

Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien

Die germanische Urzeit weist drei Vorformen des öffentlichen Strafrechts auf. Sie stellen sich in der *Germania* des Tacitus folgendermaßen dar:

1. Im Vordergrund steht das System der Fehde und der Buße. Die schwereren Rechtsverletzungen begründen ein Recht, ja eine sittliche Pflicht (*necesse est*) der Sippe des Verletzten zur Fehde gegen den Täter und seine Sippe. Aber die Fehde kann durch Leistung einer Buße abgewandt oder beendet werden. Diese Buße besteht aus einer bestimmten Anzahl von Pferden, Rindern, Kleinvieh und wird von der einen Sippe an die andere geleistet (c. 21). Bei leichteren Delikten ist schon zur Zeit des Tacitus die Fehde ausgeschlossen und nur ein Recht auf Buße gegeben (c. 12). Das Recht auf Buße kann von der Landsgemeinde geltend gemacht werden. In diesem Falle fällt ein Teil der Buße an den König oder das Volk (c. 12).

2. Dieser intergentilen Regelung tritt für Missetaten eines Mitglieds gegen ein anderes Mitglied derselben Sippe die Disziplin gegenüber, die das Familienoberhaupt über Weiber, Kinder und Knechte ausübt. Tacitus schildert die schimpfliche Züchtigung der Ehebrecherin durch ihren Gatten (c. 19) und die Behandlung straffälliger Knechte (c. 25): Schläge, Fesselung, Zwangsarbeit seien zulässig, aber nicht häufig, die Tötung straflos, aber öfter ein Ausbruch des Jähzorns als eine zielbewußte Bestrafung. Die intragentile Disziplin befindet sich noch in einem vorrechtlichen Zustand, sie wird durch Laune und Sitte bestimmt, noch nicht durch die Rechtsordnung.

3. Schließlich finden sich bei Tacitus, als eine jüngere Schicht der strafrechtlichen Entwicklung, auch schon Ansätze zu einem übergentilen, öffentlichen Strafrecht. Drei umfassende Gemeinschaftsgebilde beginnen sich über die Sippen hinaus zu erheben: die Landsgemeinde, das Kriegsheer, die Kultgemeinschaft. Auf diesen drei Gebieten bewegen sich auch jene Ansätze eines öffentlichen

Strafrechts. Tacitus erwähnt zunächst fünf Fälle des Kriegsstrafrechts¹⁾: Kriegsverrat, Überlaufen zum Feind, Feigheit im Felde oder Nichtgestellung zum Kriege (ignavi et imbelles), Päderastie (corpore infames) (c. 12). Da die andern vier Fälle Kriegsverbrechen sind, muß auch das fünfte und letzte als Kriegsverbrechen verstanden werden: Päderastie im Heereslager. Auf Kriegsverrat und Überlaufen – also auf Treulosigkeit – steht Todesstrafe durch Erhängen, auf Feigheit, Nichtgestellung, Päderastie – also auf Unmännlichkeit – Versenken in Sumpf und Moor, – tamquam scelera (Freveltaten) ostendi oporteat, dum puniuntur, flagitia (Schandtaten) abscondi. Außerdem erscheint als Strafe dessen, der ohne seinen Schild aus der Schlacht zurückgekehrt ist, die schimpfliche Ausschließung aus der Lands- und Kultgemeinde (c. 6). Sie wird von Tacitus mit dem Wort gekennzeichnet, dessen sich die Römer für ihr religiöses Recht bedienten: fas. Das gesamte Kriegsstrafrecht der Germanen scheint religiösen Charakter gehabt zu haben: die Strafen im Kriegsheere – Hinrichtung, Fesselung, Geißelung – werden nicht im Namen des Heerführers verhängt, sondern im Namen des Kriegsgottes – deo imperante, quem adesse bellantibus credunt (c. 7). Sie werden deshalb auch durch den Priester vollstreckt. Der Priester, der in der Landsgemeinde durch sein Schweigegebot Frieden gebietet, hat zum Schutze dieses Dingfriedens auch die Strafgewalt gegen dessen Störer (c. 11). Angesichts dieses starken priesterlichen Anteils an der germanischen Strafrechtspflege darf man annehmen, daß es ein Strafrecht der Priester auch auf ihrem eigenen, religiösen Gebiete gab: für Kultverbrechen. Ansätze öffentlichen Strafrechts können also in der germanischen Zeit festgestellt werden für Kriegsverbrechen, Kultverbrechen und Verletzungen des Dingfriedens.

Alle weiteren Lehren über das germanische Strafrecht sind Hypothesen. Hypothese ist es, daß sowohl dem System der Rache und Buße, wie den Ansätzen zu einem öffentlichen Strafrecht der Rechtsgedanke der Friedlosigkeit zugrunde liege (Brunner). Hypothese auch, daß über die von Tacitus bezeugten Kapitalverbrechen hinaus schon in germanischer Urzeit noch andere Verbrechen mit öffentlicher Todesstrafe bedroht gewesen seien, vor allem Mord,

¹⁾ Zum Folgenden *Conrad* in der *Z. f. d. ges. StrafrW.* Bd. 56, 1937, S. 709 ff.

qualifizierter Diebstahl und Notzucht, «die drei Sachen, die zu dem Tode ziehen» (Amira). Hypothese endlich, daß die öffentlichen Strafen für diese Verbrechen nicht nur religiöse Färbung, sondern den speziellen Charakter von Menschenopfern gehabt hätten (Amira)²⁾. Vollends unbewiesen ist die Entartungstheorie Amiras, nach der die öffentlichen Strafen der germanischen Zeit dem Trieb zur Reinhaltung der Rasse entsprungen wären³⁾, und die Tabu-theorie, nach der die Strafe ursprünglich der Auslieferung des von der Gottheit Ergriffenen an das höhere Tabu dienen sollte, dem er anheimgefallen ist⁴⁾.

Aus welcher jener drei Wurzeln ist das öffentliche Strafrecht der Folgezeit entsprungen? Man hat die Entwicklung der öffentlichen Strafen von der Rache herleiten, die Rache als eine primitive Strafe, die Strafe als eine verfeinerte Rache ansehen wollen⁵⁾. Aber während die Strafe ein Phänomen innerhalb der Gemeinschaft ist, der sie dient, ist die Rache eine intergentile Erscheinung, ein Vorgang zwischen den damals umfassendsten Gemeinschaftsgebilden, nicht primitives Strafrecht, sondern primitives Völkerrecht – der Weg der Entwicklung von ihr in die Gegenwart führt zum Kriege zwischen den Staaten, nicht zur Strafe innerhalb des Staates. Mit der Rache verbindet die Strafe keine begriffliche Verwandtschaft – und auch kein ursächlicher Zusammenhang: daß später die öffentliche Strafe auch dem Rachetrieb des Einzelnen, der selbst nicht mehr seine Befriedigung suchen durfte, Genugtuung gewährte, beweist nichts für ihren Entstehungsgrund; denn als die Staatsgewalt sich in die Streitigkeiten zwischen den Sippen einzuschalten begann, hat sie die Rache keineswegs weitergebildet, vielmehr gerade umgekehrt zurückgedrängt. Nicht in der Rache liegen Keime späteren Strafrechts, vielmehr in der Buße. Aus dem in ihr enthaltenen staatlichen Anteil, dem Friedensgeld – daneben aus der Bannbuße, diesem «rasch aufgeschossenen Wildling der Strafrechts-

²⁾ Skeptisch gegen alle diese Hypothesen v. *Hippel*, Dt. Strafr. I 1925, S. 104 f. n. 7, 106, 108 n. 1. Vgl. auch *Eberhard Schmidt*, Einführung i. d. Gesch. d. dt. Strafr. 1947, S. 24 f.

³⁾ Dagegen *Pappenheim* in der Z. f. dt. Philologie, Bd. 50, 1926, S. 450 ff.

⁴⁾ *Gerland*, Die Entstehung der Strafe, 1925, S. 20 ff.

⁵⁾ Zum Folgenden *Vlavianos*, Zur Lehre v. d. Blutrache, Münchener Diss., 1924.

entwicklung» - entsprang die Geldstrafe als «erste dem Gemeinwesen geschuldete, also öffentliche Strafe»⁶⁾.

Mit mehr Recht als die Sippenrache kann man die Volksrache als den Ursprung der öffentlichen Strafen ansehen, die Lynchjustiz aufgeregter Volksmassen bei Missetaten, die Alle und jeden Einzelnen verletzen und empörten. Wenn die Staatsgewalt dem Volke die Rache aus der Hand nahm und ihre Triebmäßigkeit durch eine rational geregelte Ausübung ersetzte, entstanden öffentliche Strafen. Zum mindesten in dem Verfahren bei handhafter Tat ist der Hintergrund der alten Volksrache noch deutlich erkennbar⁷⁾.

Aber inwieweit sind jene (vielleicht) aus der Volksrache entstandenen frühen öffentlichen Todesstrafen für Kriegs- und Kultverbrechen selbst wiederum für die weitere Entwicklung des Strafrechts fruchtbar geworden? Als sakral gefährbte Strafen, wie sie sich uns bei Tacitus darstellten, vollends als Menschenopfer, mußten sie nach der Christianisierung auf den Widerstand der Kirche stoßen, die sich zu ihrer Vereitelung besonders des Asylrechts bedienen konnte. «Die Geistlichkeit betrieb die Rettung todeswürdiger Verbrecher nach Art eines Sports. Aus zahlreichen Heiligenlegenden läßt sich ersehen, daß nichts leichter in den Geruch der Heiligkeit brachte, als wenn ein frommer Mann einen Verbrecher mit oder ohne Wunder vom Galgentode errettete, den er mehrfach verdient hatte»⁸⁾. In der Tat tritt in der Merowingerzeit die Todesstrafe auffallend in den Hintergrund, um erst unter den Karolingern wieder hervorzutreten - aber, wie sich noch zeigen wird, aus neuer Wurzel⁹⁾. Die sakrale Todesstrafe konnte für die Folgezeit nicht fruchtbar werden, mögen sich auch an die aus anderer Wurzel neu entstandenen Todesstrafen Reminiszenzen des alten Opferrituals angeheftet haben.

⁶⁾ Binding, Die Entstehung d. öff. Strafe, 1909, S. 45, 32.

⁷⁾ Volksrache als Ursprung d. öffentl. Strafe: R. Schmidt, Aufg. d. StrafRPfl., 1895, S. 147 ff., Grundr. d. Strafr., 2. Aufl. 1931, S. 7 ff.

⁸⁾ Brunner, Abspaltungen d. Friedlosigkeit, Forschungen z. Gesch. d. dt. u. franz. Rechts, 1894, S. 455; [Heinerth, Die Heiligen u. d. Recht, 1939, S. 52 ff.]

⁹⁾ Dagegen sieht, mit anderen, H. Mitteis sogar in der Erneuerung der Todesstrafe in wesentlich späterer Zeit «eine Neubasierung auf die ältere Schicht volksrechtlicher Institutionen, die verdeckt, aber nicht zerstört worden waren»; Mitteis, Politische Prozesse des frühen MiA., in den Sitzungsberichten d. Heidelberger Akademie, Jg. 1926-27, Abh. 3, S. 33.

Auch die späteren Leibesstrafen, die verstümmelnden, wie diejenigen an Haut und Haar, hat man aus den sakralen Todesstrafen der germanischen Urzeit herleiten wollen, als abgespaltene Teile des Opferrituals¹⁰⁾. In der Tat erscheinen in jener berühmten Bestimmung der Lex Frisionum (tit. XI der additio sapientium) über die Opferung der Tempelschänder als Vorbereitung des Opfers das Schlitzen der Ohren und die Entmannung. Aber eben dieser sakrale Charakter bestimmter Verstümmelungen bewirkte, daß gerade diese Arten der Verstümmelung nach der Christianisierung verschwinden; so tritt wenigstens die Entmannung im mittelalterlichen Strafrecht ganz zurück¹¹⁾. Man hat die Leibesstrafen andererseits als «Abspaltungen der Friedlosigkeit» gedeutet (Brunner und schon Wilda) – aber wozu diese Strafen mühsam aus andersartigen Strafen herausdestillieren, wenn sie an einer anderen Stelle der Rechtsordnung schon fertig vorhanden waren: im Knechtsstrafrecht.

Damit stoßen wir endlich auf ein für die weitere Entwicklung des Strafrechts zeugungskräftiges Gebiet: Strafarten, die einstmals nur auf Knechte Anwendung gefunden hatten, drangen später in das allgemeine Strafrecht ein. Vor allem die Verstümmelungsstrafen: früher fast nur gegen Unfreie verhängt, werden sie in der Karolingerzeit mehr und mehr auch gegen Freie angewendet, «und zwar besonders bei Vergehen, die einen niedrigen, knechtischen Sinn offenbaren»¹²⁾. Ebenso waren die Strafen an Haut und Haar bis gegen Ende der Karolingerzeit überwiegend Knechtsstrafen¹³⁾. Auch Todesstrafen kommen als Knechtsstrafen vor¹⁴⁾ (und sind insoweit sicher keine «Abspaltungen der Friedlosigkeit», da Knechte an dem Volksfrieden keinen Anteil haben); an diese Todesstrafen für Knechte konnte nach dem Verschwinden der sakralen Todesstrafen der erneute Auftrieb der Todesstrafe in der Karolingerzeit anknüpfen. Insbesondere dürften die qualifizierten Todesstrafen, diese Kombinationen von Leibes- und Lebensstrafen, letzten Endes im Knechtsstrafrecht wurzeln. So kennt z. B. die Lex Frisionum

¹⁰⁾ Brunner-Schwerin, Dt. RGesch. II, 2. Aufl., 1928, S. 763 f. n. 1., 786.

¹¹⁾ Vgl. His, Strafr. d. dt. MiA. I, 1920, S. 520; Fehr, Savigny-Z. Germ. Abt. 35, 1914, S. 149 f.; Grimm, R. A., 1828, S. 709 f.]

¹²⁾ His, a. a. O., S. 510, His, Gesch. d. Strafr. bis zur Carolina, 1928, S. 85 ff.

¹³⁾ His, Strafr. d. dt. MiA. I, S. 528 f., Strafr. bis zur Carolina, S. 70.

¹⁴⁾ Amira, Die germ. Todesstrafen, 1922, S. 27.

(XX 3) für Knechte ein «*tormentis interficere*». Das ganze spätere System der Leibes- und Lebensstrafen war also im Knechtsstrafrecht schon vorgebildet.

Drei Schriftsteller haben sich bisher für die Abkunft des öffentlichen Strafrechts von den Knechtsstrafen mehr oder weniger entschieden ausgesprochen: Köstlin, v. Bar und Jastrow¹⁵⁾. Köstlin in seiner nachgelassenen, immer noch sehr lesenswerten, Geschichte des deutschen Strafrechts findet in der Verallgemeinerung der Knechtsstrafen überhaupt erst «das Emporkommen des Begriffs der Strafe» (S. 81). Zu diesem Begriffe gehöre «die Vorstellung eines dem Schuldigen gegenüber absolut höheren Rechts». Dies ist weder in dem anarchischen Fehde- und Bußrecht verwirklicht, noch in dem (angeblichen) Grundgedanken der vereinzelt öffentlichen Strafen in germanischer Zeit: der Friedlosigkeit; denn dieser «negative Begriff der Friedlosigkeit», welcher die Vernichtung des Friedlosen nur zuläßt, nicht vorschreibt, schließt noch «einen Mangel an positiver, selbstbewußter Macht der Gemeinde über ihren Genossen» in sich. Nur im Verhältnis zwischen Herren und Knechten ist «die erste, freilich noch sehr rohe und unvollkommene Erscheinung jenes Begriffs» zu finden. Man sieht: dem Hegelianer Köstlin fehlt weder die Ausdrucks- noch die Denkweise seines Meisters. Aber es fehlt ihm auch nicht an gesunder historisch-soziologischer Einsicht; er legt immer wieder sehr eindringlich dar, daß die «wenigstens teilweise Entwicklung (des Strafrechts) aus dem herrschaftlichen Züchtigungsrecht» (113) auf dem «Herabsinken der unbegüterten Freien in ihrer politischen und rechtlichen Bedeutung» (81) beruhe, auf der «Annäherung des Rechts der freien und unfreien Hintersassen durch die Unterstellung unter *einen* Gerichtsherrn» (100). Auch v. Bar führt aus, daß «die Anwendung der Lebens- und Leibesstrafen gegen Unfreie . . . später, als die Zahl der vollkommen Freien . . . so sehr sich minderte, für die Auffassung des Strafrechts überhaupt von größter Bedeutung werden mußte» (68 f.),

¹⁵⁾ Köstlin, *Gesch. d. dt. Strafr.*, 1859, v. Bar, *Hdb. d. dt. Strafr.* I, 1882, Jastrow, in der *Schweiz. Z. f. Strafr.*, Jg. 50, 1936, S. 33 ff. und schon in seiner *Weltgeschichte* 1932, S. 146. (Der Aufsatz von Jastrow wurde veranlaßt durch einen Aufsatz von Radbruch in der *Schweiz. Z. f. Strafr.*, Jg. 49, 1935, S. 17 ff.) Unfundierte Bemerkungen in gleicher Richtung schon bei Henke, *Entwicklungsgesch. d. Strafr.*, *Neues Archiv d. Criminalr.*, Bd. 1, 1817, S. 256 ff.

jedoch nicht in der Art und in dem Maße, in welchen man nicht selten die Änderung der Standesverhältnisse sich denkt (88). Diese Einschränkung will besagen, daß v. Bar nur einen faktischen, nicht einen juristischen Unterschied darin erblickt, daß der unvermögende Freie mit dem Unfreien der Strafe an Leib und Leben verfällt, welcher der vermögende Freie entgeht. Mit großer Entschiedenheit drückt sich wiederum *Jastrow* aus, in einem reizvollen Aufsatz, dessen Grundgedanken er schon in seiner Studienzeit, im Seminar K. W. Nitzsch, konzipiert hatte, aber erst am Abend seines Lebens, mehr als achtzigjährig, publiziert hat. Sein Aufsatz trägt den Titel, den die vorliegende Arbeit von ihm entlehnt hat: Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien, und schließt mit den zuversichtlichen Worten: «Die Strafe *ist* nicht bloß so entstanden, sie *kann* nicht anders entstanden sein». *Jastrow* fügt jedoch dieser seiner These gewisse Erläuterungen und Einschränkungen hinzu (S. 36 n. 1): Unter dem Strafrecht, das er auf die Knechtsstrafen zurückführen will, soll nur das öffentliche Strafrecht und noch spezieller das System der Leibes- und Lebensstrafen verstanden werden; unabhängig von den Knechtsstrafen stehe dagegen das System der Bußen an den Verletzten wie an den Staat sowie die ausnahmsweise Tötung von Verbrechern, sei es wegen Verrats im Kriege, sei es zur Besänftigung des Zornes der Götter – Einschränkungen, die sich auch der vorliegende Aufsatz zu eigen macht. Ein wesentlicher und neuer Zug in Jastrows Darlegungen ist der Hinweis auf die wichtige Rolle, die in dem Prozesse der Verallgemeinerung der Knechtsstrafen der Gottes- und Landfriedensbewegung zukommt, und damit dem Kaiser Heinrich IV., der sich an ihre Spitze setzte und so den Ruf eines Beschützers der unteren Volksklassen und ihrer friedlichen Tätigkeit gewann¹⁶⁾. «Diese, eben aus einem Sklavenstande auftauchend, unterlagen noch den Leibes- und Lebensstrafen, die der Herr über sie verhängen konnte; mit ihnen kam neben dem altgermanischen Wergelde ein System öffentlicher Strafe in das deutsche Rechtsleben... Durch die Landfrieden wurde die Regierungszeit Heinrichs die Anfangszeit eines öffentlichen Strafrechts.» (Weltgeschichte, S. 146.)

Seit langem schon bestand damals das Bedürfnis nach einem

¹⁶⁾ In gleichem Sinn über Heinrich IV. *H. Mitteis*, a. a. O., S. 31 ff.

schärfer durchgreifenden Strafrecht. Das Recht der Fehde und der Buße, das im Mittelpunkt der vorstrafrechtlichen Einrichtungen steht, war ein Recht zwischen Gleichen und Gleichbegüterten, ein Recht nur für Satisfaktions- und Zahlungsfähige. Es mußte versagen, je mehr unter den Füßen dieser satisfaktions- und zahlungsfähigen Oberschicht eine Volksklasse erwuchs, die für die Fehde zu niedrig war und für die Buße zu arm¹⁷⁾. Eine solche Klassenschichtung vollzog sich in der fränkischen Geschichtsperiode¹⁸⁾. Damit mußte auch das Verbrechen einen neuen Charakter annehmen: es war nun nicht mehr ein individuell bedingtes Einzelvorkommnis innerhalb einer Gemeinschaft sozial ungefähr gleichgestellter Volksgenossen, sondern eine mehr und mehr sozialbedingte Massenerscheinung in einer klassenmäßig geschichteten Gesellschaft. Kennzeichnend die Rolle, welche jetzt die Räuber, die frühesten unter den Berufsverbrechern, in immer wiederkehrenden Bestimmungen der Kapitularien gewinnen! Zu Cäsars Zeiten waren Raubzüge noch Kriegshandlungen gewesen: *latrocinia nullam habent infamiam* (BG. VI, 23) – es bezeugt die zunehmende Festigung der Staatsgewalt, daß der Raub jetzt zum gemeinen Verbrechen zu werden beginnt. Jetzt erst entsteht das «gemeine Verbrechen» – gemein im Sinne seines Ursprungs aus dem gemeinen Volk wie im Sinne seiner Bewertung als ehrlos, das Verbrechen einer anderen, unverständenen und geringgeschätzten Schicht. Erst von dieser Zeit an, in der das Verbrechen zur sozialen Massenerscheinung zu werden beginnt, «läßt sich im eigentlichen Sinne von einer Legislativpolitik auf dem Gebiete des Strafrechts sprechen»¹⁹⁾. Erst jetzt wird die Strafe aus

¹⁷⁾ Am eindringlichsten hat als strafrechtsgeschichtlichen Faktor das, was er die «allmähliche Herausbildung des Proletariats» nennt, betont *Richard Schmidt*, *Aufg. d. StrafRPfl.*, 1895, S. 174 ff.

¹⁸⁾ Die hier vertretene Auffassung ist jedoch unabhängig von der Streitfrage, ob in der germanischen Zeit eine breite Schicht freier Bauern vorhanden war oder ob schon damals der Großteil der Bauern aus unfreien Knechten und halbfreien Hörigen in der Abhängigkeit von großen Grundherrschaften bestand (v. Dopsch); vgl. *Adel u. Bauern im dt. Staat d. MiA.*, hg. v. *Theodor Mayer*, 1943, bes. den Aufsatz v. *Bader*, S. 109 ff. Wesentlich ist nur, daß irgendwann das Verhältnis von Freien und Unfreien in Bewegung geriet, Ministerialen zu Freien, ja zu Adeligen, Freie zu Hörigen wurden und so auf doppelte Weise ehemalige Knechtsstrafen auf Freie in Anwendung kamen.

¹⁹⁾ *R. Schmidt*, a. a. O., S. 150.

einer Triebhandlung eine soziale Zweckhandlung. Ihr Zweck aber wird unzweideutig ausgesprochen in einem Kapitulare Childeberts II. von 596: *Disciplina in populum modis omnibus observetur* – mit allen Mitteln die Zucht über das (niedere) Volk zu wahren. Als Mittel zu diesem Zweck boten sich naturgemäß die Strafen an, die von jeher für die niederste Schicht gegolten hatten: die Knechtsstrafen.

Bevor die Knechtsstrafen ins allgemeine Strafrecht eingehen konnten, mußten sie selbst Rechtscharakter gewonnen haben²⁰⁾. Die Behandlung der Sklaven war Ausübung des Eigentumsrechts an ihnen, aber «die Grenze des dem Herrn erwachsenden Rechts zieht nicht der abstrakte Eigentums- und Sachenbegriff, sondern die gute Gewohnheit»²¹⁾. Aus solchen Schranken der Sitte, welche kirchlicher Einfluß noch befestigte und verstärkte, wurden allmählich Schranken des Rechts. In einer Gesellschaft von Sklavenhaltern ist es gemeinsames Interesse, die Knechte nicht so hart zu behandeln, daß Verzweiflung und Empörung zu befürchten ist, noch so weich, daß bei ihnen Übermut genährt wird. Es ist kein Zufall, daß gerade bei Tötung des Herrn und bei Unzucht mit der Haustochter vom Volksrecht die Tötung des Sklaven gefordert wird²²⁾; denn gerade hier waren Rücksichten der Mitschuld oder des Mitleids denkbar, welche die Hinterbliebenen oder Verwandten an der Bestrafung hindern konnten.

Vollends trat der Sklave dann unter die Herrschaft des staatlichen Strafrechts, wenn seine Missetat sich gegen Angehörige einer anderen Sippe richtete. Hier konnte der Herr, um seine eigene Verantwortung auszuschließen oder einzuschränken, den Missetäter dem Verletzten ausliefern. Konnte der Verletzte den Ausgelieferten ursprünglich nach seinem Belieben strafen, so wurden später die Strafen staatlich geregelt und ähnelten, da sie vom Verletzten offenkündig vollzogen werden mußten, damals schon einer Bestrafung durch die öffentliche Gewalt. Schließlich nahm die Staatsgewalt die Bestrafung der Knechte selbst in die Hand und verlangte ihre Auslieferung in die öffentliche Hand. Damit war das System öffentlicher

²⁰⁾ Zum Folgenden *Jastrow*, Zur strafr. Stellung d. Sklaven bei Deutschen u. Angelsachsen, Unters. z. dt. Staats- u. Rechts-Gesch., Hf. 2, 1878, *Georg Meyer*, Gerichtsbarkeit über Unfreie. Savigny-Z. germ. Abt., Bd. 2, 1881, S. 83 ff.

²¹⁾ So mit Worten *Mommsens Brunner*, Forschungen, S. 475.

²²⁾ *Brunner*, a. a. O., S. 456.

Knechtsstrafen fertig: die Volksrechte erwähnen Todesstrafe, Abschlagen der Hand, Ausstechen des Auges, Geißelung, anfangs auch die später nur selten auftretende Entmannung.

Diese Knechtsstrafen fanden dann mehr und mehr auch auf Freie Anwendung. Zum mindesten entstand der Schein einer Anwendung auf Freie. Wenn ein Missetäter, weil er die Buße nicht zu zahlen vermochte, in die Schuldknechtschaft des Verletzten verfiel, und dieser ihn einer knechtischen Bestrafung unterwarf, so mochte ein juristisch nicht geübtes Auge die vorherige Verknechtung übersehen und eine an einem Freien vollstreckte Knechtsstrafe vor sich zu sehen meinen. Ungleich wichtiger für das Eindringen der Knechtsstrafen in das allgemeine Strafrecht als das Absinken Einzelner in die Knechtschaft war das Versinken ganzer Volksschichten in soziale Abhängigkeit, die große Umschichtung der Stände, die sich das Mittelalter hindurch vollzog. Freie gerieten in Abhängigkeit, z. B. durch Kommendation, umgekehrt kamen Unfreie zu Ehren, z. B. Ministerialen zur Ritterwürde. Als große Schmelztiegel im Sinne der Angleichung von Freien und Unfreien wirkten einerseits die Grundherrschaften, andererseits die Städte, beide in gegensätzlicher Richtung: hieß es hier «Luft macht frei», so konnte man dort sagen: «Luft macht unfrei». So verfielen einerseits die freien Hintersassen der Grundherren dem Knechtsstrafrecht, nahmen andererseits aufsteigende Unfreie, Ritter wie Städter, das Strafrecht ihres bisherigen Standes mit hinauf in ihren erhöhten Stand und nötigten es allmählich auch ihren neuen Standesgenossen auf. Es war eine Entwicklung, die sich durch Jahrhunderte erstreckte, in der Merowingerzeit begann, unter den Karolingern einen ersten Höhepunkt erreichte und in den Gottes- und Landfrieden zum Abschluß und, bisher wesentlich faktischer Natur, zu rechtlicher Anerkennung kam.

Die Gottes- und Landfrieden²³⁾ unterscheiden anfänglich noch Strafen für Freie und Strafen für Unfreie: dort die Acht, hier Todesstrafe, Verstümmelung und Geißelung – so z. B. in dem Mainzer Gottesfrieden Heinrichs IV. von 1085. Sie nehmen in der Folge

²³⁾ Zum Folgenden *Schnellbögl*, Die innere Entwicklung der bayr. Landfrieden des 13. Jh., Deutsch-rechtlicher Beiträge, Bd. 13, Hf. 2, S. 209 ff., bes. S. 217–219 Anm.; *Hans Hirsch*, Die hohe Gerichtsbarkeit, 1922, S. 150 ff.; *Eberhard Schmidt*, Einführung, S. 38 ff., 44 ff.

immer zahlreichere Verbrechen in sich auf und vermögen deshalb das System der Leibes- und Lebensstrafen immer reicher zu entfalten. Sie erstrecken schließlich dieses System ehemaliger Knechtsstrafen auf Freie: in Friedrichs I. *Constitutio de pace tenenda* von 1152 ist jeder Unterschied von frei und unfrei gefallen²⁴). Der letzte Landfriede, der noch peinliche Strafen enthält, ist die *Treuga Henrici* von 1224: sie sind seitdem in das gemeine Recht und in das allgemeine Rechtsbewußtsein übergegangen²⁵). Damit ist eine jahrhundert lange Entwicklung an ihr Ziel gelangt, das System der Leibes- und Lebensstrafen vollendet, das Knechtsstrafrecht zum allgemeinen Strafrecht geworden, die Unterscheidung von Freien und Unfreien für das Strafrecht überwunden²⁶).

Das Strafrecht trägt bis auf den heutigen Tag die Züge seiner Abstammung von den Knechtsstrafen. Die Strafe bedeutet seither eine *capitis deminutio*, weil sie die *capitis deminutio* dessen, für den sie ursprünglich bestimmt war, voraussetzt. Bestraftwerden bedeutet jetzt behandelt werden wie ein Knecht. Das wurde symbolisch unterstrichen, wenn etwa in älterer Zeit mit der Prügelstrafe regel-

²⁴) *Jastrow* in seinem Aufsatz in der *Schweiz. Z.*, S. 43 f. zeigt, daß sowohl in den Friedenseinungen wie in der Beschwörung der Landfriedensgesetze wie in den Stadtrechten der Gedanke des «gekorenen» Rechtes zum Ausdruck kommt, nach welchem sich der Freie durch freie Willensbestimmung neuem Recht (und so auch dem neuen Strafrecht) unterwirft.

²⁵) Daß die ständische Differenzierung durch eine Differenzierung der Klassen ersetzt wird, daß, soweit Leibes- und Lebensstrafen ablösbar sind, der Reiche zahlen kann, während der Arme bluten muß, ein Rechtszustand, dem erst die *Carolina* durch die unablässbare Anwendung der peinlichen Strafe ein Ende setzt: dies alles liegt außerhalb der Aufgabe dieser Abhandlung. Vgl. darüber die anschauliche Darstellung von *Richard Schmidt*, *Aufg. d. StrafRPfl.*, 1895, S. 156 ff.

²⁶) Grundsätzlich zustimmend *Eberhard Schmidt*, *Maximilianische Halsgerichtsordnung*, 1949, S. 41 ff., *Einführung i. d. Gesch. d. dt. StrafRPfl.*, 1947, S. 22; *Gwinner*, *Einfluß d. Standes im gem. Strafr.*, 1934, S. 1 f., 22–28, auch *Msch. f. Kriminalbiologie*, 31, 1940, S. 256; teilweise zustimmend (*Verstümmelungsstrafen*) *Wohlhaupter*, *Archiv f. Rechts- u. SozialPh.*, 34, 1940/41, S. 187 ff. Vgl. auch *Hans Hirsch*, *Hohe Gerichtsbarkeit*, 1922, S. 125 ff. Für das römische Recht vertritt die Herkunft des Strafrechts aus der Hauszucht *Th. Mommsen*, *Röm. Strafr.* 1899, S. 16–26, 898 f. Für die italienische Entwicklung stimmt obiger Auffassung zu *Dahn*, *Unters. z. Verfassungs- u. StrafrGesch. d. ital. Stadt*, 1941, S. 49. «Auch für die russischen Verhältnisse zutreffend» nennt sie *Hans v. Eckardt*, *Ivan der Grausame*, 1941, S. 401.

mäßig das Scheren des Haupthaars verbunden war; denn geschorenes Haar ist Knechtes Art. Die Geißelung erscheint sogar gelegentlich, etwa in der Lex Visigotorum, wirklich in Verbindung mit der Verknechtung²⁷⁾. Die knechtische Behandlung bedeutete aber in jener Zeit nicht nur eine soziale, sondern zugleich eine moralische Herabwürdigung. «Niedrigkeit» ist damals gleichzeitig und untrennbar ein gesellschaftliches, ein sittliches, ja auch ein ästhetisches Werturteil. Der gemeine Mann ist zugleich der «gemeine Kerl», der «ordinäre» Mensch, vilain (villain) heißt im Französischen wie im Englischen sowohl der unfreie Bauer wie der Schurke; der Dörfler ist im Deutschen zum «Tölpel» geworden. Die Bilderhandschriften des Sachsenspiegels gehen den einfachen Leuten auffallend grobe und garstige Gesichtszüge²⁸⁾. Die Ehrenminderung, die der Strafe bis heute unausrottbar innewohnt, wurzelt nicht zuletzt in ihrem Ursprung aus den Knechtsstrafen. Intuitiv hat diesen Zusammenhang schon Nietzsche erkannt²⁹⁾: «Das Beschimpfende ist erst so in die Strafe gekommen, daß gewisse Bußen an verächtliche Menschen (Sklaven z. B.) geknüpft wurden. Die, welche am meisten bestraft wurden, waren verächtliche Menschen und schließlich lag im Strafen etwas Beschimpfendes.»

²⁷⁾ Freilich nicht Verknechtung infolge der Geißelung, wie Grimm, Rechtsaltertümer, 1828, S. 704 annahm, sondern Geißelung anlässlich der Verknechtung: Wilda, Strafr. d. Germanen, 1842, S. 514.

²⁸⁾ v. Künssberg, Sachsenspiegel (Inselbücherei 347), S. 14.

²⁹⁾ Wille zur Macht, Aph. 471.

**ELEGANTIAE
JURIS CRIMINALIS**

Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts

von

GUSTAV RADBRUCH

Professor an der Universität Heidelberg

Zweite, neubearbeitete und erweiterte Auflage

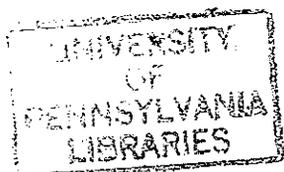
1950

Verlag für Recht und Gesellschaft AG., Basel

KK/7962/R33/1950

Copyright 1950 by Verlag für Recht und Gesellschaft AG. Basel

Druck: Barfüßer-Druckerei Basel



RENATAE FILIAE UNICAE
UNICI FILII ANSELMI
IN MEMORIAM

REQUIEM ETERNAM DONA EIS DOMINE ET LUX PERPETUA LUCEAT EIS

g. Thorsten Sellen

Inhaltsverzeichnis

Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien	1
Planetarische Kriminalanthropologie	13
Hans Baldungs Hexenbilder	30
Der Raub in der Carolina	49
Lieb der Gerechtigkeit und Gemeiner Nutz. Eine Formel von Johann von Schwarzenberg	70
Cicero deutsch. Zu Johann von Schwarzenbergs Officien-Über- setzung	90
Schwarzenberg-Bildnisse	104
Die ersten Zuchthäuser und ihr geistesgeschichtlicher Hintergrund	116
Peter Günther – Narr und Held	130
Ars moriendi. Scharfrichter – Seelsorger – Armersünder – Volk	141
Kriminalistische Goethe-Studien	
1. Goethe und Schwarzenberg	174
2. Goethe und K. F. Hommel	176
Isaak Iselin über Cesare Beccaria	181
Anselm v. Feuerbach und die vergleichende Rechtswissenschaft	193
Franz v. Liszt – Anlage und Umwelt	208

Handwritten notes:
in der 17ten Auflage
von der 18ten Auflage
nicht zu verwechseln