, er strebe nicht nach der materiellen Wahrheit.²¹ Erklärlich wird dies aus dem eingeschränkten Ziel des Prozesses. Am Anfang der Entwicklung übt das Gericht nicht soziale Kontrolle aus, sondern zielt allein auf eine Beendigung des Streites der Parteien. Dieses Ziel ist in dem Maß, wie der Prozeß mit der überwältigung oder Vernichtung einer Partei endet, unabhängig von der Klärung außerprozessualer Vorgänge als Gegenstand des Streites. Der Zivilprozeß hat bis heute diese Struktur und dieses eingeschränkte Ziel bewahrt.

Ganz anders haben wir uns das Ziel im Familien— und Hausstrafenprozeß vorzustellen. Dem *pater familias* geht es gerade um soziale Kontrolle. Sein Interesse, sich an einem Knecht oder Kind für Ungehorsam, Eigenmächtigkeit oder Disziplinlosigkeit zu rächen und/oder es und /oder andere von einer Wiederholung abzuschrecken, erleidet keine Ablenkung durch ein anderes vorrangiges oder konkurrierendes Ziel und setzt logisch voraus, daß der Beschuldigte schuldig ist. Bei der Ermittlung des Sachverhaltes stand dem *pater familias* wahrscheinlich ein ähnliches Ermessen zu wie bei Bestimmung der Strafe. Denn dies ist ein anderer, das Parteienverfahren vom

²⁰ ZB Lex Ribuarua (MGM LI I/3/2 hsg. Beyerle/Buchner) 2 und öfter.

²¹ Brunner (wie Fußnote 8. Ebenso Schröder/Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Auflage 1932, S. 92.

Richterverfahren unterscheidender Zug: So wie dieses zur Formalisierung neigt, so jenes eher zur Formlosigkeit.

Im Bereich der öffentlichen Strafen besteht im Grundsatz die gleiche Identität von Verletztem und Richter wie im Bereich der Familien- und Hausstrafen. Handelt es sich doch um die Verletzung allgemeiner oder herrscherlicher Güter, um Rechtsgüter jener Instanz, die auch das Gericht trägt. Und tatsächlich haben wir Belege für ein offiziales, amtswegiges Vorgehen gegen Verdächtige, in denen der Herrscher oder Richter ohne Einschaltung eines Klägers gegen einen Beschuldigten vorgeht. Aber gewöhnlich tritt doch ein Kläger mit dem Vorwurf hervor, daß der Beklagte ein mit öffentlicher Strafe bedrohtes Verbrechen begangen habe. Dann läuft der Prozeß in der Spur des Parteistreites ab. Dieser Prozeßtyp liegt um so näher, als es im Zug der Entwicklung oft ein privates Gut ist, dessen Verletzung der Staat mit öffentlicher Strafe bedroht und verfolgt.

Wie verlief die weitere Entwicklung des Strafrechtes von seinen Anfängen in den geschilderten drei Lebensbereichen und innerhalb der zuletzt aufgezeigten Prozeßstrukturen?

Die Richtung der allerdings nicht gradlinigen Entwicklung war die Verstärkung des öffentlichen Elements im Prozeß wie im materiellen Recht. Im Bußprozeß werden schon früh die privaten Elemente verdrängt und umgibt sich der Richter mit Gehilfen. So wurde die Privatladung, das *mannire* der frühesten Quellen, durch die gerichtliche Ladung, das *bannire* ersetzt. *Rachimburgen* schätzten den Wert der zur Erfüllung einer Bußschuld geleisteten Sachen. Durch die Einführung von Rügegeschworenen durch Karl den Großen wurde der Verletzte sogar aus seinem Klagemonopol verdrängt. Schließlich fällt im Hochmittelalter der "gute, alte" Parteiprozeß, obwohl er bis in die Neuzeit der *processus ordinarius* des Strafrechts bleibt, dem neben ihm aufgekommenen Inquisitionsprozeß zum Opfer, in dem das Gericht die Initiative zum Prozeß und seinen Betrieb in die Hand nimmt.

Im wichtigsten Element der strafrechtlichen Entwicklung verbindet sich der prozessuale mit dem materiellen Aspekt. Gemeint ist die Zurückdrängung und schließlich Überwindung der Fehde. Die Bedeutung dieser Entwicklung ist unabhängig davon, ob man darin die Verdrängung einer vorstaatlichen Rechteinrichtung sieht oder die Vorverlegung des Bereiches von Recht und Gericht in den rechtsfreien Raum hinein. Der Kampf gegen die Fehde war das wichtigste rechtspolitische Ziel jener vor- und frühstaatlichen politischen Gebilde des Mittelalters.

Die wandernden und erst recht die in neuer, meist feindlicher Umgebung siedelnden Stämme waren auf ihre Wehrkraft angewiesen und konnten sich selbstzerstörerische Fehden nicht leisten. Es sind daher die ostgermanischen Stämme sowie die Franken, deren Recht, und zwar mehr der königs- als der volkrechtliche Bestand, von der Tendenz geprägt ist, die Fehde zurückzudrängen. Die Könige wurden dabei von der Kirche unterstützt. Die

Kirche folgte der ihr vom Alten Testament her eingestifteten Friedensidee²² und schützte zugleich sich selbst, weil sie infolge der prinzipiellen Waffenlosigkeit des Klerus unter den Privatkriegen des Adels besonders litt. Was die Mittel angeht, mit denen Staat und Kirche die Fehde zurückzudrängen suchten, so steht die Intervention vor dem Ausbruch oder in einer ausgebrochenen Fehde vielleicht an erster Stelle. Beispiele finden sich in *Gregor von Tours*'s Historien. Die Kirche etwa, und zwar *Gregor* selbst als Bischof stellt in der bekannten *Fehde des Sicbar* dem Täter die Mittel zur Verfügung, um seine Bußschuld zu begleichen²³. Oder der König stellt eine Jungfrau, die den Mann, der sie bedrängte, getötet hat, unter seinen Schutz, um sie vor der Rache der Familie des Mannes zu bewahren.²⁴ Solche Interventionen haben zwar in erster Linie pragmatischen Charakter, durch die Institution des kirchlichen Asyls beziehungsweise des Königsschutzes streifen sie jedoch auch die Rechtsordnung. Rechtliche Neuerungen dieser Epoche dienten wesentlich dem Ziel, die Fehden zu bekämpfen. An erster Stelle ist der Sühnezwang zu nennen. Er konnte spezielle Fehdefälle betreffen, so den Raub²⁵, die Tötung²⁶, Körperverletzungen²⁷ oder alle Fehdefälle.²⁸ Bei den Westgoten und Burgunden kam es, sicher vorschnell, in Nachahmung römischen Rechts sogar schon zu allgemeinen Fehdeverboten.²⁹ Ein anderes Mittel war die Beschränkung der Fehde durch den Ausschluß bestimmter Personen, nämlich anderer als des Gegners selbst,³⁰ oder bestimmter Handlungen, besonders der Heimsuchung.³¹ Bestimmte Orte waren ihrer Natur nach befriedet, so die Gerichtsstätte und die Kirche; in diesen Frieden wurden der Hin- und der Heimweg einbezogen.³² Der Langobardenkönig *Rothari* verfiel auch auf das Mittel, die Bußsummen zu erhöhen, um die Seite des Verletzten zu motivieren, von der Fehde Abstand zu nehmen.³³ Auf allen genannten Wegen sollte die Fehde durch die Ausweitung der *compositio* zurückgedrängt werden.

Ein nächstes, nicht weniger wichtiges Element der Entwicklung ist die Zunahme der Rechtsquellen, in denen peinliche Strafe, besonders die Todesstrafe angedroht wird. Es ist zu fragen, ob auch damit der Zweck verfolgt

²² *Hattenbauer*, Pax et iustitia, Berichte aus den Sitzungen der Joadhim-Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften Jg 1 1982/1983 H 3.

²³ VII, 47.

²⁴ IX, 27 (dazu v. *Halban* ZRG GA 30, 63).

²⁵ Ine 9 (*Liebrmann*, Die Gesetze der Angelsachsen, I. Bd. 1903 S. 99).

²⁶ Capitulare missorum v. J. 802 c. 32 (MGH Cap I, 97).

²⁷ Ed. *Rothari* 45.

²⁸ Cap. Haristallense c. 22 (MGH Cap I, 51).

²⁹ *His*, Geschichte des Strafrechts bis zur Carolina, S. 59; für die Westgoten ebenso *Schröder/Künßberg*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl., S. 373.

³⁰ *Edmund*, 61 (*Liebrmann*, Gesetze der Angelsachsen I, 187).

³¹ *Lex Saxonum* 38.

³² *Lex Frisionum* Add. I 1.

³³ *Rothari* 74.

wurde, die Fehde zu beseitigen. Aus *Tacitus* und vielen anderen Hinweisen entnehmen wir, daß die Todesstrafe die uranfängliche öffentliche Strafe war. *Karl von Amira* hat die germanischen Todesstrafen sakral gedeutet und ihre unterschiedlichen Arten damit erklärt, daß der Verbrecher je nach Delikt unterschiedlichen Göttern geopfert wurde. Die neuerliche Kritik an dieser Theorie überzeugt nicht. Man hat eingewandt, daß ein Verbrecher kein taugliches Opfer sei, dabei aber verkannt, daß derjenige, der ein Tabu bricht, mit dem göttlichen Garanten des Tabus verbunden bleiben kann. Der Bonner Rechtshistoriker *Bernhard Rehfeldt* hat in seinem 1942 erschienenen Buch "Todesstrafen und Bekehrungsgeschichte" die Nachrichten über die Tötung christlicher Missionare durch Germanen untersucht und dabei keine Hinweise auf den sakralen Charakter der an ihnen vollzogenen Tötung finden können. Anders als der Verbrecher ist der religionsfremde Priester allerdings extrem untauglich, dem geaugnetet Gott geopfert zu werden.³⁴ *Rehfeldts* Versuch eines Gegenbeweises gegen die These *Amiras* konnte daher vom Ansatz her nicht gelingen. Wahrscheinlich erklärt sich gerade aus dem heidnisch-sakralen Charakter der germanischen Todesstrafen, daß die Kirche ihnen zunächst erfolgreich entgegengetreten ist. Die Volksrechte der merowingen Zeit lassen von der Todesstrafe nichts verlauten.

Das ändert sich in der fränkischen Zeit. Betrachtet man die Schutzgüter, die zur Androhung der Todesstrafe Anlaß geben, so liegen sie vornehmlich im öffentlichen Bereich. Die häufigere Verwendung der Todesstrafe beginnt mit den beiden "Landriedensgesetzen", dem *Pactus pro tenore pacis*, und der *Decretio Childeberti*, beide aus dem 6. Jahrhundert.

Am Anfang des *pactus* steht das eigenartige Delikt des *farfallium minare*, worunter wohl eine gewaltsame Behinderung der Gerichtshaltung zu verstehen ist. Im Jahre 640 stellt der langobardische König *Roter* an den Anfang seines Ediktes eine Reihe von Hochverratsfällen, die er alle mit dem Tode bedroht. In zahlreichen Fällen versuchen karolingische Gesetze Effizienz und Integrität der Rechtspflege durch Androhung peinlicher Strafen zu sichern. Der extreme Gebrauch, den die *lex saxonum* von der Todesstrafe macht, erklärt sich daraus, daß die Befriedung und Christianisierung des eroberten Sachsen im öffentlichen Interesse des fränkischen Königs lag. Wenn die *Decretio Childeberti* den *raptus*, den Frauenraub, mit Tod bedroht, so betrifft diese Kriminalisierung zwar einen bisherigen Fehdefall, aber dahinter steht wohl die Einstellung der Kirche gegen die Rechtssitte der Raubehe. Der Täter wird daher als inimicus dei bezeichnet und der Richter mit der Fehde gegen den *raptor* beauftragt: *iudex collectum solatium ipsum raptorem occidat, et iaceat forbatutus*: Deutlicher kann die Anknüpfung an die frühere Fehde nicht zum Ausdruck kommen. Wenn ebenfalls die *Decretio Childeberti* jedes *homicidium sine causa* mit Tod bestraft, so liegt auch darin eine Erweiterung, weil zuvor nur der heimliche Mord, der das Opfer dem Totenkult entzog, als Kultdelikt friedlos

³⁴ Ich verdanke diesen Hinweis einem münsterer Kollegen, dem Ethnologen *Rüdiger Schott*.

machte, während der offene Totschlag typisches Fehdedelikt war. Auch bei dieser Neuerung kommt die kirchliche Rechtspolitik deutlich zum Ausdruck, wenn es in einer der ganz seltenen Begründungen heißt: *qui novit occidere, discat moriri*: der Talionsgedanke, der damit ausgedrückt ist, kommt doch wohl aus der Bibel.

Die *Decretio Childeberti* ist schließlich das erste Gesetz, das für *fures et malefactores* die Todesstrafe vorsieht. Gleichartige Androhungen ziehen von nun an eine breite Spur durch die Gesetze des frühen und hohen Mittelalters; die häufigste Kollektivbezeichnung wird *latrones* sein. Vor allem diese Bestimmung läßt die *Decretio Childeberti* als Landfriedensgesetz und Vorläufer der sich später so nennenden Gesetze des 11. bis 13. Jahrhunderts erscheinen. Im Spätmittelalter sind Adressaten oder besser Objekte derartiger Bestimmungen die *nocivi terrae*, die landschädlichen Leute – nahrungsloses Gesindel, aus der Ordnung Getretene oder aus der Bahn Geworfene, die gewalttätig geworden sind. Ob für das 6. Jahrhundert ein gleiches kriminologisches Phänomen anzunehmen ist, erscheint zweifelhaft. Eher handelte es sich damals um Fehdegänger. Dann würde der zukunftssträchtige Einsatz der peinlichen Strafe in diesem Bereich unmittelbar dem Zweck gedient haben, die Fehde zurückzudrängen.

Der Tendenz zur Ausweitung peinlicher Strafen steht die tiefe Verwurzelung des Bußwesens entgegen. *De vita componere* – mit dem Leben bezahlen – ist die verbreitete Formel, mit der die Todesstrafe ausgedrückt wird. Viel von dem der peinlichen Strafe gewonnenen Land ist offensichtlich bald wieder an die *compositio* verloren gegangen. Für die Rechtswirklichkeit darf das Bild, das normative Quellen bieten, aber nicht überschätzt werden. Schon zuvor wurde der vermögenslose Bußschuldner dem siegreichen Kläger preisgegeben, was auf eine peinliche Privatbestrafung hinauslaufen könnte. Das ganze Mittelalter über, teilweise bis in die frühe Neuzeit hinein, ist die peinliche Strafe durch Geldleistung ablösbar. Vermögensbuße und peinliche Strafe hätten dann nur ihre Funktion als primäres oder subsidiäres Strafmittel vertauscht, was über das Verhältnis ihrer Häufigkeit in der Wirklichkeit nichts zu besagen braucht.

Darüber hinaus geben zahlreiche Bußen dadurch, daß sie nicht nach dem Wert des Opfers, sondern nach dem Wert des Täters bemessen werden, zu erkennen, daß mit ihrer Leistung der Täter sich sein Leben erkaufte. Dann war er also primär todeswürdig. Vielleicht können wir hier das Mittel greifen, mit dem die Kirche in der früheren merowingischen Zeit die älteren Todesstrafen zurückgedrängt hat, ein Mittel, das über die bloße Nichterwähnung in den Volksrechten hinausgegangen wäre. Der Begriff der Quellen für die Leiblösung ist *redimere*. Als die *Decretio Childeberti* im Jahr 596, wie oben berichtet, auf Tötung die Todesstrafe setzte (*vitae periculum feriatur*), wurde besonders angeordnet: *Nam non de precium redemptionis se redimat aut componat*.

Auf die karolingische Epoche folgen die dunklen, quellenarmen Zeiten des späten 9., des 10. und frühen 11. Jahrhunderts. Aus ihnen velautet von peinlicher Strafe so gut wie nichts. Dieser Umstand, die Unsicherheit des Urteils über den wirklichen Umfang der peinlichen Strafe in der Epoche davor, sowie

ihre geradezu epidemische Zunahme in dem anschließenden 12. Jahrhundert sind der Grund dafür, daß die oben belegte verbreitete Auffassung, überspitzt gesagt, eine Geburt der peinlichen Strafe im Hochmittelalter annimmt. Unzweifelhaft habe in Deutschland die Landfrieden diesen Sieg der peinlichen Strafe wesentlich bewirkt. Die Landfrieden sind ein für das Hochmittelalter charakteristischer Quellentyp, der eigenartig zwischen den Geltungsgründen von Vertrag, Befehl und gelobtem Gehorsam schwankt, meistens diese drei Geltungsgründe kombiniert. Als Landfrieden bezeichnen wir sowohl diese Gesetze selbst als auch den innerterritorialen Frieden, den in der Epoche der werdenden Landesherrschaft heraufgeführt zu haben, ihre geschichtliche Leistung ist.

Die Frage, aus welchen Ursachen und Ursprüngen die Landfrieden die Verbindung mit der peinlichen Strafe eingegangen sind, lenkt den Blick auf die ihnen vorangehenden Gottesfrieden, eine im selben Maß primär französische Erscheinung, wie die Landfrieden zu Deutschland gehören.³⁵ Mehr als Deutschland war das westfränkische Reich unter den späten Karolingern und den ersten Kapetingern in feudale Anarchie versunken: "Allenthalben unterdrückt der Mächtige den Schwachen, und die Menschen sind wie Fische im Wasser, die sich wahllos gegenseitig auffressen", erklären 909 die Bischöfe der Provinz Reims.³⁶ In der Auvergne, die im mittleren 10. Jahrhundert ungefähr gleich weit von den verschiedenen Machtzentren entfernt lag, ging diese Anarchie vielleicht am weitesten. Jedenfalls lag hier der Ausgang jener Bewegung, die zu den Gottesfrieden hinführte.

Allein die Kirche stand außerhalb des ritterlich—militärischen Ehrgeizes der Feudalherren; ihre prinzipielle Waffenlosigkeit ließ sie besonders unter den Privatkriegen leiden, und die Idee des Friedens war ihr ebenso eingestiftet wie die Fürsorge für die miseri, die hauptsächlichlichen Opfer der Anarchie. Die Initiative zu Gottesfrieden ging von Bischöfen aus, die Klerus und Adel ihrer oder mehrerer benachbarter Diözesen zusammenriefen. Zunächst waren es wohl die aktuellen Streitfragen, die behandelt und glücklich beigelegt wurden. Daraus entwickelten sich bestimmte Vorkehrungen, einen erreichten Frieden auch zu bewahren. *Pax* und *Treuga* wurden die inhaltlichen Instrumente der Gottesfrieden. *Pax* meint in diesem speziellen Sinne die Befriedung bestimmter Orte und Personen; Ausgangspunkt sind die uralten Sonderfrieden des Tempels oder der Gerichtsstätte, dann auch des Hauses, bei den Normannen vielleicht auch ein aus Skandinavien mitgebrachter Pflugfrieden. Ausgangspunkt der *Treuga* ist die Heiligung des Sonntags und der anderen hohen kirchlichen Feiertage. Von hier aus werden die Wochentage von Mittwoch Abend bis Montag Morgen sowie die festlichen Zeiten des Kirchenjahres in das Friedensgebot einbezogen, so daß schließlich nur noch etwa ein Drittel des Jahres der Fehdeführung offen steht.

³⁵ Immerhin entsprechen in Frankreich königliche Ordonnanzen des 13. Jh. deutschen Landfriedensgesetzen.

³⁶ Zitiert nach Simone de Beauvoir, *La viellesse*, dt. Das Alter, ro—ro—ro S. 107.

Charakteristisch für die Gottesfrieden ist die Sanktion, die für den Bruch des Friedens vorgesehen wird. Sie besteht in dem Anathem, also der Exkommunikation unter dem Vorbehalt der Absolution, die ihrerseits unter bestimmten Voraussetzungen erteilt wird oder auch automatisch eintritt. Die Voraussetzungen bestehen meistens darin, daß der Friedbrecher die weltlichen Rechtsfolgen und zusätzliche kirchliche Bußen auf sich nimmt. Man muß hier genau hinsehen. Die Androhung der Jenseitsstrafe wird als Beugemittel eingesetzt, um den flüchtigen Friedensbrecher zu veranlassen, sich dem Gericht zu stellen. Leistet er dem Gericht, dem weltlichen und dem kirchlichen Recht Genüge, so wird die Exkommunikation zurückgenommen. Die bestehenden bleibenden Kirchenbußen werden genannt: Oft ist es eine Exilierung, zeitlich und räumlich abgestuft, als äußerstes die lebenslange Verbannung nach Jerusalem als die auf Tötung gesetzte Höchstbuße. In anderen Fällen besteht auch die Kirchenbuße in einer Geldleistung, bisweilen sogar in einem Zuschlag zu der nach weltlichem Recht geschuldeten Buße. Nirgends klingt an, daß der Schuldige nach weltlichem Recht eine peinliche Strafe zu gegenwärtigen hatte. *Hartmut Hoffmann* hat in seiner 1964 erschienenen Bonner Habilitationsschrift über "Gottesfriede und Treuga Dei" die Quellenstellen, in denen die Frieden auf die weltlichen Rechtsfolgen der Missetat Bezug nehmen, mitgeteilt. Dabei fällt auf, daß in keinem Fall eine peinliche Strafe erwähnt wird. Es ist also nicht so, daß die Kirche dort, wo sie die Sache des Landfriedens zu ihrer eigenen gemacht hat, die Jenseitsstrafen säkularisiert hätte, mit denen sie tatsächlich seit Jahrhunderten die Sünder zur Kirchenbuße anhält.

Peinliche Strafe tritt in der Nachbarschaft der französischen Gottesfrieden dort auf, wo nicht die Kirche, sondern ein weltlicher *dominus terrae* Maßnahmen zum gleichen Zweck, nämlich zur inneren Befriedung seines Territoriums, ergreift, oft nach einem früheren oder benachbarten kirchlichen Vorbild. Allerdings liegen gerade von der Normandie, jenem am straffsten regierten Gebiet, dessen hohes Maß an innerem Frieden von den Zeitgenossen gerühmt wird, keine Nachrichten über peinliche Strafen vor. Es dürfte an der Dominanz des Lehenrechts liegen, daß wir im normannischen Recht ausschließlich von der Verbannung als schärfster Maßnahme gegen Friedbrecher hören. Der Normandie dürfte im Maß des erreichten inneren Friedens das benachbarte Flandern am nächsten gekommen sein. Grundlage seiner relativ entwickelten Staatlichkeit war aber nicht die lehensrechtliche Ausrichtung auf den *dominus terrae*, sondern anscheinend eher dessen unmittelbarer Bezug auf den Untertanenverband. Die *Treuga Dei Tervanensis* aus der ersten Hälfte des 11. Jahrhunderts³⁷ galt nicht nur in dem flandrischen Bistum Therouanne, sondern auch in der Normandie. Obwohl dieser Gottesfriede in beiden Ländern zur Festigung der Landesherrschaft beigetragen hat, mündete er nur in Flandern in die Einführung der peinlichen Strafen. Am 27. Mai 1111 erneuerte *Robert II.* die *Pax Flandria*, wie sie von *Balduin V.*

³⁷ MGH Constitutiones I Nr 422

erlassen worden war und verkündete zusätzlich die *lex talionis*, d.h. die Körperstrafen bei Mord und Diebstahl!³⁸

Die Epoche der deutschen Landfrieden wird – so paradox das klingt – durch zwei Gottesfrieden eröffnet, denjenigen des Bischofs von Lüttich vom Jahr 1082 und den Kölner vom Jahre 1083. Man sieht, wie die Bewegung von den nordfranzösischen Territorien herüberwandert. Und beide frühesten Gottesfrieden auf Reichsboden kennen die peinliche Strafe, aber nur gegenüber Unfreien! Darin liegt ein starker Beleg für die sog. Nivellierungstheorie, die das Aufkommen der peinlichen Strafe in dieser Zeit darauf zurückführt, daß sich die gegenüber Unfreien geübten Strafbrauche auf Freie ausgedehnt haben.³⁹ Daß die peinliche Strafe gegenüber Knechten keine Neuerung der deutschen Gottesfrieden war, zeigt die *Lex familiae Wormatenis* des Jahres 1023/1025, die ausschließlich peinliche Strafen kennt, und zwar Strafen an Haut und Haar, also die typischen Knechtsstrafen. Nach der Nivellierungstheorie sollen besonders die aufsteigenden Ministerialen ihre Strafe mit emporgetragen haben. Ob sich die Zurückhaltung der Bischöfe gegenüber Freien allein aus dem Ablauf der Nivellierung erklärt, die in den 80iger Jahren des 11. Jahrhunderts noch nicht eingesetzt hätte, oder ob die Bischöfe sich, wie *Gernhuber* vermutet, aus kompetentiellen Gründen gehindert sahen, das Landrecht zu ändern, oder ob hier das Kirchengesetz, nach dem geistliche Fürsten weder persönlich am Blutgericht teilnehmen noch den Blutbann übertragen durften, eine Rolle spielt, ist unerforscht und muß hier offen bleiben. Jedenfalls lassen die folgenden weltlichen Landfrieden es nicht an der Verwendung der peinlichen Strafe fehlen.

Hans Hirsch, der in seinem epochemachenden Buch von 1922 über "Die hohe Gerichtsbarkeit" den Wandel der Bußgerichtsbarkeit zur Blutgerichtsbarkeit aus den Urkunden schildert, hat keine Einwände gegen die Nivellierungstheorie, sondern macht nur zusätzlich darauf aufmerksam, daß handhafte Täter im Notgericht schon immer der Tod getroffen hat und daß gerade die Landfrieden den Begriff der Handhaft ausgedehnt haben.

Das Bild der schriftlichen Quellen ist danach folgendes: Dort wo die normativen Rechtsquellen der karolingischen Epoche bis zuletzt peinliche Strafen angeordnet haben, fahren die Landfrieden nach zweiundeinhalb Jahrhunderten fort. Dazwischen liegen die rechtsquellenlosen Jahrhunderte, in denen die Kirche als Grundherr peinliche Strafen kennt, in den Gottesfrieden sich ihrer jedoch enthält. Konzentriert man sich auf die weltlichen Rechtsquellen, so besteht eine Kontinuität der Anordnung peinlicher Strafen, anscheinend aber vielleicht nur scheinbar unterbrochen durch die Zeit für welche uns die Rechtsquellen fehlen. Immerhin muß die Herrschaft eine gewisse Intensität aufweisen, damit peinliche Strafen angeordnet und vollzogen werden. Auf zentraler Ebene hat es im 9. und 10. Jahrhundert, in Frankreich

³⁸ *Hoffmann* (wie S. 19) S. 151

³⁹ Ausführlich belegt bei *Gernhuber*, Die Landfriedensbewegung in Deutschland, 1952, S. 139 Fußnote 9; *Gernhuber* selbst steht der Nivellierungstheorie kritisch gegenüber.

mehr als in Deutschland, daran gefehlt. Das aber schließt nicht aus, daß unterhalb dieser Ebene dort, wo bestimmte soziale Segmente ihre hoheitliche Struktur bewahrt haben, peinliche Strafen lebendig geblieben sind.

Mit dem gleichen Argument ist *Achter* zu widersprechen, der in der Brechung des Schematismus von Tat und Reaktin, wie sie besonders für den Bußenprozeß typisch ist, die Geburt der Strafe sehen will. Er übersieht, daß in den hoheitlich strukturierten Segmenten des vorstaatlichen Verbandes ganz andere Regeln herrschen. Hier ermittelt der Richter die materielle Wahrheit und urteilt nach seinem Ermessen. Nichts spricht dafür, daß er sich hierbei an einem äußerlichen Mechanismus gebunden fühlt. Es fehlt auch nicht ganz an Quellen zu diesem Bereich. Eine der Hausstrafgewalt eng benachbarte Erscheinung ist die aus christlichen Vorstellungen ebenso wie aus dem römischen Institut der indignatio gespeiste, von den merowingischen Königen bis in die Neuzeit reichende Strafe des Huldverlustes. Sie dehnt sich vom König auf alle Lehensherren aus. *Achter* bemüht sich, den im vorbildlichen normannischen Lehensrecht zentralen Begriff der *miserecordia* abzugrenzen von demselben Begriff, den er in den allgemeinen, vor allen städtischen Quellen des 12. Jahrhunderts findet. Aber dieser Versuch wirkt künstlich.

Zusammenfassend: Was am Bild der Geburt der Strafe stört, ist die historiographische Eindimensionalität, mit der die Erfassung der geschichtlichen Wirklichkeit ausschließlich an die Chronologie gebunden wird. Vernachlässigt wird darüber die Kategorie des soziologischen Ortes. Seine Berücksichtigung führt zur Erkenntnis der Gleichzeitigkeit des Ungleichartigen, die eine Bereicherung unseres Bildes von der frühen Strafrechtsgeschichte bedeutet.

(1990)

HEINZ HOLZHAUER

"A BÜNTETÉS SZÜLETÉSE"

(Összefoglaló)

A tanulmány a szerzőnek a szegedi egyetem jogi karán 1990 októberében tartott előadásának átdolgozott változata. A címül választott — és idézőjelben írt — kijelentés már elővételezi a szerzőnek (aki a münsteri egyetem tanára), a büntetés "születésére" vonatkozó kritikus alapállását és azt is sejteti, hogy csupán egy szűkebb aspektusból kíván a kérdéshez hozzászólni. Ez a szempont mint kritikai végiggondolása Viktor Achter 1951-ben megjelent, a jelen tanulmánnyal azonos címet viselő könyvében kidolgozott felfogásnak.

A kritizált mű egyik jó összefoglalása annak a — romantikus német történetírásban elterjedt — nézetnek, amely a büntetés megszületését időben a XI—XIII. század közé, helyileg a nyugati frank és kelet-spanyol területekre helyezi, azt akarván kifejezni, hogy a büntetőjog az érett középkori Európa "találmánya". A tárgyyszerű történeti kutatás ellenben Ernst Wilda: A germánok büntetőjoga című munkájának publikálása óta (1842) minden tankönyv anyagában külön fejezetet szentel a germán korszak büntetőjogának, térben és időben jelentősen kiszélesítve ezzel a "születés" lehetőségének kereteit.

A szerző nem vitatja, hogy a virágzó középkorban mélyreható változások álltak be, s ha nem is általában a büntetés, de annak "kínos" változatának (peinliche Strafe) elterjedése ekkorra tehető. Mindenesetre tény, hogy a korai középkor vagyoni megváltást széles körben alkalmazó büntetőjoga ekkor vált át korszakosan az elítélt testét-lelkét meggyötrő eljárásra. Ennek jele az is, hogy az addig egységes magánjogi és büntetőjogi perjog végérvényesen elválik egymástól. Achter további tétele szerint a XI—XIII. századig tiszta eredményfelelősség létezett, utána kezdődött csak a tettes személyes felelősségének figyelembe vétele.

A szerző végigkíséri dolgozatában a büntetés fogalmilag és történetileg kialakult első formáit: a bosszú és a családfő büntető hatalmának változatos eseteit. Megállapítja, hogy a virágzó középkorban a büntetőjog fejlődése éppen azért fordult az ismert irányba, mert a kor legfontosabb jogpolitikai céljának a bosszú megszüntetését tekintette. Az állami büntetőjog e törekvésében jó elvi szövetségesre talált az egyházban.

A tanulmány alappondolata: amikor a büntetés születéséről beszélünk, nagy hiba csak néhány — mégoly fontos büntető- és perjogi — szempontot kiragadni. Elengedhetetlen a jogintézmény valamennyi társadalmi összefüggésének vizsgálata.