

Die peinliche Strafe als Instrument des Friedens

VON ELMAR WADLE

Das Thema vereint zwei Begriffe, die in der rechtshistorischen Forschung schon immer einen zentralen Platz eingenommen haben. Und was wir so oft von Begriffen sagen müssen, die im Zentrum des wissenschaftlichen Interesses stehen, trifft auch hier zu: Über Inhalt und Bedeutung ist oft und gern gestritten worden. Dieser Befund ist einerseits unangenehm für den, der geglaubt hat, man könne sich beim Blick in die mittelalterliche Vergangenheit auf feste, in der Rechtswissenschaft bewährte Begriffe stützen. Andererseits ist der Befund aber auch angenehm, da er Gelegenheit bietet, über die Begriffe und ihren Zusammenhang nachzudenken.

I. ZUM BEGRIFF DER STRAFE IM MITTELALTER

Blickt man in die klassischen Darstellungen zur Geschichte des Strafrechts, so trifft man eine Begrifflichkeit an, die sehr allgemein gehalten ist. Überdies bedienen sie sich einer Gliederung, die auf dem in der modernen Strafrechtswissenschaft üblichen System aufbaut¹⁾.

So fällt etwa bei dem zweibändigen Werk von Rudolf His²⁾ die Gliederung in einen allgemeinen und einen besonderen Teil auf: Im ersten Band seines Buches werden unter dem Titel »Die Verbrechen und ihre Folgen im allgemeinen« nach einer Einleitung zunächst die »Missetat«, dann »Fehde« und »Sühne« und das »Strafensystem« abgehandelt. Den zweiten Band füllt der besondere Teil unter dem Titel »Die einzelnen Verbrechen«.

Schon in diesen Überschriften wird deutlich, daß sich His einer Reihe von Begriffen bedient, die der modernen Strafrechtswissenschaft selbstverständlich sind. Bedauerlicherweise reflektiert His seine Wortwahl nicht weiter. Zum Begriff »Strafe« etwa, der uns hier zu

1) Zum folgenden vgl. etwa Hans-Rudolf HAGEMANN, Vom Verbrechenkatalog des altdeutschen Strafrechts, in: ZRGermAbt 91 (1974) S. 1–72, hier bes. 1 ff. – Die nachfolgenden Literaturangaben beschränken sich auf Unverzichtbares. Im übrigen darf verwiesen werden auf: Wolfgang SELLERT/Hinrich RÜPING, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. I: Wolfgang SELLERT, Von den Anfängen bis zur Aufklärung, Aalen 1989; hier sind die traditionelle rechtshistorische Sicht des Strafrechts und der Stand der Diskussion recht gut dokumentiert. Im übrigen sei hier generell auf den Beitrag von Gerhard DILCHER, Friede durch Recht (in diesem Bande) verwiesen.

2) Rudolf HIS, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, 2 Bde., Weimar 1920/1935.

interessieren hat, liefert er keinerlei Definition. Wohl aber beschäftigt er sich mit den im Mittelalter verwendeten »Namen«. Dabei hebt er »poena« als den gewöhnlichen lateinischen Ausdruck hervor und vermutet zum deutschen Wort »Strafe«³⁾: »Strafe, ein Wort dunkler Herkunft, bedeutet ursprünglich so viel wie Tadel, Anfechtung, und tritt im heutigen Sinne in den juristischen Quellen nicht vor dem 14. Jahrhundert auf. Häufiger wird die Verwendung des Wortes in unserem Sinne erst im 15. Jahrhundert«.

In solchen und anderen Sätzen kommt eine gewisse Vorsicht zum Ausdruck. Gleichwohl scheut sich His nicht, neben Todesstrafe, Verstümmelungsstrafe, Freiheitsstrafe und Ehrenstrafe auch Buße und Brüche, Acht und Verbannung in einem Abschnitt zusammenzufassen, den er »Strafensystem« überschreibt⁴⁾. Hier wird, ohne daß dies ausdrücklich gesagt würde, Strafe wohl doch in einem sehr allgemeinen Sinne als Rechtsfolge einer Straftat begriffen.

Von dieser Straftat ist auch zuvor ausführlicher die Rede. Sie heißt bei His »Missetat« und der erste Paragraph des ebenso bezeichneten ersten Abschnittes wendet sich Begriff und Arten der Missetat zu. Wer erwartet hat, hier nun werde wenigstens die Missetat definiert, sieht sich enttäuscht. His meint zunächst⁵⁾: »Eine feste Terminologie, wie sie unser heutiges Strafrecht zeigt, darf man im Rechte des deutschen Mittelalters nicht suchen. Die Zahl der gleichbedeutenden Bezeichnungen ist ungemein groß, und häufig kommt demselben Ausdruck neben einer allgemeinen noch eine engere Bedeutung zu«.

Auch hier wird auf eine Definition verzichtet, gleichwohl aber mit einem allgemeinen Begriff gearbeitet. Es ist wiederum der moderne Begriff der »Straftat«, der eher gelegentlich mehr oder weniger deutlich zum Vorschein kommt. So ist die Rede von »Verbrechen«, von »Vergehen im allgemeinen« oder vom »Vergehen als einem Verstoß gegen die Normen des Rechts und der Sitte«, das im Mittelalter mit bestimmten Namen belegt werde.

Ähnlich wie His verfahren die meisten der klassischen Autoren der Rechts- und Strafrechtsgeschichte. Sie sind durchweg an der modernen Einteilung der Rechtsordnung in Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Privatrecht, Verfahrensrecht usw. orientiert. Und diese Ausrichtung am modernen Schema fordert ein Kapitel über »Strafrecht« geradezu heraus; es ist in aller Regel für jede Epoche der Rechtsgeschichte eigens ausgewiesen. So finden wir in Richard Schröders Darstellung⁶⁾ der »Germanischen Urzeit« ebenso ein Kapitel mit dem Titel »Das Strafrecht« wie in den Abschnitten über die fränkische Zeit oder über das Mittelalter.

Dieser Sprachgebrauch ist einigermaßen verwunderlich, wenn man beobachtet, daß sich auch ältere Autoren der Problematik des Begriffs sehr wohl bewußt sind. Bei Hans Fehr etwa können wir den Satz lesen⁷⁾: »Die Entstehung der Strafe gehört zu den größten Problemen der Geschichte«.

3) His, Strafrecht (wie Anm. 2), I, S. 342.

4) Wie Anm. 3.

5) His, Strafrecht (wie Anm. 2), II, S. 37.

6) Richard SCHRÖDER, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, fortgef. v. Eberhard Frhr. von KÜNSSBERG, Berlin-Leipzig 1932 S. 78 ff., 369 ff., 828 ff.

7) Hans FEHR, Deutsche Rechtsgeschichte, Berlin/Leipzig 1921, S. 19; Berlin 1962, S. 16.

Diese Erkenntnis hat Fehr nicht daran gehindert, den entsprechenden Abschnitt zur germanischen Zeit mit dem Titel »Das Strafrecht« zu versehen.

Im modernen Recht wird ein Verhalten, eine Tat also, durch die Sanktion, also die Strafe, als Straftat qualifiziert. Wenn nun gerade diese Sanktion im Ungewissen bleibt, müßte man dann nicht auf Begriffe wie »Straftat« oder »Strafrecht« verzichten? Einige Autoren scheinen sich dieser Konsequenz bewußt gewesen zu sein.

Schon Heinrich Brunner⁸⁾ überschreibt den einschlägigen Abschnitt über die germanische Zeit nur mit »Missetat«, und Heinrich Mitteis⁹⁾ verwendet den noch allgemeineren Titel »Unrechtsfolgen«.

Gleichwohl zeichnen auch sie ein Bild der Strafrechtsgeschichte von der Frühzeit bis ins hohe Mittelalter, das durch starke Kontinuitäten gekennzeichnet ist. Dies ist letztlich nur möglich, wenn man Strafe und Unrechtsfolge gleichsetzt und, wie schon bei His beobachtet, Friede, Buße, Bann und peinliche Strafe als Elemente eines Strafensystems betrachtet, wenn man mithin einen sehr allgemeinen Strafbegriff akzeptiert.

II. DIE THESE VON DER »GEBURT DER STRAFE«

Gegen dieses Verfahren hat sich in besonders prononcierter Weise Viktor Achter gewandt. In seiner Studie »Geburt der Strafe« formuliert er eine These, welche das Kontinuitätsverständnis klassischer Darstellungen der Rechtsgeschichte grundsätzlich in Zweifel zieht¹⁰⁾: »Wenn ... die Meinung vertreten wird, daß es von Anbeginn des uns bekannten germanischen Rechts bereits Ansätze zu einer Strafe im heutigen Sinne gegeben habe, daß sich aus ersten Anfängen dieser Begriff allmählich in steigendem Maße entwickelt habe, wer insoweit also hinsichtlich des Rechts »entwicklungsgläubig« ist, dem muß ich vorweg meine grundsätzlich andere Ansicht bekennen. Weder sehe ich solche »Ansätze«, noch eine »Entwicklung«. Ich sehe vielmehr eine Zeit, in der es eine Strafe nicht gab, auch keine Ansätze zu ihr. Das Recht war damals etwas grundsätzlich anderes, als es später wurde. Und weiter sehe ich eine Zeit, in der das Recht anders geworden ist und dann allerdings schon viele Ansätze zeigt, die sich im heutigen Recht wiederfinden. In jener Zeit sehe ich auch den Begriff der Strafe. Aber zwischen dem einen und dem anderen gibt es keine »Entwicklungsreihe«. Das Neue ist etwas grundsätzlich anderes, ein Aliud«.

Der hier angesprochene Gegensatz zwischen »alt« und »neu« wird etwa folgendermaßen umschrieben¹¹⁾. Im alten Recht liege das Schwergewicht auf der Tat, d. h. auf der Verletzung,

8) Heinrich BRUNNER, Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig 1906, Bd. I, S. 211 ff.

9) Heinrich Mitteis, Deutsche Rechtsgeschichte, München/Berlin 1949, enthält noch S. 16: »Kapitel 9: Die Anfänge des Strafrechts«; spätestens von 1954 an heißt es: »Kapitel 9: Unrechtsfolgen«, ebenso die weiteren, von Heinz LIEBERICH neubearb. Aufl., zuletzt München 1992 (S. 38).

10) Viktor ACHTER, Geburt der Strafe, Frankfurt a. M. 1951, S. 11 f.

11) ACHTER, Geburt (wie Anm. 10), S. 12.

auf dem Übel als solchem; der Täter, das Individuum spiele noch keine Rolle, nicht der Täter, sondern die Tat stehe im Mittelpunkt des Rechts. Sie interessiere auch nur insoweit, als sie die Lebensordnung verletzt habe, als durch die Tat eine »Entordnung«, also etwas ganz Objektives eingetreten sei; diese Entordnung sei schnellstens wieder zu beseitigen. Die Störung der geheimnisvollen Harmonie, in der alles menschliche Leben aufgehoben ist, müsse wieder hergestellt, das Heil wiedergewonnen werden. Das geschehe auf eine magische Weise durch den Vollzug der Unrechtsfolgen, handle es sich nun um Fehde oder Buße, Geldzahlung, Verstümmelung oder Hinrichtung¹²⁾: »Die Rekonstruktion der Ordnung fordert ein ganz bestimmtes, starr festgelegtes Tun, eine Buße in ganz bestimmter Höhe oder anderes. Ist diesem Gebot entsprochen, dann ist die entstandene Lücke geschlossen und die Symbiose im ordo der Welt wieder hergestellt«.

Und dann heißt es weiter: »Die Folge der Tat, die man so irreführend auch für das frühe Mittelalter ›Strafe‹ nennt und die dazu dienen sollte, einen Riß im Weltgebäude zu kitteln, ist als ein ganz objektiver Vorgang, ein objektives und seit alters her bekanntes Mittel. Es ist, um einen Vergleich zu gebrauchen, ein Medikament zur Heilung. Eine sittliche Beurteilung der Tat oder des Täters liegt in diesem Mittel nicht«.

Genau dies, das sittliche Urteil über Tat und Täter sei wesentlich für das, was wir heute Strafe nennen, wer immer sie verhängt¹³⁾. An eine solche »Strafe« sei ohne sittliche Beurteilung nicht zu denken: Strafe sei eine Reaktion auf den Täter, weniger auf die Tat. Die Blickrichtung habe sich von der Störung zum Störer gewandt; der Störer stehe nun als Person im Mittelpunkt«. Nicht Wiederherstellung einer Ordnung, nicht objektiver Ausgleich, sondern sittliche Beurteilung des Handelns, sei der Sinn des Strafübels, das dem Täter auferlegt werde¹⁴⁾.

Achter meint, der allgemeine Durchbruch dieser neuen und modernen Vorstellung finde im 12. Jahrhundert statt. In dieser Zeit müsse sich »eine grundlegende Änderung der Auffassung vollzogen haben«¹⁵⁾, denn von der Auffassung, daß die Missetat eine objektive Störung sei, bis zu der Behandlung der Missetat als des bösen Tuns eines Individuums sei ein weiter Weg, es sei der Weg von der Starrheit des Rechts zu seiner rationalen Erfassung und dadurch bedingten Änderung von der Automatik der Sühne zur Bestrafung des Täters.

Achter sieht den Umschlag im Zusammenhang mit der Wandlung des abendländischen Geistes, die sich im 12. Jahrhundert vollziehe, jenem Prozeß also, den man mit dem Schlagwort »Renaissance des 12. Jahrhunderts« zu erfassen sucht¹⁶⁾.

Achter bemüht sich dann, seinen grundsätzlichen Ansatz näher zu belegen, indem er das Wo, das Wie, das Wann und das Warum des Wandels näher zu beschreiben sucht. Die

12) ACHTER, Geburt (wie Anm. 10), S. 18.

13) ACHTER, Geburt (wie Anm. 10), S. 18.

14) ACHTER, Geburt (wie Anm. 10), S. 14.

15) ACHTER, Geburt (wie Anm. 10), S. 19.

16) Vgl. nur Charles H. HASKINS, *The Renaissance of the Twelfth Century*, Cambridge Mass. 1927; Robert L. BENSON/Giles CONSTABLE (Hg.), *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, Cambridge Mass. 1982; Peter WEIMAR (Hg.), *Die Renaissance der Wissenschaften im 12. Jahrhundert*, Zürich 1981.

Einzelheiten können hier nicht referiert werden. Sie haben der Kritik vielfältige Ansatzpunkte geliefert¹⁷⁾, sicherlich oft zu Recht. Die Beschränkung auf südfranzösische Quellen ist ebenso wenig überzeugend wie die These, die cluniazensische Reformbewegung des 11. Jahrhunderts habe für die Geburt der Strafe keine Bedeutung gehabt. Gleichwohl bleibt es ein Verdienst Achters, die bisherige Betrachtungsweise grundsätzlich in Frage gestellt zu haben.

Genauere Studien zur Geschichte des kirchlichen Denkens im 11. und 12. Jahrhundert, namentlich zur Entfaltung der scholastischen Theologie und Kanonistik, dürften Achters Grundthese ebenso stützen wie globalere sozialgeschichtliche Ansätze¹⁸⁾. Tendenzen zur stärkeren Verrechtlichung der sozialen Strukturen, die am Beispiel der Ausgrenzung sozialer Gruppen wie der Häretiker, Juden und Leprakranken zu erweisen sind, mögen die Bereitschaft zur Verfolgung genährt und damit auch das Verständnis von Strafe und Strafprozeß verändert haben.

Vieles harrt auf diesem Feld noch der genaueren Untersuchung. Gleichwohl wird man davon ausgehen dürfen, daß – wie so vieles andere, was die Kultur der europäischen Welt charakterisiert – auch für die moderne Sicht der Strafe im ausgehenden 11. und im 12. Jahrhundert die Basis gelegt worden ist. Es ist bemerkenswert, daß schon in den Sentenzen des Petrus Lombardus aufscheint¹⁹⁾, was für das heutige Strafrecht gilt, daß nämlich erst das mit Strafe bewehrte Verbot das menschliche Verhalten zur Straftat qualifiziert. Die legitimierte Sanktion ist der eigentliche Sitz des Strafrechts; die Verknüpfung der Strafe mit dem Handeln eines Menschen ist sein Kern. Das Unwerturteil über Tat und Täter steht nicht für sich, es wird gefällt, um die Verknüpfung mit der Strafe zu ermöglichen. Insoweit hat Strafe gerade den Sinn, das Unwerturteil zu begründen.

Wer immer befugt sein sollte, die Strafe zu verhängen und damit das Unwerturteil zu fällen – das Urteil richtet sich gegen den Täter und seine Tat. Ohne diesen Bezug auf die

17) Vgl. etwa die Rezension von Karl S. BADER, in: ZRGermAbt 69 (1952) S. 438–442; differenzierter: DERS., Schuld-Verantwortung – Sühne als rechtshistorisches Problem, in: E. R. FREY (Hg.), Schuld – Verantwortung – Strafe, Zürich 1964, S. 61–79, hier 72f.; Ekkehard KAUFMANN, Die Erfolgshaftung, Untersuchungen über die strafrechtliche Zurechnung im Rechtsdenken des frühen Mittelalters, Frankfurt a. M. 1958, bes. S. 15ff.; DERS., Erfolgshaftung, in: HRG I, Sp. 989–1001. – Im Sinne Achters dagegen: Hans HATTENHAUER, *De arbore inciso homineque occiso* – Stationen eines Rechtsproblems, in: Götz LANDWEHR (Hg.), Studien zu den germanischen Volksrechten, Gedächtnisschrift f. Wilhelm Ebel, Rechtshistorische Reihe 1, Frankfurt a. M. 1982, S. 7–34, hier bes. 20ff.; Hans HATTENHAUER, Über Buße und Strafe im Mittelalter, in: ZRGermAbt 100 (1983) S. 53–74, bes. 65ff.

18) Vgl. etwa Robert Jan MOORE, *The Formation of a Persecuting Society, Power and Deviance in Western Europe 950–1250*, Oxford 1987; David GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Oxford 1990; im übrigen vgl. die in Anm. 46 Genannten.

19) Petri Lombardi Sententiarum Libri quatuor, MPL 192, S. 734: *Non enim consisteret peccatum si interdictio non fuisset*. Dazu Harold J. BERMAN, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983, jetzt in dt. Übers.: *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, Frankfurt a. M. 1991, S. 309.

Person ist Strafe im modernen Sinne kaum vorstellbar. Unrechtsfolgen, die sich nicht in diesem personalen Sinne interpretieren lassen, sollte man deshalb auch nicht Strafe nennen²⁰⁾.

Reduziert man Achters Thesen auf diesen Kern, kann man ihnen eine gewisse Berechtigung nicht absprechen. Damit ist keineswegs behauptet, daß seine zeitliche oder räumliche Einordnung der Geburt der Strafe allgemeinen Beifall verdient. Es ist denkbar und wohl auch nicht ganz unwahrscheinlich, daß es Strafe in diesem Sinne oder wenigstens Ansätze dazu schon vor dem 12. Jahrhundert gegeben hat²¹⁾.

Dennoch sollte man Abschied nehmen von allen Kontinuitätsthesen, die sich – wenn auch oft unausgesprochen – auf einen einheitlichen, durch alle Jahrhunderte gleichbleibenden Begriff der Strafe stützen.

III. DIE STRAFTAT ALS BRUCH DES FRIEDENS

Dieser Aufforderung mag sich mancher anschließen und gleichwohl eine Kontinuität bejahen, die in anderer Weise begründbar erscheint. Lassen sich die Kontinuitätslinien nicht halten, wenn es gelingt, die Missetat selbst einheitlich zu qualifizieren, mag die Reaktion auf sie, also Strafe in ihrem allgemeinsten Sinne, auch sehr vielgestaltig sein.

Bis zum heutigen Tage gibt es den Versuch, die Gemeinsamkeit aller Straftaten dadurch zu begründen, daß man sie als Friedensbruch bezeichnet.

Vor kurzem ist im Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte ein ausführlicher Artikel zum Stichwort »Strafe, Strafrecht« aus der Feder Ekkehard Kaufmanns erschienen²²⁾. Er beginnt mit folgenden Sätzen: »Die Strafe (S) ist in historischer Sicht eine Reaktion

20) Hier wäre insbesondere die Frage nach der Bedeutung von »compositio« oder »Buße« neu zu stellen und damit die Frage nach der sog. »Privatstrafe«. Als Hinweise müssen hier genügen: KAUFMANN, Das spätmittelalterliche deutsche Schadensersatzrecht und die Rezeption der »actio iniuriarum aestimatoria«, in: ZRGermAbt 78 (1961) S. 93–139; DERS., Buße, in HRG I, Sp. 575–577 (Sp. 576: »Diese [sc. die Buße] ist der normale Ausgleich für die Rechtsfälle und daher keine Strafe im modernen Sinne«); Heinz HOLZHAUER, Privatstrafe, in: HRG III, Sp. 1993–1998 (Sp. 1994 »als P. wird dagegen die Erscheinung bezeichnet, daß gegen einen Gruppenfremden oder eine fremde Gruppe ein Strafanspruch des Verletzten oder seiner Gruppe besteht oder die Strafe vom Verletzten vollzogen wird oder ihm zugute kommt«); HATTENHAUER, De arbore (wie Anm. 17), bes. S. 19ff. (S. 22 zu »compositio/Buße«: »Es ist weder Schadensersatz i. S. d. modernen Zivilrechts, noch Mißbilligung von Schuld und böser Gesinnung des Täters i. S. d. Strafrechts«).

21) Zur Diskussion um das ältere Strafrecht vgl. etwa Heinrich MITTEIS, Rezension von Julius GOEBEL jr., Felony and Misdemeanor I, New York 1937, in: ZRGermAbt 58 (1938) S. 856–878; HAGEMANN, Diebstahl (wie Anm. 1), bes. S. 11 ff.; KAUFMANN, Erfolgshaftung (wie Anm. 17); DERS., Zur Lehre von der Friedlosigkeit im germanischen Recht, in: Gerd KLEINHEYER/Paul MIKAT (Hg.), Beiträge zur Rechtsgeschichte, Gedächtnisschr. f. H. Conrad, Paderborn/München/Wien/Zürich 1979, S. 329–365; HATTENHAUER, De arbore (wie Anm. 17); Hermann NEHLSSEN, Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen, in: Karl KROESCHELL (Hg.), Gerichtslauben-Vorträge, Sigmaringen 1983, S. 3–16.

22) Ekkehard KAUFMANN, Strafe, Strafrecht, in: HRG IV, Sp. 2011–2029, hier 2011 f.

auf das den Frieden störende Unrecht. In der Entwicklung der S von den Anfängen bis zum Ausgang des Mittelalters ist die Wiederherstellung des Friedens (im Sinne der Beseitigung oder Beendigung einer Störung) oberstes Ziel. Es besteht daher über Jahrhunderte hinweg eine pragmatische Zweck-Mittel-Relation zwischen dem angestrebten Erfolg und den eingesetzten Mitteln«.

In diesen Sätzen befinden sich die beiden zentralen Begriffe unseres Themas wieder, nämlich »Strafe« und »Frieden«. Sie werden zum Teil etwas allgemeiner verwendet. So ist von Strafe schlechthin die Rede und nicht nur von peinlicher Strafe. Überdies werden Strafe und Friede in anderer Weise miteinander in Beziehung gesetzt. Kaufmann benutzt den Frieden, um den Anknüpfungspunkt der Strafe zu beschreiben. Das den Frieden störende Unrecht ist das strafauslösende und strafwürdige Geschehen; die Missetat – wie man früher gesagt hätte – wird als Friedensbruch bedeutet. Ziel der Strafe ist dementsprechend die Wiederherstellung des Friedens.

Strafe ist für Kaufmann dann jedes Mittel, das zu diesem bestimmten Zweck eingesetzt wird; eine Reaktion, ohne daß zunächst offengelegt würde, worin die Mittel bestehen, von wem und in welcher Weise sie eingesetzt werden.

Dies zu präzisieren ist dann Sache des Artikels. So werden dann die Stichworte »Rache« und »Fehde«, »Sühne« und »Buße«, »peinliche Strafen«, »Privatstrafe und staatlicher Strafanspruch« behandelt. Dabei geht es Kaufmann darum herauszuarbeiten, was er eingangs so formuliert: »Geschichte von Strafe und Strafrecht ist ... zugleich die Geschichte ihrer Mehrspurigkeit in sich mannigfaltig überschneidenden Linien mit verschiedener Setzung der Schwerpunkte «.

Hinter Kaufmanns Sicht der Strafrechtsgeschichte steht eine bestimmte, sehr allgemeine Vorstellung von Frieden, wie er an anderer Stelle im Handwörterbuch näher ausbreitet. Dort finden wir allerdings ein recht heterogenes Bild.

Auf der einen Seite wird gesagt²³⁾, als »Rechtsterminus ist Friede (Pax) ... ein Zentralbegriff des germanischen und mittelalterlichen Rechts. Die gemessen an der modernen Terminologie außerordentlich vielfältige Verwendung des Wortes ... beruht auf der Nähe des Friedensbegriffes zum Rechtsbegriff. Frieden bedeute in erster Linie Rechtsfrieden, den Zustand eines rechtlich geordneten menschlichen Zusammenlebens«. Recht und Frieden werden hier nahezu in eins gesetzt.

Andererseits differenziert Kaufmann anschließend die Friedensvorstellungen in den verschiedenen Epochen der Rechtsgeschichte, betont die Sonderfrieden, in denen sich der Volks- oder Staatsfriede in germanischer Zeit erschöpft zu haben scheine, und behandelt dann Familien-, Geschlechter- oder Sippenfrieden als Ausprägungen des sog. Privatfriedens. All dies wird sorgfältig differenziert und abgewogen. Gleichwohl hält KAUFMANN an der grund-

23) Ekkehard KAUFMANN, Friede, in: HRG I, Sp. 1275–1292, hier 1275.

sätzlichen These vom Zentralbegriff des germanischen und mittelalterlichen Rechts in der vorhin geschilderten Weise fest.

Es soll hier nicht bestritten werden, daß Friedensvorstellungen in vielfältiger Weise im Recht des Mittelalters bedeutsam sind. Ob man jedoch die von Kaufmann behauptete Kategorie aufrecht erhalten sollte, erscheint zweifelhaft. Jedenfalls wird man fragen müssen, und Kaufmann hat selbst in anderen Zusammenhängen die Fragwürdigkeit bestätigt²⁴), ob es eine allgemeine Kategorie des Friedens in germanischer, fränkischer und mittelalterlicher Zeit gegeben hat.

Die These, daß alle Missetat Friedensbruch sei, hat vielen Autoren neben dem unausgesprochen einheitlichen aber verwaschenen Strafbegriff dazu gedient, die Kontinuitätslinien zu betonen.

Das Lehrbuch von Heinrich Mitteis²⁵) etwa entwirft für die archaisch-germanische Zeit ein bestimmtes Bild, das im Kapitel über das Strafrecht fränkischer Zeit gleichsam kontrapunktisch fortgeführt und für das Hochmittelalter nur noch ergänzt wird. Als eine der Grundlinien wird die Idee vom Frieden herausgearbeitet oder, besser gesagt, deren Negativfolie, die Idee von der Friedlosigkeit.

Die Lehre von der Friedlosigkeit, die insbesondere Heinrich Brunner²⁶) in eine klassische Form gebracht hat, will alles strafwürdig erachtete Verhalten als Friedbruch deuten. Dabei wird zwischen primärer und sekundärer, zwischen allgemeiner und relativer Friedlosigkeit unterschieden. Dieses Begriffsraster erlaubt es, alle mit Strafe in einem sehr weiten Sinne beschriebenen Reaktionen auf Unrecht (= Friedbruch) zu erfassen.

Primäre Friedlosigkeit wird in solchen Fällen diagnostiziert, in denen die Tat selbst, die Missetat, den Täter ipso iure aus dem Frieden ausschließt. Hier werden die schon bei Tacitus genannten Verbrechen²⁷) und noch einige andere Straftaten eingereiht. Unter sekundärer Friedlosigkeit erscheinen alle auf Rechtsverweigerung basierten Fälle, namentlich die dem königlichen Gebot entgegengesetzte Weigerung, sich vor Gericht zu verantworten; letztlich auch alle späteren Achtfälle.

Absolute Friedlosigkeit ist der Ort für alle gegen die Gemeinschaft, den »Staat«, gerichteten Vergehen, solche also, die zur Ausstoßung aus der Rechtsgemeinschaft führen; in

24) Vor allem in Friedlosigkeit (wie Anm. 21).

25) MITTEIS/LIEBERICH, Rechtsgeschichte (wie Anm. 9), 21 ff. (Kap. 9); 63 ff. (Kap. 19); 152 ff. (Kap. 36). Etwas vorsichtiger äußert sich zu »Friedlosigkeit« und »Friedbruch« Hinrich RÜPING, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, München 1991, S. 4 ff.

26) BRUNNER, Rechtsgeschichte (wie Anm. 8) I, S. 232 ff.; DERS., Abspaltungen der Friedlosigkeit, in: ZRGermAbt 11 (1890) S. 62–100.

27) Cap. 12: *Licet apud concilium accusare quoque et discrimen capitis intendere. Distinctio poenarum ex delicto: proditores et transfugas arboribus suspendunt, ignavos et imbelles et corpore infames caeno ac palude, iniecta insuper crate, mergunt.* Publius Cornelius Tacitus, Germania, interpretiert, herausgegeben, übertragen, kommentiert und mit einer Bibliographie versehen von Allan A. LUND, Heidelberg 1988, S. 78 ff.

diesem Zusammenhang spielt immer wieder der berühmte »wargus« (»Wolf«) eine erhebliche Rolle²⁸⁾. Relative Friedlosigkeit kennzeichnet die Fehdefälle, die nur die Sippe/Verwandtschaft des Verletzten und des Täters angehen.

Dieses Begriffsraster von der Friedlosigkeit und ihren verschiedenen Formen ist von Juristen ersonnen worden. Es hat eine erstaunliche Zählebigkeit, ist aber durch zahlreiche Einzelstudien längst erschüttert und sollte endgültig verabschiedet werden. Kaufmann selbst hat an dieser Kritik nicht unerheblichen Anteil²⁹⁾.

Wenn sich die vielen Spielarten der Friedlosigkeit als die Fundamente der Strafe aber nicht halten lassen, wird auch die ins Positive gewendete Vorstellung von einem allgemeinen Rechtsfrieden fragwürdig und damit zugleich die allgemeine These, Strafe sei »in historischer Sicht eine Reaktion auf ein den Frieden störendes Unrecht«³⁰⁾.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, daß man mit der Beschreibung der Straftat als Friedbruch vorsichtiger umgehen sollte; jedenfalls taugt der Friedbruch nicht ohne weiteres als allgemeines, die Jahrhunderte verbindendes Kriterium. In einem bestimmten Sinne erscheint diese Redeweise allerdings berechtigt, dann nämlich, wenn man – was unser Thema nahelegen will – die allgemeine Sorge für den Frieden mit der Strafe in Verbindung bringt.

IV. DIE PEINLICHE STRAFE ALS INSTRUMENT DES FRIEDENS

Die Formel, die wir zum Thema erhoben haben, engt das Feld der Betrachtung etwas ein. Während bislang durchweg von Strafe schlechthin die Rede war, wollen wir uns fortan auf die »peinliche Strafe« konzentrieren.

Dieser Begriff ist eine Wortschöpfung der Wissenschaft³¹⁾. In den Quellen kommen verwandte Bezeichnungen erst seit dem 14. Jahrhundert vor, als Strafrecht und Zivilrecht deutlicher auseinander zu treten beginnen. Als Begriff der Wissenschaft meint peinliche Strafe alle Strafen an Leib und Leben eines Menschen, jene Maßnahmen also, die so viel dazu beigetragen haben, daß man das Mittelalter als »finster« und »grausam« bezeichnet hat.

Unrechtsfolgen in der Gestalt der Tötung oder körperlichen Schädigung eines Menschen werden für die germanische Urzeit wie für das gesamte Mittelalter ausgemacht. Sie haben mehr Fragen als Antworten aufgeworfen. All dies kann hier nicht einmal aufgelistet, geschweige denn kritisch beleuchtet werden.

28) Dazu Michael JACOBY, Wargus, Vargr, »Verbrecher«, »Wolf«, Uppsala 1974; KAUFMANN, Friedlosigkeit (wie Anm. 21), bes. S. 349ff. m. w. N.

29) KAUFMANN, Friedlosigkeit (wie Anm. 21); im übrigen vgl. noch MITTEIS, Rezension (wie Anm. 21), S. 861ff.; Heinz HOLZHAUER, Landesverweisung (Verbannung), in: HRG II, Sp. 1436–1448; NEHLSSEN, Entstehung (wie Anm. 21).

30) KAUFMANN, Strafe (wie Anm. 22), Sp. 2011.

31) So schon HIS, Strafrecht (wie Anm. 2), Anm. 1 S. 43; ebenso Ekkehard KAUFMANN, Peinliche Strafe, in: HRG III, Sp. 1574.

Für die Frühzeit und die fränkische Epoche möchte ich mir einen Satz Hermann Nehlsens³²⁾ zu eigen machen, der einmal gesagt und geschrieben hat: »Die frühmittelalterliche Strafrechtsgeschichte muß neu geschrieben werden«.

Für das Hochmittelalter scheinen die Dinge einfacher zu liegen. In der rechtshistorischen Literatur gilt es als ausgemacht, daß die peinlichen Strafen das Strafrecht des Spätmittelalter beherrschen, und daß der Übergang zu dieser Dominanz der peinlichen Strafe in der Landfriedensbewegung zu suchen sei³³⁾. Joachim Gernhuber beschreibt dies folgendermaßen³⁴⁾: »Wo wir in den Landfrieden Strafdrohungen finden, da sind es in aller Regel peinliche Strafen, die den Friedbrecher treffen sollen. Im scharfen Kontrast zum fiskalisierten Strafrecht des 11. Jahrhunderts spielt in ihm das Bußensystem eine völlig untergeordnete Rolle. Der Siegeszug der Kriminalstrafe im späteren Mittelalter erhebt an dieser Stelle die Landfriedensforschung zur allerhöchsten Bedeutung für die deutsche Strafrechtsgeschichte. Landfrieden sind die ersten Träger des neuen Prinzips und nur in ihnen kann daher der Schlüssel zu dem Problem der mittelalterlichen Strafrechtsgeschichte überhaupt liegen. Man kann die Bedeutung der hier liegenden Frage kaum hoch genug veranschlagen«.

Die »Kriminalisierung des Strafrechts«, wie dieser Prozeß gern umschrieben wird, gilt Heinrich Mitteis als eine der »revolutionären Neuerungen der Gottes- und Landfrieden«³⁵⁾.

Derartige pauschale Aussagen dürften sich kaum bestreiten lassen. Konkrete Fragen nach dem Wie und Weshalb sind damit noch lange nicht beantwortet. Eine endgültige Antwort kann auch hier nicht versucht werden, doch sollen wenigstens die wichtigsten Erklärungsmodelle kurz umschrieben sein. Sie werden – wie das bei Juristen so üblich ist – gern »Theorien« genannt³⁶⁾.

32) NEHLSSEN, Entstehung (wie Anm. 21), S. 16.

33) Vgl. etwa MITTEIS, Rechtsgeschichte (wie Anm. 9), S. 94, 132 ff.; MITTEIS/LIEBERICH, Deutsche Rechtsgeschichte, München 1919/2, S. 11, 194 f., 304 ff.; Hermann CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 1, Karlsruhe 1962, S. 170 ff., 438 ff. – Aus jüngerer Zeit Karl KROESCHELL, Deutsche Rechtsgeschichte I, Opladen 91989, S. 84 ff., 196 ff.; SELLETT/RÜPING, Studien- und Quellenbuch (wie Anm. 1), S. 98 ff.; Wolfgang SELLETT, Friedensprogramme und Friedenswahrung im Mittelalter, in: Gerhard KÖBLER (Hg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte, Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1987, S. 453–467, bes. 465 m. Anm. 1: »In der Friedensbewegung liegt der Schlüssel zu den großen Problemen, die die Geschichte des deutschen Strafrechts bietet: Die Verdrängung des alten Fehde- und Bußensystems durch die Idee der öffentlichen Strafe«; Odilo ENGELS, Das Reich der Salier – Entwicklungslinien, in: Stefan Weinfurter (Hg.), Die Salier und das Reich III: Gesellschaftlicher und ideengeschichtlicher Wandel im Reich der Salier, Sigmaringen 1991, S. 479–541, bes. 536 ff. Zurückhaltender zur Frage der Kontinuität: Viktor ACHTER, Gottesfrieden, in: HRG I, Sp. 1762–1765; Ekkehard KAUFMANN, Landfrieden I, in: HRG II, Sp. 1451–1465, bes. 1462 ff.

34) Joachim GERNHUBER, Die Landfriedensbewegung in Deutschland bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1235, Bonn 1952, hier bes. S. 137.

35) So schon MITTEIS, Rechtsgeschichte (wie Anm. 9), 1949, S. 132.

36) Eingehend dazu GERNHUBER, Landfriedensbewegung (wie Anm. 34), S. 137 ff.

(1) Die Nivellierungs-Theorie deutet das Vordringen der peinlichen Strafe als Verallgemeinerung des älteren Strafrechts für Unfreie. Dieses habe zuvor namentlich in fränkischer Zeit nur für Knechte oder Sklaven gegolten und werde nun auf die Angehörigen aller Stände ausgedehnt.

(2) Die »Theorie der öffentlichrechtlichen Verbrechensauffassung«, eine Begriffsbildung Gernhubers, stellt auf das Gemeinschaftsmoment ab, das in der Landfriedensbewegung sichtbar werde. Die verbrecherische Tat wird neu gedeutet: Sie habe zuvor als Eingriff in die Rechtssphäre der Einzelperson bzw. der Sippe gegolten, nunmehr gehe es um einen Verstoß gegen Interessen der Allgemeinheit.

(3) Die Lehre von der Kontinuität älterer Volksüberzeugungen stellt auf die Unterscheidung von ehrlichen und unehrlichen Taten ab; die Vorstellung von der Todeswürdigkeit bestimmter unehrlicher Taten, also Missetaten, in germanischer Zeit habe sich über Jahrhunderte hinweg lebendig erhalten und sei in den Landfrieden nochmals zum Durchbruch gelangt.

(4) Die Eidbruchtheorie sieht im Landfriedensschwur das für die Kriminalisierung ausschlaggebende Moment. Die peinliche Strafe sei letztlich immer als eine Art Strafe für den Meineid aufgefaßt worden.

(5) Die Verfahrenstheorie leitet die Dominanz der peinlichen Strafe aus einer Verallgemeinerung des Handhaftverfahrens ab; die Landfrieden hätten die Unterscheidung von Handhaft und übernächtiger Tat hinter sich gelassen. Das im älteren Handhaftverfahren vorhandene Moment der »Aktivierung der Masse« werde aufgegriffen, um der allgemeinen Rechtsnot zu steuern; der Kampf gegen die Friedbrecher vollziehe sich als »Volksjustiz«.

Zu jeder dieser Theorien wäre vieles zu sagen. Auch wenn man sich auf das Wichtigste beschränkt, ist insbesondere anzumerken:

Einige der Hypothesen gehen von ungesicherten Prämissen aus. Die Lehre von der Volksüberzeugung (3) postuliert die Kontinuität alter Vorstellungen von der Missetat. Nun wissen wir über das Strafrecht der germanischen Zeit herzlich wenig, was durch zeitnahe Quellen belegt werden könnte. Deshalb bleibt es schwierig, die Anfänge der Unterscheidung von ehrlichen und unehrlichen Taten zu belegen.

Die Theorie von der öffentlichen Verbrechensauffassung (2) legitimiert sich durch einen logischen Zirkel gleichsam selbst, soweit sie sich auf die peinliche Strafe als Ausdruck eben dieser Auffassung stützt.

Die bleibenden Theorien mögen den einen oder anderen Aspekt zutreffend erfassen. Sie diskreditieren sich aber durch ihren Absolutheitsanspruch. Die Eidbruchtheorie (4) kann nicht nachweisen, daß jeder, der wegen eines Landfriedensbruches belangt werden sollte, einen Friedensschwur geleistet hatte. Die Theorie des Handhaftverfahrens (5) erklärt nicht die Differenzierung der peinlichen Strafe in den Landfrieden. Und die Nivellierungstheorie (1) schließlich ist schwer mit dem Umstand zu vereinbaren, daß es auch im Mittelalter ständische Unterschiede gegeben hat.

Neuerdings hat Dietmar Willoweit in einer Studie über den Kölner Gottesfrieden eine interessante These formuliert³⁷⁾: »Die Sanktionen des Kölner Gottesfriedens mit Exilierung und Vermögensverlust, Enthauptung und Handverlust, Scheren und Schinden und der wegen Gelöbnisbruch hinzutretenden Exkommunikation beruhen auf dem gemeinsamen Gedanken der völligen oder begrenzten Ausstoßung aus der Gesellschaft«. Willoweits Überlegungen setzen beim Strafzweck an in der Absicht, die Zielsetzung der Friedensbewegung genauer zu erfassen³⁸⁾: »Der Friedensbrecher wird ausgestoßen oder markiert, damit – rational gesprochen – in Zukunft keine Gefahr mehr von ihm ausgeht«.

Für diese Beurteilung spricht einiges. Man darf allerdings die Rationalität nicht überbetonen. In den übrigen Bereichen der zeitgenössischen Kultur ist der Aufbruch im Zeichen der Vernunft zwar allenthalben im Gange; daß er die so stark vom Überlieferten geprägte Rechtswelt schon so früh beeinflusst haben könnte, ist zwar nicht auszuschließen, aber doch eher unwahrscheinlich. Im übrigen wäre zu bedenken, daß Willoweits These am Beispiel des Kölner Gottesfriedens entwickelt worden ist, und wohl auch auf einige zeitnahe andere Friedenstexte erstreckt werden kann. Ob sie auch für ältere oder jüngere Texte plausibel bleibt, wäre noch zu ermitteln. Wahrscheinlich sind hier Modifikationen angebracht, wie Willoweit allerdings selbst andeutet. Auf seine weiterführenden Hinweise ist noch zurückzukommen³⁹⁾.

Ein Versuch, die Verbreitung der peinlichen Strafe zu erklären, wird bei dem ansetzen müssen, was im wesentlichen unbestritten ist.

Weitgehendes Einverständnis dürfte heute über die allgemeine Einordnung der Friedensbewegung bestehen⁴⁰⁾. Sie richtete sich in erster Linie, wenn auch nicht ausschließlich, gegen das Fehdewesen, dessen Praxis im 10. und 11. Jahrhundert immer stärker als Auswüchse empfunden wurden. Zahlreiche Bestimmungen in einzelnen Gottes- und Landfriedensinstrumenten verweisen eindeutig auf diesen Zusammenhang. Dies schließt nicht aus, daß auch solche Taten, die niemals als Mittel einer rechten Fehde anerkannt worden wären, von den Friedensgeboten erfaßt worden sind. Der Diebstahl etwa wird wohl nie als zulässige Fehde-

37) Dietmar WILLOWEIT, Die Sanktionen für Friedensbruch und Kölner Gottesfrieden von 1083 – Ein Beitrag zum Sinn der Strafe in der Frühzeit der deutschen Friedensbewegung, in: Ellen SCHLÜCHTER/Klaus LAUBENTHAL (Hg.), Recht und Kriminalität, F Schr. f. Friedrich-W. Krause, Köln 1990, S. 37–52, hier 50.

38) WILLOWEIT, Sanktionen (wie Anm. 37) S. 51.

39) Vgl. S. 245.

40) Vgl. etwa Hans-Werner GOETZ, Kirchenschutz, Rechtswahrung und Reform. Zu den Zielen und zum Werden der frühen Gottesfriedensbewegung in Frankreich, in: *Francia* 11 (1983) S. 193–239; DERS., Der Kölner Gottesfriede von 1083, Beobachtungen über Anfänge, Tradition und Eigenart der deutschen Gottesfriedensbewegung, in: *Jb. d. Köln. Gesch.vereins* 55 (1984) S. 39–76; Reinhold KAISER, Selbsthilfe und Gewaltmonopol. Königliche Friedenswahrung in Deutschland und Frankreich im Mittelalter, in: *FMASt* 17 (1983) S. 55–72; Elmar WADLE, Frühe deutsche Landfrieden, in: Hubert MORDECK (Hg.), Überlieferung und Geltung normativer Texte des frühen und hohen Mittelalters (Q. u. Forsch. z. Recht d. MA. 4), Sigmaringen 1986, S. 71–92.

handlung betrachtet⁴¹). Wenn er dennoch in den Texten der Gottes- und Landfrieden begegnet, so mag dies verschiedene Gründe haben: Sei es, daß seine Ahndung sichergestellt werden sollte, weil die überkommenen Verfahren nicht mehr recht funktionierten; sei es, daß er als möglicher Fehdgrund in einem besonderen Verfahren »erledigt« werden sollte.

Allenthalben dienen Gottes- und Landfrieden dem Ziel, Gewalttaten zurückzudrängen. Soweit sie auch die »rechte Gewalt« erfassen, bedeutet dies eine Absage an überkommene Vorstellungen von Recht und Gewohnheit. Getragen wird dieses Bemühen von der großen, das gesamte Leben erfassenden Reformbewegung des 11. Jahrhunderts. Hier geht es um die Verwirklichung neuformulierter christlicher Leitbilder. Sie rechtfertigen letztlich auch die Neu- und Umbewertung von Selbsthilfe und Fehde und damit die Entstehung neuen Rechts, eines Rechts, das sich nicht mehr damit begnügt, einzelne konkrete Streitfälle zu befrieden, sondern den Frieden in einem allgemeineren, vom Einzelfall abgelösten Sinne zum Ziel erhebt, also in die Zukunft wirken will, ja die Friedensidee eigentlich erst im Recht verankert.

Der Siegeszug der Friedensidee hat sich in zahlreichen Varianten geäußert. Gottesfrieden und Landfrieden sind nur Teile dieses weiter und tiefer reichenden Umbruches.

Der Blick auf den geistesgeschichtlichen Urgrund mag das Warum verständlicher machen, nicht aber das Wie. Die bloße Erschütterung der überkommenen Rechtswelt reicht als Erklärung noch nicht hin, um die spezifischen Instrumente der Friedensbewegung zu erläutern. Dies gilt namentlich für die Verallgemeinerung der peinlichen Strafe im Zuge der deutschen Landfriedensbewegung. Will man dieser eher juristischen Aufgabe gerecht werden, so ist eine genauere Bestandsaufnahme der Gottes- und Landfrieden vom ausgehenden 11. Jahrhundert bis zu der späten Stauferzeit erforderlich. Sie ist schon mehrfach versucht worden. Die wichtigsten Aspekte seien hier kurz zusammengefaßt⁴²).

Im Kern geht es darum, mit Hilfe rechtlicher Instrumente mehr oder weniger umfängliche »Friedenssegmente« generell zu gewährleisten. Jede Handlung, die auf eine Störung dieser »Friedensinseln« hinausläuft, wird mit einer Sanktion belegt; die Androhung peinlicher Strafe dient als Instrument zur Sicherung des Friedens.

Die Verknüpfung von Friedenssegment und Sanktion wird in zweierlei Weise bewirkt. Auf der einen Seite werden bestimmte Personengruppen oder Orte oder auch bestimmte Zeiträume als Zonen des Friedens bestimmt und gegen Verletzung abgesichert, indem man jeden Eingriff mit bestimmten Reaktionen in Beziehung setzt. Bei dieser Form des Friedensschutzes steht ein Objekt, ein Friedensort, eine befriedete Gruppe, eine Friedenszeit im

41) Zu dieser von GERNHUBER, Landfriedensbewegung (wie Anm. 34), S. 233 vertretenen These äußert sich differenzierter HAGEMANN, Verbrechenkatalog (wie Anm. 1), hier bes. S. 10f.

42) Das folgende stützt sich auf eine Reihe von Vorarbeiten; Elmar WADLE, Heinrich IV. und die deutsche Friedensbewegung, in: Josef FLECKENSTEIN (Hg.), Investiturstreit und Reichsverfassung (VuF. 17), Sigmaringen 1973, S. 141–173; DERS., Frühe deutsche Landfrieden (wie Anm. 40); DERS., Der Nürnberger Friedebrief Kaiser Friedrich Barbarossas und das gelehrte Recht, in: KOEBLER (Hg.), Wege (wie Anm. 33), S. 548–572; DERS., Die Konstanzer Pax und Bischof Gebhard III., in: Helmut MAURER (Hg.), Die Konstanzer Münsterweihe von 1089 in ihrem historischen Umfeld, Freiburg 1989, S. 141–153.

Vordergrund; der den Frieden störende Erfolg dient als Anknüpfung für die Sanktion. Wie immer die friedensstörende Handlung im einzelnen ausgesehen haben mag – sie ist als Bruch des einem Ort, einer Person oder einer Zeit zugesprochenen Friedens qualifiziert. Allgemeiner formuliert: die Sanktion orientiert sich am Erfolg, am verletzten Frieden eines Ortes, einer Person, eines Zeitraumes.

Die zweite Form der Verknüpfung von Frieden und Sanktion ist anders konstruiert: Sie orientiert sich nicht an einem Erfolg, hinter dem die Handlung weitgehend zurücktritt; sie orientiert sich vielmehr an einem ganz bestimmten Handeln selbst. Die Tat selbst wird als Friedensbruch betrachtet; soll sie mit Sanktionen belegt werden, so muß sie konsequenterweise mehr oder weniger deutlich umschrieben sein. Hinter dieser Form steht ein Unwerturteil, das der Tat als solcher unmittelbar gilt: Sie ist dann selbst der Friedensbruch, die friedlose Tat.

Beide Grundtypen einer Verknüpfung von Friedensgarantie und Sanktion begegnen gleichermaßen in den Texten der mittelalterlichen Friedensbewegung. Ohne allzu schematisch abgrenzen zu wollen, wird man sagen können, daß die erste Form in der Frühzeit dominiert, während die zweite Form in der Spätzeit vorherrscht. Alles in allem gesehen verschieben sich die Gewichte von solchen Regeln, die primär an einen äußeren, von der Tat gleichsam unabhängigen Erfolg anknüpfen, zu solchen, die an eine Tat selbst anknüpfen. Rückt die Tat in den Vordergrund, so wird verständlicher, weshalb die Sanktionen variiert und abgestuft werden. Sie werden abgestuft, weil die Taten unterschiedlich gewertet werden. Damit treten Art und Umstände der Tat ins Blickfeld und nicht zuletzt auch der Täter. Die Verknüpfung von Sanktion und Tat gleicht dann in vielerlei Hinsicht einer modernen Strafnorm.

In diesem Zusammenhang kann eine Anmerkung zu Achter nicht unterdrückt werden: es ist nur schwer zu verstehen, daß er seine These von der »Geburt« der Strafe nicht an den Quellen der Gottes- und Landfrieden zu erproben versucht.

Um Mißverständnisse zu vermeiden, soll gleich betont sein, daß Landfriedensregeln im 12. und beginnenden 13. Jahrhundert sich trotz aller äußeren Nähe vom modernen Strafrecht in zahlreichen Punkten unterscheiden. Hinter dem modernen Strafrecht steht die Strafbefugnis des Staates als der rechtlich verfaßten Organisation der Gemeinschaft. Diese Strafkompetenz ist Ausdruck des öffentlichen Interesses an der Bestrafung. Sie verknüpft Strafe und Tat. Hingegen kennt die Rechtswelt, in der sich Gottes- und Landfrieden entfalten, weder eine staatliche Gewalt in diesem Sinne noch die Strafbefugnis einer öffentlichen Instanz in solcher Allgemeinheit. Beides ist erst im Werden und wird gerade durch die Friedensbewegung nicht unerheblich gefördert; am Ende des Prozesses steht eine zur Strafverfolgung legitimierte und verpflichtete Obrigkeit⁴³. Was aber steht am Anfang?

43) Vgl. etwa Pankraz FRIED, Zur »staatsbildenden« Funktion der Landfrieden im frühen bayerischen Territorialstaat, in: Dieter ALBRECHT/Andreas KRAUS/Kurt REINDEL (Hg.), F Schr. f. Max Spindler, München 1969, S. 283–306; Aryeh GRABOIS, De la trêve de Dieu à la paix du roi. Étude sur les transformations du mouvement de la paix au XII^e siècle, in: Pierre GALLAIS/Ives-Jean RIOU (Ed.), Mélanges offerts à René Crozet, Tome I, Poitiers 1966, S. 585–596 (mit reichen Hinw. auf die ältere franz.

Bereits Joachim Gernhuber⁴⁴⁾ hat auf eine charakteristische Erscheinung der Land- und Gottesfrieden hingewiesen, die man stärker beachten sollte, als dies gewöhnlich geschieht. Er liefert das Stichwort von der »Aktivierung der Masse«. Mit dieser wenig schönen Formel verweist Gernhuber auf eine Besonderheit des landfriedensrechtlichen Verfahrens, die Tatsache nämlich, daß die Friedensinstrumente den am Frieden Beteiligten durchweg eine aktive Rolle zuweisen. Die Wahrung des Friedens, und das heißt auch die Durchsetzung der Friedensgebote und ihrer Sanktionen kommt nicht nur – gleichsam passiv – einem bestimmten Kreis von Beteiligten zugute; es ist auch – und vielleicht in erster Linie – ihre Sache, den Frieden zu realisieren. Zahlreiche Texte lassen erkennen, daß die ältere Gerichtsfolge intensiviert und umgestaltet wird. Wir hören von der Pflicht zur Verfolgung der Friedensbrecher oder von der Pflicht zur Belagerung von Burgen, in denen sich Friedbrecher verschanzt haben.

Gernhubers Stichwort von der Aktivierung der Masse liefert – wie er selbst betont – auch ein Argument für seine verfahrensrechtliche Theorie. Handhaftverfahren hat etwas mit »Volksjustiz« (so Gernhuber), mit der Aktivierung der Rechtsgemeinschaft zu tun.

Gleichwohl genügt der Hinweis auf das Handhaftverfahren noch nicht, um die Verallgemeinerung der peinlichen Strafe, namentlich der Todesstrafe, plausibel zu machen. Der Weg von einem Verfahren, das nur in Ausnahmefällen möglich war, zu einem allgemeinen Verfahren müßte nun seinerseits begründet werden.

Gernhuber zieht sich an diesem Punkt – wenn wir recht sehen – auf die Veränderung des Rechts durch Akte der Gesetzgebung zurück; er sieht ja den Geltungsgrund der Landfrieden in einer vor allem vom König getragenen Gesetzgebung. Diese These wird freilich eher postuliert als begründet. Unseres Erachtens sollte man für die Frage nach dem Geltungsgrund Gernhubers Hinweis auf die Aktivierung der Rechtsgemeinschaft nützlich machen; er paßt bestens zur These, bei den Landfrieden handle es sich um Satzungen oder Einungen⁴⁵⁾. Legt

Lit.); auch KAISER, Selbsthilfe (wie Anm. 40); Odilo ENGELS, Vorstufen der Staatswerdung im Hochmittelalter – Zum Kontext der Gottesfriedensbewegung, in: HJb 97/98 (1978) S. 71–86. – Eine solche obrigkeitliche Befugnis und Aufgabe ist ohne Zweifel schon in fränkischer Zeit nachzuweisen; vgl. nur HAGEMANN, Diebstahl (wie Anm. 1), S. 12 ff.; KAUFMANN, Erfolgshaftung (wie Anm. 17), passim. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß erst die Friedensbewegung des 11./12. Jh jene tiefgreifende Wende initiiert hat, die zur modernen Strafvorstellung führen sollte; im übrigen hat schon MITTEIS die Möglichkeit einer »rückläufige(n) Bewegung in der Geschichte der öffentlichen Strafrechtspflege« nicht ausgeschlossen, vgl. Rezension (wie Anm. 21), S. 868.

44) GERNHUBER, Landfriedensbewegung (wie Anm. 34), S. 47 f., 119 ff.

45) Aus der älteren Lit. vgl. Wilhelm EBEL Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, erweit. Neudr. ²1958 besorgt v. Friedrich EBEL, Göttingen 1988, S. 46 ff.; Götz Landwehr, Königtum und Landfrieden, in: Der Staat 7 (1984) S. 84–97. – Mit der Hervorhebung des durchgängigen Einigungscharakters der Gottes- und Landfrieden ist nicht ausgeschlossen, daß bei der konkreten Friedensaufrichtung Befehls-elemente (i. S. eines »Rechtsgebots«) oder tradierte Rechtsaussageformen (i. S. eines »Weistums«) zu verzeichnen sind. Auch spricht die Tatsache, daß der Eid gelegentlich nicht oder doch nur indirekt nachweisbar ist, nicht gegen den Einigungscharakter. Zu dieser Frage vgl. einerseits Theodor KÖRNER, Juramentum und frühe Friedensbewegung (10.–12. Jh.), Berlin 1977; andererseits WADLE, Frühe deutsche Landfrieden (wie Anm. 40), passim.

man diese Interpretation zugrunde, so wird die Aufmerksamkeit zugleich auf den verfahrensrechtlichen Aspekt gelenkt, aus dem sich die Verallgemeinerung der peinlichen Strafe ohne größere Probleme erklären läßt.

Der Rechtsfigur der Einung liegt der Gedanke der in aller Regel mit einem Eid verbundenen Verwillkürung zugrunde; es geht mithin um einen Akt der Selbstunterwerfung unter eine Rechtsfolge für den Fall, daß man sich in einer bestimmten Weise verhalten werde. Ein solches Selbsturteil eröffnet die Möglichkeit, vom Herkömmlichen abzuweichen, vom herkömmlichen Verfahren ebenso wie von der herkömmlichen Rechtsfolge. Auf diese Weise kann neues Recht entstehen. Die strenge Unabänderlichkeit des überlieferten, im traditionellen Gericht gesprochenen Rechts wird überlagert, dann verdrängt und schließlich ersetzt.

Die Gemeinschaft der *coniuratores* trägt dieses neue verwillkürte Recht. Jeder Schwurgenosse ist ihm unterworfen, sei es als Friedbrecher, sei es als Verfolger eines Friedbrechers. Insoweit könnte man auch sagen, daß der Friede, in den Schwurgenossen gleichsam personalisiert, die peinliche Strafe zu seinem Instrument gemacht hat.

Der Hinweis auf die Rolle der Schwurgemeinschaft zeigt auch an, daß die Eidbruchtheorie eine gewisse Berechtigung hat. Man darf den Gedanken nur nicht überspannen. Nicht jeder, der von der Friedensgemeinschaft belangt wird, der von ihr nach dem im Frieden niedergelegten Programm behandelt wird, muß Schwurgenosse sein. Der Beitritt der wichtigsten Teile der Bevölkerung genügt, um das, was in der Friedenseinung niedergelegt ist, zur tatsächlich praktizierten und akzeptierten Regel werden zu lassen.

Der Gedanke des Selbsturteils ermöglicht auch die Verallgemeinerung der peinlichen Strafe. Wer sich selbst das Urteil spricht, der kann sich nicht auf traditionelle Rechtsfolgen berufen.

Die schnelle Akzeptanz des neuen Rechts sowohl in materieller wie in verfahrensrechtlicher Hinsicht kann wohl nur erklärt werden, wenn man den Satzungscharakter der Landfrieden ernst nimmt. Ein Rekurs auf eine einseitige Rechtssetzungsgewalt erscheint ausgeschlossen, auch wenn der eine oder andere Text des 12. Jahrhunderts eine solche Deutung nahelegen mag.

V. THESEN UND OFFENE FRAGEN

Die Überlegungen zur Bedeutung peinlicher Strafe im Rahmen der hochmittelalterlichen Friedensbewegung dürften zweierlei gezeigt haben:

Zum einen tritt peinliche Strafe im Sinne eines auf die Tat und die Person des Täters bezogenen Unwerturteils in den Vordergrund; dabei empfängt das Unwerturteil seine Legitimation aus der Friedensidee. Zum anderen wird dieses Unwerturteil mehr und mehr von der dem Frieden verpflichteten Gemeinschaft getragen, die ihre Friedenssorge in rechtlichen Formen organisiert. An diesem Prozeß haben die traditionellen Herrschaftsträger besonderen Anteil, weshalb sich in diesem Engagement Frühstufen staatlicher Organisationsformen

abzeichnen. Beide Tendenzen verbinden sich und verstärken sich gegenseitig und lassen das Bild von Strafe entstehen, das die folgenden Epochen bestimmen wird: Strafe als Reaktion der Rechtsgemeinschaft auf mißbilligtes Handeln einer Person.

Diese sehr allgemein gehaltenen Thesen sind mit Hilfe der vorgetragenen Überlegungen vielleicht nur ansatzweise abgesichert. Es ist einzuräumen, daß noch manche Detailfrage genauerer Antwort bedarf. Das Arbeitsfeld mag damit umschrieben sein, es ist aber noch nicht hinreichend bestellt; weitere Untersuchungen sind unerläßlich.

Ein Bereich dürfte in unserem Zusammenhang besondere Aufmerksamkeit verdienen. Er steht den juristischen Theorien so nahe, daß mancher verwundert fragen wird, warum die Strafrechtsgeschichte ihn so wenig beachtet hat. Gemeint ist die Entwicklung des kanonistischen Strafrechts und ihre Verankerung in der scholastischen Theologie. Stephan Kuttners breit angelegte Studie zur kanonistischen Schuldlehre ist bereits 1935 erschienen und doch hat man noch kaum versucht, die damit aufgenommene Spur für die Erforschung der Friedensbewegung zu nutzen⁴⁶⁾.

Darüberhinaus wäre erneut nach den Auswirkungen des frühen Kirchenrechts zu fragen, namentlich nach dem Beitrag der Streitschriften des Investiturstreits, der Kanonensammlungen bis hin zu Dekret und Dekretistik für die Ausformulierung der Kompetenz des *princeps*, rechtmäßige Gewalt nach außen und innen auszuüben⁴⁷⁾.

Es gilt aber auch, einen Hinweis Willoweits⁴⁸⁾ aufzugreifen, der über den von ihm behandelten Zeitraum hinausweist: den Hinweis auf das Talionsprinzip⁴⁹⁾. Die zunehmende Differenzierung der peinlichen Strafe, die Ausbildung der sog. spiegelnden Strafen, haben vermutlich mit dem Talionsgedanken zu tun, welcher der Zeit wohlbekannt war, sei es durch die Bibel selbst oder durch Isidor von Sevilla⁵⁰⁾. Der Vergeltungsgedanke, der hinter dem Talionsprinzip steht, hat die aufkeimende Kanonistik und ihre Straflehre geprägt. Nach dem Querverbindungen zum Strafrecht der Landfrieden wäre noch zu suchen. Daß es solche Querverbindungen zwischen Kanonistik und Landfrieden gegeben hat, dürfte durch das

46) Stephan KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX.* (StT. 64), Città del Vaticano 1935. Auf diese grundlegende Studie weist nachdrücklich BERMAN, *Revolution* (wie Anm. 19), S. 307f. hin. – Interessant ist in diesem Zusammenhang vor allem die juristische Diskussion um Ketzerei und Häresie, dazu vgl. etwa: Othmar HAGENEDER, *Der Häresiebegriff bei den Juristen des 12. und 13. Jahrhunderts*, in: W. LOURDAUX/D. VERHELST (Ed.), *The Concept of Heresy in the Middle Ages (11th-13th.C.)*, Leuven/The Hague 1976, S. 42–103; Helmut G. WALTHER, *Häresie und päpstliche Politik: Ketzereibegriff und Ketzergesetzgebung in der Übergangsphase von der Dekretistik zur Dekretalistik*, ebd. S. 104–143.

47) Vgl. etwa Ernst-Dieter HEHL, *Kirche und Krieg im 12. Jahrhundert. Studien zu kanonischem Recht und politischer Wirklichkeit*, Stuttgart 1980, S. 188ff., bes. 206ff.

48) WILLOWEIT, *Sanktion* (wie Anm. 37), S. 52. Ähnlich schon BADER, *Schuld* (wie Anm. 17), S. 73f.

49) Zum Talionsgedanken seien hier lediglich angeführt: Wolfgang PREISER, *Vergeltung und Sühne im altisraelischen Strafrecht*, in: Paul BOCKELMANN/Wilhelm GALLAS (Hg.), *Fschr. f. Eberhard Schmidt*, Göttingen 1961, S. 7–38; Jakob WEISMANN, *Talion und öffentliche Strafe im Mosaischen Rechte*, in: *Fschr. f. Adolf Wach*, 1. Bd. Leipzig 1913, S. 1–102.

50) Isidor von Sevilla, *Etymologiae*, in: *MPL* 82 Sp. 73ff., hier 213.

Beispiel des sog. Brandstifterbriefes Friedrich Barbarossas belegt worden sein⁵¹). Direkte Hinweise auf das Talionsprinzip in einem Landfrieden des 12. Jahrhunderts zu finden, ist schwer. Über einen Frieden, den Balduin V., Graf des Hennegau (1171–1195), zu Beginn seiner Regentschaft beschwören ließ, sagt der Chronist⁵²): *In qua quidem pace expressum fuit pro homine interfecto hominem debere interfici, homicidam scilicet; pro membro vero ablato membrum ab ablatore debere tolli.*

Der Hinweis auf Kirchenrecht und Kanonistik legt es nahe, auch das römische Recht und seine frühe Rezeption in die Erörterungen einzubeziehen⁵³). Auch wenn ihre frühen Spuren im mitteleuropäischen Bereich schwerer zu finden sind, so schließt dies Querverbindungen und Einflußnahmen doch nicht von vornherein aus. So wären insbesondere Königsurkunden und erzählende Quellen, aber auch literarische Zeugnisse erneut unter diesem Gesichtspunkt durchzukämmen⁵⁴).

51) Vgl. dazu WADLE, Friedebrief (wie Anm. 42). – In diesem Zusammenhang sei auch auf des Magisters Rufin Schrift »De bono pacis« (1180–1182) hingewiesen, die »erste Schrift des Abendlandes ..., die allein dem Thema Frieden gewidmet ist«; so Klaus ARNOLD, De bono pacis – Friedensvorstellungen in Mittelalter und Renaissance, in: Jürgen PETERSOHN (Hg.), Überlieferung, Frömmigkeit, Bildung als Leitthemen der Geschichtsforschung, Wiesbaden 1987, S. 133–154, hier 133. Daß das Denken des Augustin, das Rufins Werk bestimmt, schon zuvor Spuren hinterlassen hat, zeigen etwa die Studien von Thomas RENNA, The Idea of peace in the West 500–1150, in: Journal of Medieval History 6 (1980) S. 143–167, und Monika MINNINGER, Heinrichs III. interne Friedensmaßnahmen und ihre etwaigen Gegner in Lothringen, in: Jb. f. westdt. Landesgesch. 6 (1980) S. 33–52, hier 42 ff.

52) Gisleberti chronicon Hanoniensi c. 67; MGH SS Rer. germ. S. 99f. – Zur Sache vgl. etwa Friedrich KÜCH, Die Landfriedensbestrebungen Kaiser Friedrich I., Diss., Marburg 1887, S. 50ff.

53) Zu den Einflüssen römisch-rechtlicher Sätze in der Zeit der späten Salier s. etwa Claudia MÄRTL, Einleitung, in: Dies. (Hg.), Die falschen Investiturprivilegien (MGH Fontes), Hannover 1886, S. 7–130, hier bes. 45ff.; Tilmann STRUVE, Kaisertum und Romgedanke in salischer Zeit, in: DA 44 (1988) S. 424–454, bes. 437ff.; DERS., Die Stellung des Königtums in der politischen Theorie der Salierzeit, in: Die Salier und das Reich III (wie Anm. 33), S. 217–244; Harald DICKERHOFF, Wandlungen im Rechtsdenken der Salierzeit am Beispiel der *lex naturalis* und des *ius gentium*, in: Die Salier und das Reich III, S. 445–476. – Weitere Literaturhinweise zu den Einflüssen der frühen Rechtswissenschaft bei Dietmar WILLOWEIT, Rezeption und Staatsbildung im Mittelalter, in: Dieter SIMON (Hg.), Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, Frankfurt a. M. 22.–26. 9. 1986, Frankfurt a. M. 1987, S. 19–44; Wilfried HARTMANN, Autoritäten im Kirchenrecht und Autorität des Kirchenrechts in der Salierzeit, in: Die Salier und das Reich III (wie Anm. 33), S. 425–446; Johannes FRIED, Die Rezeption Bologneser Wissenschaft in Deutschland und während des 12. Jahrhunderts, in: Viator 21 (1990) S. 103–145; Elmar WADLE, Gewohnheitsrecht und Privileg. Allgemeine Fragen und ein Befund nach Königsurkunden des 12. Jahrhunderts, in: Gerhard DILCHER u. a. (Hg.), Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter, Berlin 1992, S. 117–148, hier bes. 141 u. Anm. 126, 127.

54) Ein schönes Beispiel liefert Reinhold KAISER, Verbrechen und Strafe in Nordfrankreich um 1100. Zwei Wundererzählungen des Abtes Guibert von Nogent (gest. um 1125) und Hermann von Tournai (gest. 1147/48), in: Dieter BERG/Hans-Werner GOETZ (Hg.), *Ecclesia et regnum*. Beiträge zur Geschichte von Kirche, Recht und Staat im Mittelalter, F Schr. f. Franz-Josef Schmale zu seinem 65. Geburtstag, Bochum 1989, S. 89–109, mit Hinw. auf ähnl. Arbeiten S. 89 Anm. 2.

