

STUDIEN ZUR LEX DEI.

ERSTES HEFT.

91.

73-C-102

13-C-102

STUDIEN ZUR LEX DEI.

VON

DR FRANZ TRIEBS,
PRIVATDOZENT AN DER UNIVERSITÄT Breslau.

ERSTES HEFT.

DAS RÖMISCHE RECHT DER LEX DEI
ÜBER DAS FÜNFTE GEBOT DES DEKALOGS.



FREIBURG IM BREISGAU.
HERDERSCHER VERLAGSHANDLUNG.

1905.

ZWEIGNIEDERLASSUNGEN IN WIEN, STRASSBURG, MÜNCHEN UND ST LOUIS, MO.

Imprimatur.

Eriburgi Brisgoviae, die 5 Octobris 1905.

‡ Thomas, Archiep̃ps.

Darem od Rev.

✓ Jur. čis. 6117



Alle Rechte vorbehalten.

Buchdruckerei der Herderschen Verlagshandlung in Freiburg.

Vorwort.

Als die Umstände mir die Verwirklichung des heiß gehegten Planes, mich der akademischen Laufbahn zu widmen, ermöglichten, und es sich um die Wahl eines kanonistischen Gegenstandes für meine Habilitationsschrift handelte, da lenkte Herr Geheimer Regierungsrat, Prälat, Professor Dr Laemmer meine Aufmerksamkeit auf die kleine Schrift, welche unter dem Namen „Lex Dei“ oder „Collatio legum Mosaicarum et Romanarum“ in der kanonistischen und romanistischen Gelehrtenwelt bekannt ist. Meine Aufgabe sollte darin bestehen, zu untersuchen, ob und inwieweit sich ein Abhängigkeitsverhältnis der Bußbücher von der Lex Dei feststellen lasse. Da sich nun hauptsächlich aus der Bußpraxis die kirchliche Strafgerichtsbarkeit bzw. das kirchliche Strafrecht entwickelt hat, so könnte mein Thema auch so formuliert werden, zu prüfen, welchen Einfluß die kleine Schrift auf die Entwicklung des kanonischen Strafrechts ausgeübt habe.

Mit der Lex Dei hängen noch viele Fragen zusammen, welche bis jetzt nur zum Teil gelöst sind, so die Fragen, wer der Verfasser sei, welches die Heimat der Kompilation sei, woher die angeführten Pentateuchexzerpte stammen, welche Disposition dem Autor vorgeschwebt habe, welchen Plan er bei seiner Arbeit verfolgte, welches die Beschaffenheit der handschriftlichen Überlieferung sei, insbesondere endlich harrt noch die Frage nach dem Archetyp der Erledigung.

Einige dieser Fragen habe ich in der Dissertation anlässlich meiner Habilitation im März 1902 behandelt. Zu gegebener Zeit gedenke ich diese Fragen weiter zu erörtern.

Zuvörderst beabsichtige ich, speziell den von Herrn Prälaten Laemmer mir nahe gelegten Gedanken auszuführen und die für einen Kanonisten wichtige Frage zu behandeln, ob und inwieweit die Lex Dei als eine Quelle des späteren kanonischen Rechts angesprochen werden könne. Der Beantwortung dieser Frage sollen meine „Studien zur Lex Dei“ zunächst dienen. Doch habe ich gelegentlich auch Bemerkungen über die Dispositionsidee des Redaktors, seine Rechtskenntnisse usw. eingestreut.

Um den Quellencharakter der Lex Dei zu prüfen, werde ich die Entwicklung des kanonischen Rechts in denjenigen Materien, welche die einzelnen Titel der Schrift behandeln, zu verfolgen haben, und zwar von der Mitte des 5. Jahrhunderts an. Denn darüber besteht kein Zweifel, daß unsere Kompilation vor Erlaß des Codex Theodosianus (438 n. Chr.) verfaßt ist. Aber wie darf ich hoffen, etwaige Spuren zu entdecken? Die Annahme, daß ich auf förmliche Zitierungen stoßen könnte, ist schwach, ja unwahrscheinlich. Es bleibt nur die Aussicht übrig, inhaltliche Berührungspunkte aufdecken zu können. Wenn ich aber im stande sein soll, letztere wissenschaftlich zu bewerten, insbesondere das etwaige Abhängigkeitsverhältnis zu untersuchen und festzustellen, dann muß ich mir eine ebenso vollständige wie gründliche Kenntnis des gesamten, in der Lex Dei gebotenen Rechtsstoffes zu eigen gemacht haben. Nach meiner Ansicht werde ich Spuren unserer kleinen Schrift in späteren Rechtsaufzeichnungen nur dann nachweisen können, wenn mir der gesamte Inhalt der ersteren nicht oberflächlich, sondern im systematischen Zusammenhange und im geschichtlichen Entwicklungsgange fortwährend präsent ist; ja noch mehr, auch der Wortlaut der einzelnen Exzerpte muß mir ganz geläufig sein.

Von dieser Überzeugung durchdrungen machte ich mich nun daran, die Delikte, wie sie in der Lex Dei nach der Ordnung des Dekalogs behandelt werden, auf Grundlage der dargebotenen römisch-rechtlichen Exzerpte zu studieren. Aber

was sollte ich mit den aphoristisch hingeworfenen Auszügen aus den Werken römischer Juristen und Rechtssammlungen anfangen? Wie hätte ich mir aus den magern, scheinbar ganz ordnungslos gegebenen Zitaten ein treues Bild der betreffenden Delikte nach römischer Anschauung machen können? Ich war also genötigt, zum Verständnisse verwandte, integrierende Gegenstände in die Erörterung hineinzuziehen und die in der Lex Dei gebotenen Quellenstellen in die Darstellung hineinzuverweben. Erst so konnten die einzelnen Exzerpte in einen systematischen Zusammenhang gebracht werden. Selbstverständlich richtete ich mein Augenmerk darauf, die in der Lex Dei überlieferten Auszüge möglichst in den Mittelpunkt der Erörterung zu stellen. Denn gerade diese Exzerpte und die in ihnen gebotenen und verwerteten rechtlichen Begriffe und Kunstausdrücke sollen mir ja der Wegweiser sein, in späteren Rechtsquellen Spuren unserer Schrift aufzufinden.

Meine Aufgabe wird nach dem Gesagten naturgemäß auch eine rechtsgeschichtliche sein müssen. Rechtsgeschichtliche Forschungen auf dem Gebiete des Strafrechts werden aber nur dann wirklich Licht verbreiten können, wenn sie sich nicht auf eine bestimmte Periode ausschließlich beschränken, sondern sich auch rückwärts erstrecken. Ein Delikt kann eben nur in seinen Wurzeln erkannt werden. Es ist aber sehr schwer, hierbei die richtige Grenze zu ziehen, da das Strafrecht außerordentlich konservativ ist. Diese Überzeugung leitete mich, als ich die in der Lex Dei behandelten Delikte des römischen Rechts auch zurückverfolgte. Insbesondere glaubte ich beim Tötungsverbrechen diese rückwärtige, historische Untersuchung nicht ausfallen lassen zu dürfen wegen des Zusammenhanges des staatlichen Strafrechts mit dem Sakralrechte. Reizvoll war für mich die Analogie, die sich gerade hierbei mir zeigte, daß nämlich sowohl das altrömische Kriminalrecht als das kanonische Strafrecht tiefe Religiosität aufweisen.

Was ich also in den beiden ersten „Studien“ biete, ist das römische Recht derjenigen Delikte, welche in der Lex Dei behandelt werden, und zwar in einer Darstellung, welche sich nicht bloß auf den in der Kompilation gebotenen Exzerpten aufbaut, sondern systematisch und geschichtlich weit darüber hinausstrebt. Die erste, jetzt veröffentlichte Studie umfaßt die Titel I—III der Lex Dei, die folgende wird die übrigen Titel behandeln. Erst dann, auf dem so gewonnenen Fundamente fußend, werde ich an meine eigentliche Aufgabe heranzutreten mich für qualifiziert erachten.

Nach den Ausführungen Benedikts XIV. in seiner berühmten Schrift „De synodo dioeciesana“ l. 9, cc. 10 ff und l. 13, c. 10, § 12 wird kein Kanonist, welcher seine Studien mit idealer Liebe zu seiner Wissenschaft treibt, umhin können, sich eingehend mit dem römischen Recht zu befassen. Abgesehen davon, daß dieses, wie noch jedermann an sich selbst dankbar erfahren hat, die beste Schule für das juristische Denken ist, weil die Römer in Folge ihrer Begabung das klassische Volk der Jurisprudenz gewesen sind, hängt das kanonische Recht inhaltlich und terminologisch so eng mit dem römischen zusammen, daß es rätselhaft erscheint, wie jemand speziell auch strafrechtliche Begriffe und Kunstausdrücke in den kanonischen Rechtsquellen verstehen will ohne die Kenntnis der entsprechenden Partien des römischen Rechts. Die Kirche und ihre Kleriker, ganz gleich welcher Nationalität, lebten ja doch nach römischem Rechte, auch in den germanischen Reichen. Niemals hat das römische Recht aufgehört, in kirchlichen Gerichtshöfen praktische Geltung zu haben, auch dann nicht, als das Studium des römischen Rechts untergegangen war. Die Kirche übernahm nach dem Sturze des römischen Reiches die Mission des römischen Volkes auf dem Gebiete des Rechts. Als dann um die Wende des 11. Jahrhunderts die Beschäftigung mit dem römischen Rechte wieder aufzuleben begann, da waren es doch gerade die Päpste, welche die Blüte der italienischen Rechtsschulen herbeiführten,

dieselben Päpste, welche zugleich auch, materiell und formal, die Schöpfer des Corpus iuris canonici gewesen sind. Jeder Kanonist wird daher durch die Schule des römischen Rechts gehen müssen, das „ius utrumque“ wird seine Losung sein. Ich werde ja später ex professo die Frage nach der Abhängigkeit des kanonischen Rechts vom römischen in Bezug auf die Delikte der Lex Dei zu behandeln haben. Schon an dieser Stelle aber sei mir gestattet, aus dem Bereiche der nachfolgenden ersten Studie ein einziges Beispiel für die Notwendigkeit der Kenntnis römischer Rechtsbegriffe anzuführen, wenn man kanonische Rechtsnormen wissenschaftlich verstehen will. Ich nenne die Unterscheidung zwischen homicidium voluntarium und casuale, welche von sehr praktischer, immer aktueller Bedeutung ist für die Lehre von der Ordination. Existenz und Nichtexistenz der aus der Tötungstat sich eventuell ergebenden, am Täter haftenden Rechtsfolge der irregularitas ex delicto homicidii hängt nämlich wesentlich von dem Charakter des homicidium ab. Wie will man aber speziell mit dem prägnanten Begriff des homicidium casuale operieren, wenn man die im letzten Grunde auf sakralrechtlichen Ideen beruhende, römische Distinktion zwischen prudenter und imprudenter begangener Tötung nicht kennt?

Das letzte Werk des großen Mommsen, gleichsam sein Vermächtnis an die von ihm so heiß geliebte Wissenschaft, war, eine vergleichende Darstellung des ältesten Strafrechts der Kulturvölker durch Frage und Antwort im Kreise von Juristen und Philologen anzuregen. Als Frucht dieser Anregung ist vor kurzem ein Heft erschienen¹. Wie dankbar ist nicht Mommsens Initiative zu begrüßen! Keine Disziplin des Rechts empfängt durch vergleichende und geschichtliche Forschung so viel Licht als das Strafrecht. Dieses ist ja nach den schönen Worten Jherings (Schuldmoment 2) „das Antlitz des Rechts, auf dem die ganze Individualität des Volkes, sein Denken

¹ „Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker“, Leipzig 1905.

und sein Fühlen, sein Gemüt und seine Leidenschaft, seine Gesittung und seine Roheit sich kundgibt, kurz, auf dem seine Seele sich widerspiegelt“. Indem man also bestimmte Delikte bei verschiedenen Völkern in verschiedenen Perioden strafrechtlicher Entwicklung vergleicht, gewinnt man zugleich ein untrügliches Bild ihrer Kulturstufe. Welches Interesse muß es daher für den Kanonisten haben, Delikte des kanonischen Rechts zurückzuverfolgen, zu forschen, welche Entwicklung sie von Anfang an durchgemacht haben, welche Gestalt sie gewonnen haben, ehe sie vom kanonischen Rechte aufgenommen wurden, und welche Veränderungen sie durch dasselbe erfahren haben! Erst dadurch wird es möglich, den hohen, sittigenden, erziehlchen Einfluß zu würdigen, welchen das kanonische Recht auf die Entwicklung strafrechtlicher Ideen und Institute ausgeübt hat. Ich erinnere bloß daran, daß es das Verdienst des kanonischen Rechts ist, den schlechthin öffentlichen Charakter der Strafe festgestellt zu haben.

So sollen denn diese „Studien zur Lex Dei“ zunächst den Nachweis erbringen, wie römische Strafrechtsbegriffe ins kanonische Recht übergegangen sind und im Verein mit germanischen und christlichen Ideen die kanonischen Delikte geschaffen haben. Dadurch aber wollen diese „Studien“ einen kleinen Beitrag liefern zur Entwicklungsgeschichte des Strafrechts überhaupt. Noch gibt es ja keine zusammenfassende Geschichte des Strafrechts. Noch harret die Wissenschaft des Genius, der dazu befähigt wäre. Möge Mommsens Anregung nicht umsonst gewesen sein! Im Hinblick aber auf diese große Zukunftstat der Rechtswissenschaft will der Verfasser dieser „Studien“ zu jenen Männern gehören, von denen es bescheiden heißt:

„Tausend fahren Steine an,
Daß der Meister bauen kann!“

Breslau, im September 1905.

Dr Franz Triebs.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
§ 1. Einführende Bemerkungen über Recht und Religion, Strafrecht und Sittlichkeit. Sakrale Reste im römischen Strafrechte	1
Zu tit. I der Lex Dei	18
§ 2. Die Rache bzw. die Blutrache, die älteste Reaktion gegen das Tötungsdelikt auch bei den Römern	18
§ 3. Kritik der Rache und Blutrache. Übergang zum staatlichen Strafrecht	27
§ 4. Das Tötungsdelikt als öffentliches Verbrechen bei den Römern	34
§ 5. Die erste lex Numae über das p̄ricidium	39
§ 6. Die zweite lex Numae über die imprudenter begangene Tötung	61
§ 7. Das Tötungsverbrechen im ersten Titel der Lex Dei. a) Die Anwendungsfälle der lex Cornelia und ihre prozessualen Bestimmungen	67
§ 8. b) Die Strafen der lex Cornelia de sicariis	83
§ 9. c) Dolus und culpa, die Schuldformen des Tötungsverbrechens in der Lex Dei	92
§ 10. d) Ignorantia iuris et facti	110
Zu tit. II der Lex Dei	117
§ 11. Einleitende Bemerkungen	117
§ 12. Begriffsbestimmung der iniuria in der Lex Dei	118
§ 13. Die actio iniuriarum	140
§ 14. Die Noxalklage des c. 3 in tit. II	153
§ 15. Die Körperverletzung eines fremden Sklaven. Mittelbare Injuriierung des Herrn. Die Konkurrenz der aquilischen und der Injurienklage	158
§ 16. Die Körperverletzung eines fremden Sklaven mit tödlichem Ausgange	177
Zu tit. III der Lex Dei	182
§ 17. Einleitende Bemerkungen	182
§ 18. Entstehung und Ausbreitung der Sklaverei	183
§ 19. Die rechtliche Stellung der Sklaven in Rom	186

	Seite
§ 20. Die wirtschaftliche und soziale Lage der römischen Sklaven	188
§ 21. Die juristische Begründung der Sklaverei aus dem <i>ius gentium</i>	194
§ 22. Der Widerspruch des <i>ius naturale</i> gegen die Sklaverei	197
§ 23. Die das Institut der Sklaverei reformierenden Bestrebungen im allgemeinen	206
§ 24. Die kaiserlichen Schutzmaßregeln zu Gunsten der Sklaven im einzelnen, speziell die in tit. III der <i>Lex Dei</i> erwähnten	209

Autorenverzeichnis.

Da im Texte und in den Anmerkungen die Werke nur nach Stichworten zitiert werden, so soll dieses Verzeichnis genauen Aufschluß geben.

- Adam, Über die Sklaverei und Sklavenentlassung bei den Römern. Programm des Seminars zu Urach. Tübingen 1866.
- Archiv für zivilistische Praxis.
- Bar von, Handbuch des deutschen Strafrechts Bd I. Berlin 1882.
- Barth Paul, Die Stoa. Stuttgart 1903.
- Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.
- Böttiger C. A., Sabina oder Morgenszenen im Putzzimmer einer vornehmen Römerin. 3. Auflage. M.-Gladbach 1878.
- Brunnenmeister, Das Tötungsverbrechen im altrömischen Recht. Leipzig 1887.
- Brunner Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte Bd II. Leipzig 1892.
- Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*. 6. Auflage. Freiburg i. Br. und Leipzig 1893.
- Corssen, Über Aussprache, Vokalismus und Betonung der lateinischen Sprache. 2. Auflage. Leipzig 1868 ff.
- Dernburg Heinrich, *Pandekten*. 5. Auflage. Berlin 1896 ff.
- Dirksen, Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des römischen Rechts. Leipzig 1823.
- Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms. 6. Auflage. Leipzig 1889—1890.
- Fritzsche Hermann, Die sullanische Gesetzgebung. Jahresbericht des königlichen Gymnasiums zu Essen 1882.
- Günther L., Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Abt. 1. Altenburg 1889.
- Ders., Über die Hauptstadien der geschichtlichen Entwicklung des Verbrechens der Körperverletzung und seiner Bestrafung. Erlangen 1884.
- Geib Gustav, Geschichte des römischen Kriminalprozesses bis zum Tode Justinians. Leipzig 1842.
- Ders., Lehrbuch des deutschen Strafrechts Bd I und II. Leipzig 1861 und 1862.
- Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd I. Bonn 1881.
- Heumann-Thon, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 8. Auflage. Jena 1895.

- Hitzig, Iniuria. Beiträge zur Geschichte der iniuria im griechischen und römischen Recht. München 1899.
- Holtzendorf Franz von, Rechtslexikon. 3. Auflage. Leipzig 1880 ff.
- Huschke, Gaius, Beiträge zur Kritik und zum Verständnis seiner Institutionen. Leipzig 1855.
- Ders., *Iurisprudentiae antejustinianae quae supersunt*. 5. Auflage. Leipzig 1886.
- Jhering Rudolf von, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867.
- Ders., Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung I. Teil, 5. Auflage. Leipzig 1891. II. Teil, 5. Auflage, I. Abteilung Leipzig 1894. 2. Abteilung, 5. Auflage Leipzig 1898. III. Teil, 4. Auflage Leipzig 1888.
- Jellinek Georg, Die sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. Wien 1878.
- Karlowa O., Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1885 ff.
- Kohler-Holtzendorf, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Leipzig-Berlin 1904.
- Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz. Würzburg 1883.
- Ders., Zur Lehre von der Blutrache. Würzburg 1885.
- Krüger, Geschichte der Quellen des römischen Rechts. Leipzig 1888.
- Landsberg, Iniuria und Beleidigung. Bonn 1886.
- Lasaulx Ernst von, Die Sühnopfer der Griechen und Römer. Würzburg 1841.
- Lenel, Das Edictum perpetuum, ein Versuch zu dessen Wiederherstellung. Leipzig 1883.
- Leonhard R., Der Schutz der Ehre im alten Rom. Breslau 1902 (Rektoratsrede).
- Liszt Franz von, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12. und 13. Auflage. Berlin 1903.
- Marquardt J., Das Privatleben der Römer. Leipzig 1879.
- Ders., Römische Staatsverwaltung. Leipzig 1878.
- Mommsen Theodor, *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*. Berlin 1890 (Collectio librorum iuris antejustiniani tom. III).
- Ders., Römische Geschichte. 8. Auflage. Berlin 1888.
- Ders., Römisches Staatsrecht. 3. Auflage. Leipzig 1887—1888.
- Ders., Römisches Strafrecht. Leipzig 1899.
- Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft. Neue Bearbeitung. Stuttgart 1894 ff.
- Pernice A., *M. Antistius Labeo* Bd I. Halle 1873. Bd II, 2. Auflage ebd. 1895.
- Ders., Zum römischen Sakralrecht I und II. Sitzungsberichte der königlich preußischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin. Jahrgang 1885 und 1886.

- Pernice A., Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte. Weimar 1867.
- Pithou P., *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*. Basel 1574.
- Rein, Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian. Leipzig 1844.
- Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840 ff.
- Schmidt Karl Adolf, Das Hauskind in mancipio. Programm. Leipzig 1879.
- Schöll Rudolf, *Legis XII tabularum reliquiae*. Leipzig 1866.
- Schräder O., Reallexikon der indogermanischen Altertumskunde. Straßburg 1901.
- Schulting, *Iurisprudentia vetus antejustiniana*. Leipzig 1737.
- Vocabularium iurisprudentiae Romanae iussu instituti Savigniani* tom. I. Berlin 1903.
- Voigt M., Das *ius naturale, aequum et bonum* und das *ius gentium* der Römer. Leipzig 1856 ff.
- Ders., Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1892 ff.
- Wallon, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*. Paris 1848 ff.
- Wilda, Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842.
- Wissowa Georg, Religion und Kultus der Römer. München 1902.
- Wlassak, Römische Prozeßgesetze. Leipzig 1891.
- Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung.
- Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
- Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.
- Zumpt August, Das Kriminalrecht der römischen Republik. Berlin 1865 ff.

§ 1. Einführende Bemerkungen über Recht und Religion,
Strafrecht und Sittlichkeit.

Sakrale Reste im römischen Strafrechte.

1. „Überall wo das Recht in der Geschichte zuerst auftritt, erscheint es in Verbindung mit einer andern Macht, die, indem sie ihm den Stempel höherer Weihe verleiht, es dem Wechsel der Interessen und Zwecke, der Kritik des Verstandes und dem Belieben der nackten Gewalt entzieht, es in eine gewisse ehrfurchtsvolle, unnahbare Ferne rückt — der Religion.“ Mit diesen Worten zeichnet die klassische Feder Rudolf v. Jherings¹ den bei allen Völkern in einer frühen, historischen Periode zu beobachtenden Zusammenhang zwischen Recht und Religion.

Allerdings wird für die vorgeschichtliche Urzeit, soweit wir auf Grund des uns zu Gebote stehenden Materials urteilen können, ein derartiges Verhältnis noch nicht anzunehmen sein, wenigstens nicht nach der subjektiven Seite der Menschen hin. Unzweifelhaft haben sie irmer nach einer bestimmten Rechtsordnung gelebt, da keine Koexistenz von Menschen in einer Gemeinschaft von auch noch so primitiver Qualität denkbar und möglich ist ohne eine irgendwie gestaltete Rechtsordnung. Objektiv hat also immer eine solche existiert; ob aber die Menschen diese Rechtsordnung bereits ursprünglich erkannt, abstrahierend subjektiv erfaßt und begriffen haben, insbesondere ob sie sich dieselbe als ein Produkt ihrer Götter und unter deren Schutze stehend vorgestellt haben, das ist wohl zu verneinen. Die Götter der Urzeit sind „noch keine

¹ Geist I 265.

ethisch vertiefte Persönlichkeiten und gleichgültig gegen den Unterschied von Gut und Böse“¹.

Das soziale Zusammenleben zeitigte, ganz unabhängig vom Götterglauben, bei eintretenden Störungen und Unordnungen in ganz naturgemäßer Entwicklung die ersten Anfänge von Rechtssatzungen. Das soziale Interesse, der soziale Selbsterhaltungstrieb des Ganzen war das Motiv dazu. Die ursprünglichen, primitiven Rechtssatzungen waren, wie v. Liszt² in etwas anderem Zusammenhange sagt, „soziale Reaktion gegen antisoziale Handlungen“, oder wie Merkel³ sagt, „soziale Machtäußerung im Dienste sozialer Selbstbehauptung“. Ununterschieden und gegensatzlos lagen im Geiste der Menschen nebeneinander Recht, Religion und Sittlichkeit: erst allmählich entfalteten sie sich einzeln zur Selbständigkeit nach dem überall waltenden Gesetze der Differenzierung⁴.

Dieser älteren Periode folgte jene historische, welche Jhering mit obigen Worten im Auge hat. Die Götter sind nicht mehr bloß mächtig und groß, nicht mehr bloß nützliche Freunde und schädliche Feinde, sondern sie sind auch die Hüter von Recht und Ordnung. Der Gedanke des Rechts wird mit dem Gedanken der Gottheit in Verbindung gebracht. Die Religion durchdringt das ganze Leben in allen seinen Ausstrahlungen und Gestaltungen. Auch die Rechtsordnung ist in allen ihren Bestandteilen auf die Religion gestellt. Diese weiht alle Regeln des Rechts, des öffentlichen wie des Privatrechts, auch wenn sie von rein praktischer Tendenz sind, indem sie dieselben als Willenserklärungen, Gebote der Götter ausgibt. Damit wurde natürlich die Verbindlichkeit

¹ O. Schrader, Reallexikon 659 675.

² Strafrecht 5. ³ Ebd.

⁴ Ein klassisches Beispiel dieses chaotischen Beieinander bieten die sog. *leges regiae*, welche ebenso eigentliche Rechtssätze wie reine Kultvorschriften enthalten, von denen letzteren M. Voigt (Abhandlungen der königl. sächsischen Gesellschaft VII 559—568) sieben aufzählt und bespricht. Diese innige Verbindung von Recht und Religion in den *leges regiae* ist zugleich ein untrügliches Zeichen ihres hohen Alters.

jener Rechtsnormen gewaltig gesteigert, gleich als wären sie sittliche und unabweisbare Forderungen.

Wie eine Reziprozität nimmt es sich nun aus, wenn umgekehrt die Rechtsordnung sich in den Dienst der Religion stellte und die Erfüllung sittlicher, religiöser Pflichten forderte, gleich als wären diese Rechtspflichten. Die Übung der Religion, der Kult der Götter stand in älterer Zeit nicht im freien Ermessen und Belieben des einzelnen, so daß er sich hätte entziehen oder für seine Person Substitute stellen können, sondern der Dienst der Götter war eine staatliche Einrichtung, eine öffentliche Angelegenheit. Daraus erwachsen dem Staate Pflichten (wie die Kultuskosten, die Tempelbaulast) und Rechte (wie die Entscheidung der hierher gehörigen Fragen). Für den einzelnen aber zeigte sich der öffentliche, staatliche Charakter des Götterkultus besonders darin, daß ihm persönliche, erzwingbare Pflichten auferlegt wurden. Daher ist in älterer Zeit in Rom z. B. die religiöse Bürgerpflicht ohne Zweifel ebenso streng gefordert und strafrechtlich aufrecht erhalten worden wie die staatliche¹. Obschon nun die inneren, materiellen Beziehungen der Religion zum Recht sich in späterer Zeit gänzlich zu Ungunsten der Religion verschoben, wie unten gesagt werden wird, so rechneten dennoch die römischen Juristen, indem sie die althergebrachten, äußeren Beziehungen beibehielten, das *ius sacrum* im strengen Gebrauch, d. h. soweit sein Inhalt den Inbegriff der Beziehungen des Gemeinwesens zu den Göttern darstellte, zum *ius publicum*. So Ulpian (ll. 1, § 2, D. I, 1), Gaius (Inst. II, § 5)². Aus diesem alten, ehemaligen Verhältnisse zwischen Recht und Religion erklärt sich auch die Legaldefinition von *iurisprudentia* (ll. 10, § 2, D. I, 1): „*iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*“

¹ Mommsen, Römisches Strafrecht 567. Nicht hierher zu zählen sind obligatorische Kulthandlungen späterer Zeit, z. B. der Opferzwang bei den Christenverfolgungen (ebd. 568).

² Mommsen, Römisches Staatsrecht II 47 A. 3; 53.

2. Kein Zweig des Rechts, weder des öffentlichen noch des Privatrechts, ist nun aber den Einwirkungen der Religion bzw. der Sittlichkeit so zugänglich wie das Strafrecht. Das Privatrecht, wenigstens das Vermögensrecht, ist profan. Allerdings gab es z. B. bei den Römern ganz fest ausgebildete, sakrale Rechtsgeschäfte vermögensrechtlichen Charakters, welche den privatrechtlichen auf dem Gebiete des Obligationen- und Sachenrechts durchaus korrespondierten¹. Allein jene Rechtsgeschäfte tragen ihr sakrales Gewand nicht etwa, weil die Religion die an sich profanen beeinflusst hätte, sondern sie sind nichts wie Nachbildungen, Übertragungen aus dem Privatrechte in das *ius sacrum*, um einen den religiösen Vorstellungen und Wünschen der Römer entsprechenden, festen Rechtsverkehr mit ihren Göttern darzustellen. — Im Familienrechte und im öffentlichen Rechte dagegen färben sich allerdings sittliche Ideen ab. — Im Strafrecht aber, wenigstens in seinen wichtigsten und für den Bestand einer Rechtsgemeinschaft wesentlichen Teilen, bilden die sittlichen Auffassungen, welche ein Volk von den Verhältnissen und Aufgaben des Lebens hat, und die diesen sittlichen Auffassungen zu Grunde liegenden religiösen Vorstellungen geradezu die gestaltende Ursache. Daher erklärt sich die Erscheinung, daß das Strafrecht eines Volkes uns das Spiegel- und Charakterbild desselben zeigt, und „wenn uns die Geschichte von irgend einem Volke nichts anderes bewahrt hätte als sein Strafrecht, so könnten wir daraus allein seine ethische . . . Kulturstufe bestimmen“².

Freilich machen sich zu allen Zeiten im Strafrechte auch politische Tendenzen breit. Doch diese werden auf die Dauer

¹ So sagt A. Pernice (Zum römischen Sakralrecht I 1146): „Gelübde und Weihe (*votum* und *dedicatio*) gehören so genau zusammen, wie im Privatrechte obligatorische Verbindlichkeit und Übereignung.“

² Jellinek, Die sozial-ethische Bedeutung usw. 114. Man vergleiche ferner die klassische Darstellung dieses kulturhistorischen Verhältnisses bei Jhering, Schuldmoment 2 f.

das Strafrecht in seinen Grundlinien nie alterieren können. Sie sind Kinder konkreter Zeitumstände und aktueller, politischer Verhältnisse, flüchtig und wandelbar wie diese selbst. — Ebenso wenig berühren bloße Zweckmäßigkeitsrücksichten, welche manchen Strafgesetzen zu Grunde liegen, den Kern und die Natur des Strafrechts.

3. Um das Verhältnis zwischen Strafrecht und Sittlichkeit erkennen zu können, erscheint es uns notwendig, beide in Bezug auf Natur und Aufgabe miteinander in Parallele zu bringen.

Das Strafrecht hat zum Objekte rechtswidrige, mit Strafe bedrohte Handlungen des Menschen, welche wenigstens irgend einen wahrnehmbaren Effekt in der Außenwelt hervorrufen. Solche strafbare Handlungen werden aber dem Täter nur dann zugerechnet, wenn er sie in irgend einer Form verschuldet hat. Das Strafrecht reagiert alsdann gegen den Delinquenten durch den Vollzug der im Strafgesetz angeordneten Strafe.

Was nun die Sittlichkeit betrifft, so kommen allerdings nicht bloß Handlungen des Menschen als Tatbestand in Betracht, welche sich irgendwie nach außen manifestieren, sondern auch die ganze innere Welt des Menschen, all sein Denken und all sein Wünschen. Imputabel, d. h. sittlich von Erheblichkeit, sind die Akte des Menschen nur dann, wenn sie entspringen aus Erkenntnis und freier Willensentscheidung. Einem solchen sittlichen Handeln folgt die Vergeltung, welche, da das Sittengesetz nicht bloß das Böse verbietet, sondern auch das Gute gebietet, entweder in Strafe oder Belohnung besteht, wenn auch erst in einem Dasein nach dem Tode. — Der aus dieser Gegenüberstellung der analogen Glieder von Strafrecht und Sittengesetz sich ergebende Parallelismus kann unmöglich bloß äußerlich oder rein formal sein. Ebenso wenig kann an einen Zufall oder eine Übertragung gedacht werden. Dem Parallelismus membrorum liegt vielmehr ein tiefer, innerer, materieller Zusammenhang zwischen Strafrecht und Sitten-

gesetz zu Grunde, eine enge Verwandtschaft von Haus aus. — Damit soll freilich nicht gesagt sein, daß beide sich in Bezug auf ihren materiellen Inhalt decken. „Das Strafrecht ruht auf dem sittlichen Pflichtbegriff, insoweit der Staat dessen Durchführung sich zur Aufgabe gemacht hat.“¹ Aber selbst bei denjenigen staatlichen Strafgesetzen, welche an sich sittlich irrelevant sind, soll und wird die sittliche Idee wirksam sein, „da die verständige Gesetzgebung bestrebt sein wird, das ethische Fundament der Strafe nicht allzusehr zu verrücken“². Insbesondere „wenn durch das Strafrecht dem Gemeinwesen über den einzelnen schwerwiegende Gewalt eingeräumt ist“, soll eine ernstliche Anwendung der öffentlichen Strafgewalt nur da stattfinden, „wo das Gewissen des Handelnden selbst die Handlung mißbilligt oder mißbilligen sollte“³.

4. Die „vergleichende Rechtswissenschaft“⁴ lehrt, daß die Analogien in den Institutionen verschiedener Völker und Staaten sich auf drei Gründe zurückführen lassen: auf gemeinsamen Ursprung bei den Nationen gleicher Rasse, z. B. bei den indogermanischen Völkern, also auf Urverwandtschaft, ferner auf Übertragung bzw. Rezeption, endlich auf die Ähnlichkeit bestimmter Lebensverhältnisse bzw. Kulturbedürfnisse, wodurch auch bei Völkern verschiedenster Rasse, zwischen denen gar keine Verbindung besteht, also ganz unabhängig voneinander, ähnliche Normen und Einrichtungen zu entstehen pflegen.

Meines Erachtens muß man wohl den dritten Grund tiefer und vor allem subjektiv fassen und mit L. Günther⁵ sagen, daß „der Grund hierfür (für solche überraschende Ähnlichkeiten) vor allem in der gleichen Beanlagung der menschlichen

¹ Mommsen, Römisches Strafrecht 3 523. S. 65: „Die Strafordnung ist das verstaatlichte Sittengesetz.“

² Ebd. 91. ³ Ebd. 92.

⁴ Bernhöft, Über Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft, in der Zeitschr. f. vergl. RW. I 5 ff.

⁵ Wiedervergeltung Abt. 1, S. 2.

Natur zu suchen sein dürfte, welche durch örtliche und klimatische Verhältnisse, sowie durch die Anschauungsweise eines ganzen Zeitalters zwar stark beeinflusst, niemals jedoch derartig verändert werden kann, daß ihre Empfindungen und Gefühle bei Begehung gewisser Verbrechen infolge jener Einwirkungen gänzlich verschieden wären“.

In der gleichen Beanlagung der menschlichen Natur ist nun auch begründet, daß sich jenes parallele Verhältnis der analogen Glieder im Strafrecht und im Sittengesetz, wovon oben die Rede war, bei allen Völkern findet. Die unverrückbare Grundlage des Strafrechts ist dem Menschen immer eine ethische. So erklären sich die von der „vergleichenden Rechtswissenschaft“ ans Tageslicht gebrachten, auffallenden Übereinstimmungen in gewissen Hauptgrundzügen des Strafrechts bei fast allen Nationen, zuweilen selbst zu den verschiedensten Zeiten. Jene Einwirkung sittlicher Ideen auf das Strafrecht finden wir nicht bloß in den Zeiten, wo die religiöse Auffassung das ganze Leben beherrschte, sondern auch in jenen Perioden, wo insbesondere die Rechtsordnung sich längst abgehoben hatte von jeder religiösen Beziehung, also in Zeiten menschlichen Unabhängigkeitssinnes und menschlichen Selbstbewußtseins. Immer hat und wird die sittliche Idee, wie sie im Ideal der Gerechtigkeit leuchtet, einwirken auf die Gestaltung des Strafrechts und eventuell reagieren gegen Willkür in der Strafgesetzgebung.

5. Gehen wir nun in ältere Zeit zurück, so sehen wir, wie tatsächlich der Charakter des Strafrechts ein religiöser, sakraler ist. Die beiden Angelpunkte, um die sich jedes Strafrecht dreht, die beiden Grundbegriffe desselben, das Verbrechen und die Strafe, erscheinen im Lichte der Religion. Das Verbrechen wird angesehen als eine Auflehnung, als ein Frevel gegen die Götter, welche anfänglich bloß als mächtige Schirmer und Schützer des Landes galten, später als Hüter und Rächer des Rechts, der Ordnung, der Sitte verehrt werden; die Strafe aber, welche den Frevler trifft, reinigt den durch

das Verbrechen entweihten Boden des Landes, versöhnt wieder die beleidigte Gottheit und stillt ihren Zorn.

So war es auch bei dem römischen Volke oder vielmehr bei den vor der Schwelle des römischen Staates liegenden Geschlechtsgenossenschaften. Denn als die Römer als ein Volk, eine Nation im staatlichen, politischen Gebilde aus dem Dunkel der Vorzeit in das Licht der Geschichte traten, da hatte sich bei ihnen bereits die Scheidung zwischen fas („Ausspruch der Götter“, „göttliche Satzung“) und ius („weltlichbürgerliches Recht“)¹ fast ganz vollzogen. Das ius hatte sich bereits zur Selbständigkeit durchgerungen und das fas abgestoßen. Wir begegnen in den Anfängen römischer Geschichte bereits einem Dualismus des Rechts. Nicht mehr durchdrang die religiöse Auffassung, das religiöse Prinzip den gesamten Staats- und Rechtsorganismus.

Allerdings, würde man bloß auf die äußere Erscheinung sehen, dann müßte man glauben, daß die Religion in Rom bis gegen Ende der Republik den entscheidendsten Einfluß auf alle Verhältnisse ausgeübt habe, also auch auf die Gestaltung der Rechtsordnung eingewirkt habe. Aber der Schein trügt. Kein Volk hat sich in seinen Rechtsanschauungen so zeitig von dem religiösen Prinzip emanzipiert als das römische. Nicht die Religion beherrschte in historischer Zeit das Recht, sondern gerade umgekehrt, die Religion war die Dienerin auch des Rechts. Dem politischen Römer war die Religion Mittel zum Zweck. Die Form wurde beibehalten, der Inhalt war geschwunden.

Jene Emanzipation beeinflusste natürlich auch das Strafrecht. Man sah in den Delikten nicht mehr eine Verletzung der Götter, sondern eine solche der Interessenten, der Gemeinde², der Familie oder einer Einzelperson. Sakraldelikt im strengen Gebrauch ist einzig geblieben die Unzucht der Priesterinnen der Vesta und die Unzucht mit ihnen.

¹ O. Schrader, Reallexikon 657.

² So z. B. beim Morde. Vgl. Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 172 f.

Wenn nun also der eine Grundbegriff des römischen Strafrechts, das Verbrechen, schon früh beim Beginn der Republik, besonders wohl auch unter dem Einflusse der Scheidung der allumfassenden Königsgewalt in Magistratur und Priestertum, im großen und ganzen den sakralen Charakter abgestreift hatte, die religiöse Auffassung des Verbrechens einer profanen Platz gemacht hatte, so behielt der andere Grundbegriff, die Strafe, die religiöse Beziehung um so länger. Diese trat gemäß der Rechtsentwicklung bei den Römern besonders dadurch in die Erscheinung, daß der Prozeß im technischen Sinne und die Provokation ausgeschlossen blieb.

Daß das Sakraldelikt, der Inzest der Vestalinnen, mit sakraler Strafe gesühnt wurde, war natürlich. Nach altem, bis tief in die christliche Zeit beibehaltenem Ritual wurde die Vestalin lebendig begraben, ihr Buhle zu Tode gepeitscht. Den sakralen Charakter dieser Strafe hebt A. Pernice¹ schön hervor mit den Worten: „Das Ganze sieht so aus, als habe man sich des Greuels entledigen wollen, und nicht wie eine Form der Todesstrafe. Das ‚Haus‘ unter der Erde mit Ausstattung, Nahrung und Licht wäre ein schmähhlicher Hohn, wenn es nicht bedeutete: die Vestalin wird nicht getötet, sie wird aus der menschlichen Gesellschaft endgültig entfernt!“²

Aber auch bei andern Delikten, bei denen nämlich, deren Begehung unzweideutig das Interesse der Familie, des Gemeinwesens oder dessen Schutzgötter verletzte, behielt die Strafe, welche den Übeltäter traf, oder das kriminalistische Übel, welches sich an die Begehung eines solchen Verbrechens knüpfte, in Fällen, wo man des Täters, dessen Schuld erwiesen war, nicht habhaft werden konnte, auch noch in historischer Zeit den sakralen Charakter. Es ist nicht zu leugnen, daß durch die religiöse Beziehung der Strafe einerseits ein um so größerer Abscheu gegen den betreffenden Frevel erweckt

¹ Zeitschrift d. Sav. Stift. Röm. Abt. XVIII 210 A. 1.

² Über ähnliche Arten von zum Tode führender Ausstoßung bei andern Völkern vgl. Zeitschr. f. vergl. RW. XVI 458 f.

werden mußte, andererseits die Strafverfolgung sich um so unnachsichtiger und nachdrücklicher gestalten mußte. Ob aber, wie v. Bar¹ anzunehmen scheint, dabei eine Absicht gespielt habe, ist doch zu bezweifeln. Wir haben es hier eben mit einem Rest aufrichtiger, sakraler Auffassung der Strafe zu tun, wobei Berechnung, Absicht, frommer Betrug wohl nicht anzunehmen sein dürfte².

Den sakralen Charakter der Strafe beweist zunächst die Form, in der die öffentliche Strafe vollstreckt wurde. Bei einem gegen die Gesamtheit begangenen Frevel erfolgte die Vollstreckung der Strafe unter Beobachtung religiöser Gebräuche³. — Evident sakral ist aber auch der Zweck der öffentlichen Strafe: die Gemeinschaft sollte nämlich dadurch entsühnt werden. Die erzürnten Götter mußten versöhnt werden; denn sonst war zu befürchten, daß sie ihren Groll auf die Gesamtheit übertrugen, welcher der Frevler angehörte.

Sakral ferner im eminenten Sinne ist jene Art der kriminalistischen Verfolgung, welche wir mit dem Namen „Sazertät“ bezeichnen. Darunter versteht man die Überweisung des unsühnbaren Frevlers (impius) an die Rache der Götter: mögen sie die ihnen durch den Frevler zugefügte Kränkung rächen, wann und wo sie wollen⁴.

Sakral im Ursprung, erst später politisch gefärbt, ist weiter die aquae et igni interdictio. In der Sorge um die Erhaltung ihrer Reinheit löst die Gesamtheit jeden Zusammenhang mit dem Frevler, damit eben nicht sein Verbrechen zum Verbrechen der Gemeinschaft werde: denn die Götter rächen sonst, was der einzelne fehlt und frevelt, am Ganzen⁵.

Weiter ist die Todesstrafe, welche von Staats wegen verhängt worden war, unter religiösen Gebräuchen vollstreckt

¹ Strafrecht 7. ² Jhering, Geist I 266 341.

³ Mommsen, Römisches Strafrecht 901.

⁴ Jhering a. a. O. I 279 ff. — v. Bar a. a. O. 6. — A. Pernice, Zum römischen Sakralrechte I 1165.

⁵ Jhering a. a. O. I 288.

worden, gleich als wäre die Hinrichtung des Frevlers eine Opferhandlung¹. Insbesondere entspricht die älteste Form der Todesstrafe, die Enthauptung mit dem Beile, der Schlachtung des Opfertieres. — Endlich treten ausgeprägt religiöse Züge hervor bei dem einseitigen Sakralakt mit dinglicher Wirkung, der sog. consecratio honorum. Darunter versteht man die Einziehung des gesamten Vermögens zu Gunsten einer römischen Gottheit, unter Ausschluß irgend welchen Prozesses und der Provokation an das Volk².

Das sind im großen und ganzen die noch in historischer Zeit sich vorfindenden Reste sakraler Auffassung des Strafrechts oder vielmehr der Strafe bei den Römern.

Alle die aufgezählten sakralen Beziehungen der Strafe werden dadurch hochinteressant, daß sie gestatten, einen Blick zu gewinnen auf die Ansichten der älteren Zeit, wie man sich das Verhältnis zu einer verletzten Gottheit dachte. Es drängt sich uns da eine frappante Analogie auf mit dem Verhältnisse zweier durch die Missetat eines Genossen verfeindeter Sippen. Es sei gestattet, am Schlusse dieses Paragraphen unter Vorwegnahme mancher Punkte des Sippenrechtes die Seiten der Analogie hervorzuheben. Wie die verletzte Sippe sich zu rächen suchte für das angetane Übel, so auch die beleidigte

¹ Mommsen, Römisches Staatsrecht II 50. — Die Todesstrafe war in der indogermanischen Urzeit überhaupt die einzige Strafe im technischen Sinne, d. h. das von der Gesamtheit dem einzelnen auferlegte Übel zur Vergeltung für seine Missetat. Vgl. O. Schrader, Reallexikon 833. Die religiöse Auffassung der Todesstrafe finden wir auch bei andern indogermanischen Völkern. Vgl. O. Schrader a. a. O. 605. — Allgemein, wenn auch unter Mommsens Widerspruch (Römisches Strafrecht 916 A. 5), wird endlich das Wort „supplicium“ in diesem Sinne erklärt als „Besänftigung der Götter“. Vgl. z. B. Jhering a. a. O. I 278. v. Bar a. a. O. 5. Kulischer, Zeitschr. f. vergl. RW. XVI 463. Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 168 f.

² Mommsen, Römisches Strafrecht 49. — Dahin gehört auch, daß das ganze Vermögen eines homo sacer der erzürnten Gottheit zugewiesen wurde. Ebenso ward der Nachlaß eines jeden Hingerichteten zur supplicatio der Götter verwandt. Jhering a. a. O. I 270.

Gottheit. Tat nun die Gemeinschaft, welcher der Frevler angehörte, nichts zur Versöhnung der Gottheit, so entbrannte ihr Zorn über jene ganze Gemeinschaft, ähnlich wie die verletzte Sippe in rächende Fehde trat zu der ganzen Sippe des Täters. — Wie die Sippe des Täters die Rache der geschädigten Sippe durch Erlegung der Lösesumme abkaufte, so brachte auch die Gesamtheit der erzürnten Gottheit Opfer, um sie zu versöhnen, indem der Übeltäter oder ein Tier in Stellvertretung unter religiösen Gebräuchen getötet wurde. — Wie endlich unter gewissen Umständen die Sippe sich ganz lossagte von ihrem frevlerischen Genossen, ihn auch auslieferte an die verletzte Sippe, so sagte sich, um ihre Reinheit zu erhalten, die Gesamtheit los von dem Frevler, indem sie ihm Wasser, Feuer und Dach versagte bzw. ihn, wenn der Frevler ganz unsühnbar war, an die Rache der erzürnten Gottheit auslieferte. Das wollten die Worte sagen: „Sacer esto.“

Zu tit. I der Lex Dei.

§ 2. Die Rache bzw. die Blutrache, die älteste Reaktion gegen das Tötungsdelikt auch bei den Römern.

1. Die erste und ursprünglichste Reaktion gegen jedes zugefügte, wirkliche oder vermeintliche Unrecht ist die Rache des Verletzten. Man streitet über Motiv und Zweck der Rache: Beruht sie auf dem Selbsterhaltungstrieb des Individuums oder will sie die Art erhalten? Will sie ein Schutzbedürfnis befriedigen, überhaupt einen objektiven Nutzen stiften, oder will sie bloß die nach jeder zugefügten Unbill entstandene Erregung auslösen? Oder endlich will sie ein Vergeltungsbedürfnis stillen?

Man wird bei Beantwortung dieser Fragen sich hüten müssen, zu sehr das in jedem einzelnen Falle verschiedene Individuelle zu betonen; denn das könnte leicht zur Trübung der Erkenntnis von dem Wesen der Rache führen. Die Rache ist, wie Jellinek¹ sagt, eine reflexartige Reaktion des animalischen Individuums gegen äußere Störungen seiner Integrität und richtet sich gegen die Ursache der Störung. Diese reflektorische Tätigkeit ist eine unbewußte, unwillkürliche, rein physiologische Bewegung, untersucht also nicht, welches die wahre Ursache der Störung und der wahre Urheber des Angriffs ist, sondern ergreift auch das Instrument, womit der Verletzer die Störung verursacht. Der Hund z. B., welcher unter dem Stuhle ruht, beißt in das Stuhlbein, wenn ich durch Bewegungen des Stuhles ihn in seiner Ruhe störe. Auch der schlafende, seiner Sinne nicht mehr mächtige Mensch zeigt diese Reflexbewegung gegen irgend welche Störung oder

¹ Die sozial-ethische Bedeutung usw. 91.

Belästigung seines Schlafes. Dieser reflektorische Trieb liegt also in jedem belebten Individuum, ist eine seiner elementarsten Äußerungen.

Sobald aber dem Menschen der Unterschied von Recht und Unrecht zum Bewußtsein kommt, sobald also das Rechtsgefühl erwacht, gesellt sich bei erlittener Verletzung zu den Regungen jenes reflektorischen Triebes die intellektuelle Tätigkeit, den Urheber des Unrechts zu eruiieren und das Bestreben des Willens, dem Verletzer Vergeltung zuteil werden zu lassen, auch ihm eine Verletzung, einen Schmerz, ein Leiden zuzufügen. Das ist die Rache im strengen Sinne, während man jene Reflexbewegung bei jedem animalischen Individuum nur im weiteren Sinne Rache nennen kann¹. „Die Rache ist“, sagt Wilda², „die erste Offenbarung des Rechtsbewußtseins; sie ist daher edel in ihrer Grundlage, weil sich darin der Mensch als Mensch bekundet, der in dem, was ihm durch den andern geschieht, nicht nur den körperlichen Schmerz, den Verlust einer Sache, sondern auch die Nichtachtung seiner Persönlichkeit empfindet.“

Wenn nun auch allerdings nicht geleugnet werden kann, daß Naturmenschen oder Menschen mit sehr starken Affekten nach erlittener Unbill ihre überschäumende Erregung an jedem irgendwie geeigneten, öfter dem ersten besten, auch leblosen Objekte auslassen, sei es, daß sie überhaupt nicht erst nach dem Urheber der Unbill forschen, oder daß sie ihn nicht erreichen können, so liegt doch hierin nicht, wie Steinmetz³ behauptet, das Hauptmotiv der primitiven Rache. Denn einmal ist dieser Wutanfall durchaus nicht allgemein menschlich, betrifft ferner doch bloß, wenn ich so sagen soll, die pathologische Seite der Rache, und ist endlich im besten Falle doch nur ein Ersatz für verhaltene oder unmögliche Rache, ist nicht die Rache selbst. Die Rache des verletzten

¹ Hälschner, Strafrecht I 4.

² Strafrecht der Germanen 157.

³ Ethnologische Studien I 359 ff.

Menschen mit Rechtsbewußtsein zielt immer auf den Urheber des Angriffs.

Wahr ist auch, daß die Wut eine häufige Begleiterscheinung der Rache ist, wie z. B. die Zerstückelung des Leichnams des erschlagenen Täters beweist¹. Aber man kann nicht sagen, daß in dieser ausgelassenen Wut das Hauptmotiv der Rache zur Geltung komme.

Gewiß kommt manchmal bei der Betätigung der Rache auch das Motiv zum Ausdruck, das eigene Gefühl zu heben, wenn z. B. der Rächer Glieder des zerstückelten Leichnams des Verletzers an eine Schnur hing und dieselbe dann um seinen Nacken legte und so gleichsam geschmückt mit Trophäen des Erschlagenen als Sieger daherzog². Allein auch dieses ist bloß eine Begleiterscheinung, nicht allgemein, erschöpft das Wesen der Rache nicht.

Das Grundmotiv der Rache im strengen Sinne ist meines Erachtens, das in der Seele des Menschen tief begründete, mit dem innersten Wesen der Menschennatur verwachsene, daher gar nicht weiter ableitbare Vergeltungsbedürfnis zu stillen. Damit kann sich der Schutz bestimmter Interessen ebensogut verbinden wie die Entladung aufs höchste erregter Affekte, aber zum Wesen der Rache gehört weder das eine noch das andere.

Daher hat die Rache in jenen Zeiten, wo noch nicht der Wille der Gesamtheit eines Gemeinschaftskreises die Rechtsgüter der Glieder dieses Gemeinschaftskreises beschützte und ihre Verletzung sühnte, die Stelle unserer heutigen, staatlichen, öffentlichen Kriminalstrafe vertreten. Wie diese dem Übeltäter ein Leiden zufügen will zur Sühne dafür, daß er die öffentliche Ordnung gebrochen und dadurch die Gesamtheit in Gefahr gesetzt hat, so wollte auch die Rache nicht etwa bloß den durch das Unrecht verursachten Schaden wieder gut machen³,

¹ Vgl. die Schilderung der Blutrache in Montenegro bei O. Schrader, Reallexikon 100 101. ² Ebd. Vgl. Kohler, Shakespeare 134.

³ Zu dieser irrigen Auffassung hat sich Kulischer (Zeitschr. f. vergl. RW. XVI 419) verleiten lassen, indem er in dem Bußensystem, welches

sondern sie wollte verletzen, Schmerz bereiten, zur Vergeltung für Verletzung und Schmerz. Die Rache war also eine Art Strafe, und unsere heutige, staatliche Strafe ist „veredelte Rache“¹. Die Rache diente also auch, freilich in ihrer Art, der Gerechtigkeit und stellte immerhin einen Rechtszustand dar, d. h. eine Form, in welcher das Recht sich Geltung verschaffte.

In den Mängeln der Rache, von denen unten (§ 3) die Rede sein wird, lag es begründet, daß sehr oft bei Delikten die sühnende Vergeltung nicht eintrat. Daraus kann man aber nichts gegen das Wesen der Rache folgern. Den idealen Zustand, daß jedem Delikte, jedem Angriffe auf die Rechtsgüter die sühnende Vergeltung zu teil werde, wird ja auch das vollendetste, staatliche Strafrecht bei der Beschränktheit und Bedingtheit der menschlichen Verhältnisse nie erreichen können.

2. Eine besondere Färbung nimmt die Rache an bei der Tötung des Menschen. Der Getötete kann keine Rache mehr nehmen. Und doch fordert dieser größte Frevel Sühnung. Wer wird nun für den Getöteten Rache üben?

Um diese Frage für den Bereich des römischen Volkes in vorhistorischer Zeit beantworten zu können, soviel man für jene Zeit vom römischen Volk überhaupt sprechen kann, müssen wir mit einigen Worten eingehen auf jene verwandtschaftliche Organisation, welche sich überall in der indogermanischen Völkerwelt nachweisen läßt, nämlich den Geschlechtsverband oder, um den gebräuchlichen germanischen Ausdruck anzuwenden, die Sippe².

Die erste Stufe oder der innerste Kreis indogermanischer Organisation ist die Familie oder Hausgemeinschaft. Aus dieser entwickelt sich dann die Sippe, indem Brüder, welche zu ein

die Rache verdrängte, nichts anderes sieht als ein Mittel, um Schadenersatz zu erhalten.

¹ So Birkmeyer, Enzyklopädie 1029.

² Das Wort „Sippe“ wird hier natürlich nur in der öffentlich-rechtlichen, genossenschaftlichen Bedeutung des Geschlechtsverbandes genommen, nicht in dem Sinne von „Blutsfreundschaft“ oder „Magschaft“ des deutschen Rechts. Vgl. Brunner, Enzyklopädie I 176.

und derselben Hausgemeinschaft gehörten, aus dieser austreten, ein eigenes Herdfeuer entzünden, ihren gemeinsamen Ursprung aber in der Verehrung ihres Stammvaters festhalten und pflegen. Daher wurden jene Verbände bei manchen indogermanischen Völkern direkt „Brüderschaften“ genannt¹. So ist die Sippe ursprünglich nichts anderes als die erweiterte Familie. Daher beruht auch die ganze Organisation der Sippe auf dem Familienprinzip. — Wie der Familienbegriff der Indogermanen ursprünglich ein rein agnatischer ist, indem die Beziehungen zu den Angehörigen der Frau nicht als Verwandtschaft, sondern als Freundschaft angesehen wurden², so ist auch die Sippe naturgemäß ursprünglich durchaus agnatischen Charakters.

Die Vereinigung und Zusammenfassung der einzelnen Hausgemeinschaften in der Sippe ist eine militärische, indem der Sippenherr im Kriege der Anführer des Sippenkontingents ist, weiter eine politische, indem er im Frieden die Sippe vertritt und ihre Versammlungen leitet, ferner eine sakrale, indem er die gemeinsamen Opfer darbringt. Gemeinsame Stammsagen verehren außerdem den Stammvater als Schutzgeist der Sippe. In noch früherer Zeit war die Einheit der Sippe unzweifelhaft auch eine wirtschaftliche, indem die Sippe gemeinsam für den Unterhalt der Sippengenossen sorgte. So fühlten sich denn diese in jeder Beziehung als zusammengehörig. — Dieses innige, familienartige Solidaritätsgefühl trat nun besonders hervor in und bei der Ausübung der Blutrache. War nämlich ein Sippengenosse von einem Mitglied einer fremden Sippe erschlagen worden, so lag der Sippe des Erschlagenen in jener alten Zeit die Pflicht ob, die Tötung am Täter und dessen Sippe zu rächen. Denn von einer größeren politischen oder staatlichen Allgemeinheit, welche die Ahndung hätte ausführen können oder sollen, konnte noch keine Rede sein. Daher auch der Name „Blutrache“, d. h. Rache des Blutes

¹ O. Schrader, Reallexikon 771 772.

² Ebd. 213.

im subjektiven Sinne¹. Dadurch sind die zu einer solchen Rache Berechtigten bzw. Verpflichteten kurz und deutlich angezeigt.

Was die Motive bzw. die Verpflichtung der Sippe zur Blutrache betrifft, so leitete sie sicher einmal die rein materielle Erwägung, daß der durch den Totschlag verursachte Verlust, welchen die betreffende Hausgemeinschaft in der Wirtschaft an Arbeitskraft, die Sippe aber im Kampfe an militärischer Kraft erlitten, durch die Blutrache wieder ausgeglichen werden mußte in der Sippe des Täters. — Ferner lag die Verpflichtung der Sippe zur Blutrache in dem Schutz- und Trutzverhältnisse, in welchem die einzelnen Genossen zur Sippe standen. — Endlich spielte auch eine große Rolle die religiöse Anschauung, daß der Erschlagene keine Ruhe finden könnte, sondern infolge des gewaltsamen Todes unstät umherirren mußte, bis die Rache vollzogen und der am Erschlagenen begangene Frevel gelöst worden. Erst dann also konnte der Totendienst gefeiert werden, eine für die Angehörigen heilige Verpflichtung, von deren Erfüllung Ruhe und Wohlfahrt der Seele abhing. Für uns mag es hier gleichgültig sein, ob das Motiv zu diesem Totendienste die Liebe zu oder die Furcht vor den Toten gewesen ist, ob man die Toten verehrte aus Pietät oder aus reinem Egoismus, da die Seelen der Toten nützlich oder schädlich sein können, je nachdem man sie behandelt: sicher ist, daß die Ausübung des Totenkultus und die Ausübung der Blutrache im innigsten Zusammenhange standen, und beide Pflichten der agnativen Sippe oblagen oder vielmehr zunächst innerhalb dieses weiteren Kreises gewissen nächsten agnativen Verwandten des Erschlagenen.

3. Dieser so geschilderte Geschlechtsverband der Sippe findet sich auch bei den Römern in der patrizischen „gens“.

¹ Vgl. L. Günther, Wiedervergeltung Abt. 1, S. 4, A. 7 und die Literatur daselbst. — Da die Blutrache bei einigen Völkern geübt wurde auch bei Ehebruch, Entführung, ja bei Diebstahl (vgl. Kohler, Blutrache 11), so folgt, daß „Blutrache“ nicht aufgefaßt werden kann im objektiven Sinne: Vergossenes Blut soll gerächt werden.

Die Ableitung dieses Wortes von „gigno“, „genus“ ist klar und durchsichtig. Während zu der römischen Hausgemeinschaft (familia) alle diejenigen gehören, welche in der patria potestas eines lebenden Aszendenten stehen, umfaßt die gens alle diejenigen, welche unter derselben patria potestas stehen würden, wenn der gemeinsame pater familias noch lebte. So ist auch die römische gens nichts weiter als die erweiterte familia. Die Mitglieder der gens heißen „gentiles“ und stehen zueinander wie Familienglieder. „In den heiligsten und ernstesten Momenten des Lebens, im Tempel wie auf dem Schlachtfelde, stehen sie sich zur Seite; Schande und Ehre, Glück und Unglück ist ihnen gemeinsam.“¹ Daher beruht auch die gens ihrem ganzen Geiste und Zuschnitt nach auf der Idee der Familienverbindung. Die gentiles sind verbunden durch gemeinsamen Namen, das nomen gentile, gemeinsame sacra², gegenseitiges Erbrecht³. An ihrer Spitze steht der von ihnen aus ihrer Mitte gewählte „princeps gentis“⁴, welcher im Kampfe die gentiles anführt⁵, ihre Versammlungen leitet und das Opfer darbringt. Seine Stellung ist aber bei der durchaus republikanischen Verfassung der gens⁶ nur die des primus inter pares. Wir haben hier also den diametralen Gegensatz zur familia, welche bei ihrer monarchisch-patriarchalen Verfassung unter der absoluten Herrschergewalt des pater familias steht.

Bei der innigen Solidarität, welche die römische gens erfüllte, würden wir nun konsequent auch die Ausübung der

¹ Jhering, Geist I 184.

² Über die „gens“ als sakralrechtliche Genossenschaft vgl. Pernice, Zum römischen Sakralrecht II 1197 ff.

³ Brunnenmeister, Tötungsverbrechen, gibt S. 93 eine kurze, aber vollständige Aufzählung der Rechte und Pflichten der „gens“ in historischer Zeit.

⁴ Quellenstellen, welche die Existenz des „princeps gentis“ erweisen, gibt Brunnenmeister a. a. O. an.

⁵ Vgl. den Kampf der 306 Fabier am Cremera.

⁶ Das gleiche Resultat hat die vergleichende Rechtswissenschaft zu Tage gefördert bei den analogen Verbänden anderer Völkergruppen, den sog. Totems. Vgl. Kohler, Enzyklopädie I 52.

Blutrache bei ihr erwarten müssen. Allein die Blutrache ist im historischen Rom nicht nachzuweisen bzw. nicht mehr nachzuweisen, da sie damals schon erloschen war. Daß sie aber geübt worden ist, geht meines Erachtens zunächst unzweifelhaft aus der Tatsache hervor, daß bei den Römern der Totendienst stets in vollster Blüte stand. Der Totendienst an einem Erschlagenen erfordert aber nach obigen Ausführungen zuerst die Blutrache.

Abgesehen davon haben sich in historischer Zeit von der ehemaligen Übung der Blutrache auf latinischem Boden sichere Spuren erhalten, welche hier kurz zusammengestellt werden sollen.

a) Der Grammatiker und Scholiast Servius schreibt in seinem Vergilkommentar zu Eclog. IV 43: „Sane in Numae legibus cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in concione offerret arietem; . . . oblatum homicidam crimine homicidii possit exsolvere“; — und zu Georg. III 387: „(aries), qui antea pro domino capital dari consueverat. Nam apud maiores homicidii poenam noxius arietis damno luebat, quod in regum libris legitur.“¹ Unter Zuhilfenahme der von M. Voigt² zusammengetragenen, auf dieses Königsgesetz bezüglichen Stellen ergibt sich, daß im Falle rechtswidriger, fahrlässiger Tötung eines Stammes- oder Volksgenossen³ nach dem Gesetz des Numa zur Sühne für den Totschlag (pro capite occisi)⁴ ein Widder, das Opfer-

¹ Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 124 f 125 A. 2.

² Leges regiae 618.

³ Warum „homo“ in obiger Stelle in der Bedeutung von „Stammes- oder Volksgenosse“ gefaßt werden muß, wird sich unten zeigen S. 58. Allerdings ist es zunächst auffällig, daß nicht auch hier wie in dem korrespondierenden Gesetze des Königs Numa über den Mord die präzisere Form „homo liber“ gewählt worden ist. Die Erklärung dafür liegt in der paraphrastischen, modernen Wiedergabe der lex durch den Scholiasten Servius.

⁴ Brunnenmeister (a. a. O. 127 157 A. 2 159) hält diese Wendung des Servius für bedenklich: denn nicht für den Erschlagenen, sondern für den Totschläger sollte der Widder geopfert werden. Allein Servius

tier des Janus, als „Sündenbock“ an Stelle des Totschlägers (pro domino capital dari) den Agnaten¹ des Getöteten in einer contio hingegeben, und daß dieser Widder als stellvertretendes Sühnopfer geschlachtet werden sollte. Die innere Konsequenz der Sache erfordert nun den Schluß, daß bei rechtswidriger, mit Überlegung ausgeführter Tötung der Mörder selbst den Agnaten des Erschlagenen als Sühnopfer, das dem Tode verfallen, ausgeliefert werden mußte². — Zur näheren Erklärung diene folgendes: Die lex Numae setzt bereits die Existenz eines staatlichen Gemeinwesens voraus, in welchem die Sonderexistenz der Sippen politisch nicht mehr berücksichtigt wurde, also eine Blutrache von Sippe gegen Sippe nicht mehr geduldet wurde. Darin aber, daß die lex gerade den Agnaten des Erschlagenen, also den alten Sippengenossen, im Falle des unvorsätzlichen Totschlages einen Widder in Stellvertretung des Täters zur Opferung zusprach, im Falle des Mordes daher konsequentermaßen den Täter selbst, liegt noch die Anerkennung, daß die Sippe des Erschlagenen ein Recht auf das Blut des Täters habe; das ist aber „ein festgehaltenener Tribut an den Gedanken der Blutrache“³.

b) Einen erwähnenswerten Hinweis auf die ehemalige Existenz der Blutrache im vorhistorischen Rom enthält ferner die geistvolle, etymologische Erklärung, welche O. Schrader⁴ gibt von der Wortgruppe: vindex, vindicare usw. Die drei schon früh bezeugten Bedeutungen dieser Wortgruppe sind 1. vor Gericht für jemand eintreten, 2. eine Person oder Sache als sein Eigentum in Anspruch nehmen, 3. rächen.

will offenbar nur ganz allgemein erläuternd die Sühne für den Totschlag hervorheben. Daß nach seiner Ansicht der Widder den Täter vertritt, sagt Servius sehr deutlich in der zweiten oben angeführten Stelle.

¹ Die jetzt allgemein angenommenen Emendationen „agnatis“ für „etnatis“ und „contione“ für „cautione“ rühren von Huschke und Scaliger her. Vgl. Rein, Kriminalrecht 403 A.

² O. Schrader, Reallexikon 101.

³ Brunnenmeister a. a. O. 163 167.

⁴ A. a. O. 223—228.

Die beiden ersten Bedeutungen gehören dem altrömischen Rechtsleben an, wie ihr Vorkommen in den XII Tafeln beweist¹. Was nun die etymologische Erklärung betrifft, so bedeutet der zweite Bestandteil „-dex“ unzweifelhaft ein Hinweisen auf etwas, ganz entsprechend dem griechischen *δείξω*. Aber der erste Bestandteil des Wortes „vin-“ war schwer zu bestimmen. Es galt, da die Annahme von vornherein abzuweisen war, daß obige drei Bedeutungen nicht auf einen, sondern auf zwei Grundbegriffe zurückgingen, den einen Kern, in dem jene dreifache Bedeutungsreihe eingeschlossen war, herauszufinden. O. Schrader stellt nun jenen ersten Bestandteil „vin-“ zusammen mit keltischen und germanischen Wortstämmen (S. 227) und gewinnt tatsächlich eine einheitliche Grundlage des obigen dreifachen Bedeutungskomplexes im Sinne von „Familie“, „Sippe“, so daß also „vin-dex“ bedeuten würde: einer, der auf die Familie, die Sippe hinweist, der das Sippenrecht geltend macht, der die Sippenpflicht erfüllt usw., in verschiedener Bedeutung entsprechend den konkreten Tatumständen. Aus diesem Kern entfaltet sich nach Schrader ohne Schwierigkeit obige Bedeutungsreihe. Die Sippengenossen fühlten sich ja doch solidarisch, traten für einander ein, schützten einander, rächten einander. Die indogermanische Sippe ist aber bei den Römern die gens. *Vindex* in der dritten Bedeutung obiger Reihe heißt dann also ursprünglich nicht „Rächer“, wie in späterer Zeit, sondern im technischen Sinne „Sippenrächer“, d. h. „Bluträcher“; *vindex* ist nämlich derjenige, welcher die Verfolgung eines Mordes am Sippengenossen als Pflicht der Sippe hinstellt, d. h. die Blutrache proklamiert gegen die Sippe des Täters².

¹ Vgl. tab. I n. 4 (Bruns, Fontes I 18); tab. III n. 3 (ebd. 20); tab. XII n. 3 (ebd. 39).

² So ansprechend die Schradersche Hypothese ist, so setzen ihr doch Grammatiker von hohem, begründetem Rufe — ich nenne den hiesigen Professor Dr Franz Skutsch — schwere Bedenken entgegen. Schrader selbst stellt (Realexikon 223) die Worte zusammen: „*vindex*“ und „*vindicere*“, welch letzteres übrigens nur einmal bezeugt ist in der Form „*vin-*

e) Weiter zeigt sich auf prozessualen Gebiete eine Spur ehemaliger Blutrache in der Bevorzugung der nächsten Angehörigen bei der Akkusation, der kriminellen Anklage. Diejenigen Personen nämlich, welche sonst wegen ihres Alters, Geschlechtes, Standes oder ihrer persönlichen Verhältnisse nicht akkusieren durften, wurden dennoch zugelassen, wenn es sich um die Ermordung eines Angehörigen handelte. In diesem Falle war der Akkusator nicht, wie sonst, der Vertreter der Allgemeinheit, der freiwillige Staatsanwalt, sondern er denunzierte im Interesse der Familie, der es oblag, den an einem Angehörigen verübten Frevel zu sühnen¹. Was aber in späterer Zeit in Form des Prozesses bewirkt wurde, geschah ursprünglich in Form der Selbsthilfe, also hier der Blutrache.

d) Ein Satz des klassischen römischen Rechts, welcher bis in ferne Zeiten in Geltung geblieben ist, lautete: *Honestati enim heredis convenit, qualemcunque mortem testatoris inultam non praetermittere*². Es war also Pflicht für den Erben und Vorbedingung zur Erlangung der Erbschaft, den Tod des ermordeten Erblassers zu rächen, d. h. also für die spätere Zeit: die Anklage zu erheben. — Also auch in diesem Satze finden wir einen Nachhall ehemaliger Anschauung von der Notwendigkeit der Blutrache.

Da so in den beiden letzten Fällen c) und d) gleichsam eine sittliche Verpflichtung zur Anklage vorlag, so war beim

dicit“ (tab. III n. 3 bei Bruns, Fontes I 20). Man muß also annehmen, daß er das, was er von „*vindex*“ sagt, auch für „*vindicat*“ gelten lassen muß. Nun ist aber nach allen grammatischen Gesetzen *vin-* in *vindicat* zweifellos ein Kasus, also müßte auch *vin-* in *vindex* ein Kasus sein. Das ist aber nach Schraders Etymologie lautlich unmöglich: denn das Stammwort für „Sippe“ lautet nach ihm „*venio-*“. Auch vom semasiologischen Standpunkte ist Schraders Erklärung nicht unanfechtbar. Aus dem allgemeinen „auf die Sippe hinweisen“ können schwerlich solche spezielle, konkrete Bedeutungen geworden sein.

¹ Vgl. z. B. ll. 1 4 11 Pr. D. XLVIII 2.

² Paul. Sent. III c. 5 § 2.

Scheitern der Anklage das Kalumnienverfahren gegen den Ankläger ausgeschlossen¹.

Neben diesen Spuren ehemaliger Blutrache finden sich in Rom noch spät ebenso sichere Reste ehemaliger Privatrache überhaupt, z. B. die strafflose Tötung des in flagranti ertappten Ehebrechers durch den Ehemann.

Außer allen Zweifel ist also gestellt, daß auch auf latinischem Boden, im vorhistorischen Rom, in früher Zeit das Racherecht bestand.

4. Eine Frage, welche mit der Blutrache im engsten Zusammenhang steht, muß uns noch kurz beschäftigen, ob nämlich im vorhistorischen Rom bzw. in dem Rom der Königszeit an Stelle der Tötung des Mörders im Wege der Blutrache auch treten konnte die Zahlung des Blutpreises.

Schon früh war nämlich der Gedanke aufgetaucht, daß der Schädiger den Vollzug der Rache des Geschädigten und seiner Sippe ablösen könne durch Geld oder Geldeswert. So entstand die Buße, das Sühnegeld, die „poena“, die „unblutige Blutrache“. Ursprünglich wird die Festsetzung der Lösesumme sicher auf der freien Vereinbarung der Parteien beruht haben: allmählich aber entstanden feste Tarife, wie wir das sehen werden besonders bei den Bußfestsetzungen für

¹ Vgl. z. B. c. 2 Pr.; c. 4 Cod. Just. IX 46. Mommsen, Röm. Strafrecht 369 A. 5, 494. Zumpt (Kriminalrecht I 126) bezweifelt, daß jener Vorzug der Angehörigen beim Anklagen eine Spur der Blutrache darstelle, glaubt vielmehr, daß er sich aus dem Grundsatz des Anklageverfahrens mit Notwendigkeit ergebe. Dem Staat lag daran, den besten Ankläger zu gewinnen. Der Richter bevorzugte daher unter den zur Anklage sich Meldenden natürlich denjenigen, welcher vermöge seiner äußeren Verhältnisse und seiner durch menschliche Rücksichten bestimmten Gesinnung die sicherste Gewähr für eine strenge Anklage darbot. — Allein es handelt sich hier nicht um einen Vorzug der Angehörigen, welcher doch immerhin gewährt werden mußte und daher im subjektiven Belieben und Urteile des Richters stand, sondern um ein Vorzugsrecht bzw. sittliche Verpflichtung, welches eben nur auf der äußeren Qualität der Familienzugehörigkeit basiert war. Außerdem bleibt bei der Zumptschen Auffassung die Freiheit der Angehörigen von der Kalumnienanklage unerklärlich.

Körperverletzung. Möglicherweise hat es schon früh eine schiedsrichterliche Instanz gegeben, welche nach Lage des Falles urteilte und bestimmte, ob der Rache freier Lauf zu lassen sei, oder ob der Beschädigte sich mit der Lösesumme zufrieden geben müßte. Dieser Instanz wird vielmehr als einer von allen angenommenen, d. h. allgemeinen Gewohnheit dann auch wohl die Tarifierung der Bußsätze zuzuschreiben sein¹.

Ist nun das Leben, welches durch die Tötung vernichtet wird, ein solches Gut, welches durch eine Summe materiellen Wertes repräsentiert, also auch ersetzt werden kann? In alter Zeit haben die Indogermanen im Morde, ebensowenig wie im Raube, eine Verletzung irgend welcher göttlicher oder sittlicher Gebote erblickt, daher hatte der Mord für sie nichts moralisch Befleckendes, sondern er bedeutete eben nur die materielle Schädigung der Familie bzw. Sippe durch Vernichtung der Arbeitskraft. Man hielt also das Leben für ein taxables Gut. Dabei mußte man folgerichtig zu dem Gedanken kommen, daß man durch Erlegung des Preises des Lebens, verschieden bewertet nach der Tüchtigkeit und dem Stande, die Blutrache abkaufen könne. Diese Idee hat bei den Indern und besonders bei den Germanen späterhin zu einem umfassenden und spezialisierten Kompositionensysteme geführt. „Compositio“ ist nämlich das Lösegeld oder das Wergeld. Die Höhe desselben war schon früh, wie Tacitus angibt², staatlich festgesetzt. Das ist in der Tat der rein metrologische Gesichtspunkt, wo Gleiches vergolten wird mit Gleichem bzw. Wertgleichem, das ist die Vorstellung, daß die Vergeltung nach rein äußerlich gleichem Maße zu geschehen habe. Von irgend welcher sittlichen oder religiösen Beziehung ist keine Spur.

¹ Der andern Ansicht neigt Kohler zu (Shakespeare, Nachwort, 17 f), allein, wie ich glaube, mit Unrecht. Vgl. Kulischer, Zeitschr. f. vergl. RW. XVI 424.

² Germania c. 21.

Es handelt sich also für uns nun um die Frage, ob in der Vorzeit des uns bekannten, römischen Rechtslebens, analog wie bei den Germanen, im Falle der Tötung ein Lösegeld gegeben werden durfte, wodurch die Blutrache abgekauft wurde, wie wir das noch in historischer Zeit bei den Bestimmungen der XII Tafeln über Körperverletzung sehen, oder ob der Blutrache freier Lauf gelassen wurde. Im ersteren Falle würde die Behandlung der Tötung bei den Römern dieselbe gewesen sein wie bei den Germanen, im zweiten Falle würde eine große Verschiedenheit zu konstatieren sein.

Wir haben oben das angebliche Königsgesetz des Numa besprochen und gesehen, daß bei unfreiwilliger Tötung den Agnaten des Erschlagenen ein Widder an Stelle des Täters als Sühnopfer angeboten werden mußte, um den Täter selbst vom Opfertode zu lösen. Aus dieser Bestimmung mußte der Schluß gezogen werden, daß im Falle rechtswidriger, mit Überlegung ausgeführter Tötung der Mörder selbst den Agnaten des Erschlagenen als Sühnopfer ausgeliefert werden mußte. In diesen beiden Sätzen spiegelt sich wieder die Auffassung der ältesten Zeit auf latinischem Boden über Tötung des Stammes- oder Volksgenossen, daß nämlich diese Tötung ein Frevel gegen die Götter sei, welche versöhnt werden müßten, ein Frevel, welcher aber zugleich den Täter selbst beflecke. Dieser bedürfe daher noch persönlich der religiösen Reinigung. Wenn auch die lex Numae bloß von der Versöhnung der Götter spricht, so darf doch die Reinigung des Täters nicht unerwähnt bleiben¹. — So erklärt sich die Vorschrift von der Schlachtung gerade des Widders. Der Widder ist das Opfertier des Janus, Janus aber ist der Gott des Lebens²; der durch die Vernichtung des Lebens verletzte Gott sollte daher durch die Schlachtung seines Opfertieres wieder versöhnt werden. Die für die Urzeit anzunehmende, charakteristische

¹ Voigt, Leges regiae 620.

² Augustin., De civ. Dei 7, 2.

Anschauung, daß der Mord nichts Befleckendes habe und moralisch nicht verurteilt werde¹, ist also in jenen Überlieferungen aus der römischen Königszeit bereits überwunden. Die Blutschuld zeitigt religiöse Folgen, die Blutrache ist daher eine religiöse Pflicht der Agnaten und empfängt durch die religiösen Vorschriften über den Vollzug eine göttliche Weihe. Herrschte aber eine solche Auffassung über die Tötung, dann war freilich für das Kompositionensystem, für das Blutgeld, kein Platz.

Dieser von M. Voigt² besonders eindringlich vorgetragenen Meinung hatte Zumpt³ unter Hinweis auf den Prozeß gegen den Schwestermörder, den siegreichen Horatier, bereits vorgearbeitet und den Weg geebnet. Für den Mord eine Entschädigung in Geld festzusetzen sei eben nicht römisch. Dasselbe Motiv liegt auch Bestimmungen des ädilizischen und prätorischen Ediktes zu Grunde. Wenn nämlich ein „homo liber“ durch unerlaubtes Halten von wilden Tieren oder durch Guß und Wurf zu Tode gekommen war, so trat nicht Schadenersatz ein, sondern eine hohe Geldstrafe. Die kommentierenden Juristen erklären diese Abweichung damit, daß in „homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest“. Vgl. l. 42, D. XXI, 1 und l. 1, § 5; l. 7, D. IX, 3.

§ 3. Kritik der Rache und Blutrache. Übergang zum staatlichen Strafrecht.

1. Die Rache ist eine Reaktion gegen das Unrecht als solches, sie will dem Übeltäter wiedervergelten. Daher dient sie der Gerechtigkeit, ist ihrem Inhalt nach gerecht. Ihrer Form nach aber hängt sie ganz und gar vom subjektiven Willen ab. Daher ist sie behaftet mit Zufälligkeiten und Mängeln aller Art.

Es ist zunächst ganz zufällig, ob die Rache im konkreten Falle überhaupt zur Ausübung kommt. Der Verletzte oder

¹ O. Schrader, Reallexikon 557.

² A. a. O. 624 625. ³ Kriminalrecht I 127 128.

Beschädigte ist als Einzelperson oft nicht im stande, den Täter ausfindig zu machen. So bleibt unter der Herrschaft der Rache so manches Delikt ungesühnt. Zwar wird dies vereinzelt immer der Fall sein, auch bei ausgebildetem staatlichen Strafrechte; denn immer werden einesteils die Strafgesetze Maschen haben, und immer werden andernteils Verbrecher sich dem Strafrichter zu entziehen wissen. Allein augenscheinlich hat die Gesamtheit und ihre berufsmäßige Vertretung ganz andere Mittel in der Hand, des Verbrechers habhaft zu werden, als die Einzelperson. — Ist nun aber auch der Verletzte im stande, dem Täter zu vergelten, so steht es doch immerhin noch vollständig in seinem subjektiven Belieben, ob er das Unrecht verfolgen will oder nicht. Bei Eigentumsdelikten z. B. können wir uns sehr gut vorstellen, daß der Beschädigte, vorausgesetzt, daß er die gestohlene oder beschädigte Sache bzw. ein Äquivalent wieder erhält, von irgend welcher Verfolgung des Verbrechers absieht. — Durchaus zweifelhaft ist ferner, ob die Rache in einem dem erlittenen Unrecht angemessenen Maße ausgeübt wird. Würde sie aber ein größeres Leiden zufügen, als der Angreifer verursachte, so wäre sie ja keine gerechte Vergeltung mehr, sondern nur neues Unrecht. Gerade die Rache aber ist unbändig, blind, unberechenbar, je nach der Individualität des Rächers. In der durch die Verletzung ausgelösten Erregung kennt der Rächer weder Maß noch Verhältnis. Der Rache fehlt also die dem Unrecht adäquate Normierung der Vergeltung. Neues Unrecht aber erregt neue Rache, so ist die Rache oft der Quell immer neuer Ausschreitungen. Das Gut des sozialen Friedens ist durch die Rache stetig gefährdet.

Ein weiterer Mangel bei der Rache ist das Fehlen jedes Prozesses. Es wird ja nicht einmal ermittelt, ob das Delikt wirklich begangen ist. Auch bei vermeintlich erlittenem Unrecht setzt die Rache ein. Noch viel weniger wird das Delikt festgestellt, d. h. sein Tatbestand formuliert, weder nach der objektiven noch nach der subjektiven Seite. Zwischen Ab-

sicht, Fahrlässigkeit und Zufall, ferner zwischen Zurechnungsfähigkeit und Zurechnungsunfähigkeit unterscheidet die Rache ebensowenig, wie sie danach fragt, ob die Tat geschehen ist wider Recht oder in Verteidigung eines Rechts¹. Sie sieht nur auf den sich manifestierenden Erfolg, sie zielt nicht auf die Schuld des Täters. — Was aber als das brennendste Merkmal der Unzulänglichkeit, ja Ungerechtigkeit bei der Rache erscheint, ist der Umstand, daß Partei und Richter eine Person ist.

So ist die Rache ein Rechtszustand auf rein subjektivem Standpunkte, sie ist Unrechtsverfolgung, aber mit allen Mängeln der Subjektivität.

2. Einen Schritt weiter führt uns die Blutrache, welche eine höhere, vollkommenerere Entwicklungsform der Rache darstellt. Die Blutrache ist Sippenrache: in diesem Kriterium liegen ebensowohl ihre Vorzüge wie ihre Nachteile.

Zunächst die Vorzüge. Die Blutrache hängt nicht vom subjektiven Belieben ab, sondern sie ist eine heilige, auf religiösen Anschauungen basierende Pflicht der Geschlechts-genossen bzw. der nächsten Angehörigen. Der Erschlagene findet nicht eher Ruhe, bis er gerächt ist. Versäumen die Angehörigen diese Pflicht, dann müßte die Sippe sie dazu anhalten.

Die Blutrache ist außerdem keine regellose Rache, keine Befriedigung individueller, vielleicht ungemessener Leidenschaften, sondern sie ist als eine die ganze Sippe berührende Angelegenheit in ihrer Ausübung normiert durch die Beschlüsse der Sippenversammlung. Hier wurde festgestellt, wer die Blutrache auszuüben habe, und wie weit sie zu gehen habe.

Auch Ansätze von Berücksichtigung des Schuld- und Tatmomentes müssen wir bei der Blutrache annehmen. Denn einmal wird die Frage, ob die Blutrache faktisch vollzogen oder das Blutgeld angenommen werden solle, nicht von den Parteien beantwortet worden sein, sondern von einem allseitiges Vertrauen genießenden Mittelsmanne, einem Schieds-

¹ Man denke zur Illustration des Textes an die Lynchjustiz.

richter, oder von der Volks- oder Gerichtsversammlung¹. Die Frage wird aber von dieser Mittelinstanz nicht willkürlich entschieden worden sein, sondern nur nach Abwägung aller Umstände. Insbesondere wird, was ja am nächsten liegt, die subjektive Seite der Tat berücksichtigt worden sein. — Andererseits darf es, zwar nicht für jene Zeit, in welcher man in der Tötung des Sippengenossen bloß eine wirtschaftliche bzw. militärische Schwächung der Hausgemeinschaft bzw. der Sippe sah, wo also die Sippe des Täters stets für ihr Mitglied eintrat, ohne irgend welche Analyse der Tat², als wahrscheinlich gelten, daß z. B. die Tötung des in flagranti ertappten Diebes nicht die Blutrache der durch die Tötung geschädigten Sippe hervorrief. Man erkannte also frühzeitig bestimmte Tötungsfälle als erlaubt, rechtmäßig, straflos an. Darin liegt aber eine kritische, nach objektiver Gerechtigkeit strebende Beurteilung der Tat, speziell des objektiven Tatbestandes. Zur Zeit der Blutrache sah man eben nicht mehr wie zur Zeit der Privatrache bloß auf den äußeren, eingetretenen Effekt. Leise meldet sich die Auffassung an, daß die verübte Tat ein Verbrechen sei. Einen konkreten Ausdruck findet diese allmählich emporkommende Anschauung besonders in dem eben schon angedeuteten Umstände, daß, wenn jemand in flagranti ertappt und getötet worden war, die Sippe des getöteten Missetäters nicht mehr reagierte. Später sagte sich die Sippe in solchen Fällen handhafter Tat sogar vom Täter los, stieß ihn aus oder lieferte ihn gar aus.

So nähert sich die Blutrache in manchen Beziehungen der Strafe im technischen Sinne. Sie hat viele Mängel der rein subjektiven Privatrache abgestreift und zielt nach objektiver Rechtsbetätigung. Man kann sie daher wohl eine Art von

¹ Es scheint mir also nicht nötig zu sein, hierbei sofort an eine höhere Instanz, etwa den König, zu denken, wie dies O. Schrader (Reallexikon 104) tut.

² Auf diese Beschränkung macht Kulischer (Zeitschr. f. vergl. RW. XVI 420 ff) mit Recht aufmerksam.

Kriminaljustiz nennen¹. Wegen ihrer Vorzüge erscheint es auch erklärlich, daß die Blutrache so viele Jahrhunderte hindurch bei manchen Völkern, auch bei solchen, welche in staatlicher Bildung bereits erstarkt waren, die Sühne des Tötungsdeliktes darstellte.

3. Trotz dieser Vorzüge ist die Blutrache als Sühnemittel für die Untat durchaus ungeeignet, ungerecht und antisozial.

Die Blutrache ist Sippenrache bzw. Familienrache. In diesem Kriterium liegen auch ihre Mängel. — Die Menschheit hat sich in Gesamtheiten, in Verbänden entwickelt. Der Einzelne trat nicht hervor. Daher fühlte sich der ganze Geschlechtsverband verletzt durch das Unrecht, welches einem der Genossen zugefügt worden war. Die ganze Sippe mußte aber auch büßen, was das einzelne Mitglied verschuldet hatte. So war die Blutrache nicht eine Rache von Mann zu Mann, sondern von Geschlecht zu Geschlecht. Daher kam es, daß die Untat des Einen viele in den Untergang zog. Somit kann allerdings, wie Kulischer² richtig hervorhebt, die Tötung des Genossen einer fremden Sippe zur Zeit der ausgebildeten Blutrache kaum als „Verbrechen“ im technischen Sinne, und die Blutrache kaum als „Strafe“ im technischen Sinne angesehen werden, sondern die Geschlechtsrache ist vom Kriege nicht zu trennen. So erklärt sich denn auch das tragische Geschick so manches Sippengenossen, welcher bloß wegen seiner Zugehörigkeit zur Sippe des Täters der Blutrache verfallen war, wenn er auch von der Untat seines Sippenmitgliedes keine Ahnung hatte³. Die Blutrache war also eine Geschlechtsrache sowohl nach der aktiven, wie nach der passiven Seite⁴. Später allerdings sind die Grenzen der

¹ Kohler, Shakespeare 131.

² Zeitschr. f. vergl. RW. XVI 418.

³ In seinem „Shakespeare“ führt Kohler verschiedene Völker als Zeugen für die Behauptung im Texte an; vgl. S. 137 169 175, Nachwort 13.

⁴ Residuale Formen dieses ursprünglichen Charakters haben sich bei vielen Völkern erhalten hinsichtlich der Zahlung des Blutgeldes. Alle

Blutrache nach der passiven Seite hin eingeengt worden, wenigstens bei einigen Völkern, bei denen sie sich nur entweder gegen den Täter allein, oder auch gegen dessen Erben bzw. gegen denjenigen Sippengenossen richten durfte, welcher den Täter aufnahm, obschon die Sippe sich von ihm losgesagt hatte.

Abgesehen von der Ungeeignetheit, für das Delikt eine entsprechende Vergeltung zu gewähren, und von der Ungerechtigkeit, für die Tat des Einen viele Unschuldige ins Verderben zu verstricken, ist die Blutrache endlich eminent egoistisch und wirkt daher dem sozialen Interesse entgegen.

Nicht in erster Linie, weil die öffentliche Ordnung gebrochen, sondern weil der Einzelne bzw. dessen Geschlecht verletzt worden, wird zur Blutrache geschritten. In der Vollstreckung derselben empfindet der Rächer nicht das Gefühl der Befriedigung darüber, daß die gebeugte Ordnung durch das dem Friedensbrecher zugefügte Leiden gesühnt und so wiederhergestellt sei, sondern er labt sich in der höchst persönlichen Wonne, dem Verletzer Wehe zu bereiten. Schadenfreude also, nicht ethische Genugtuung über die vollbrachte Vergeltung erfüllt sein Herz. Dieses egoistische Moment, welches in der Blutrache liegt, ist nun auch der immerwährende Keim von Fehde und blutiger Zwietracht gewesen. Weil in der Blutrache immer die alte, menschliche, ungebändigte Leidenschaft der Rache glut lodert, daher hat sie, trotz aller Gerechtigkeitsgedanken, die in ihr ruhen, so viel Leid und Elend über das Menschengeschlecht gebracht. In diesem persönlichen, nach blutiger Befriedigung verlangenden Rachegefühl liegt das der Allgemeinheit gefährliche Moment,

Glieder der Familie des Täters mußten, entsprechend der Nähe der Blutsbeziehungen, pro rata die Lösesumme zahlen und nahmen sie umgekehrt in demselben Maßstabe der Verteilung in Empfang. Vgl. Kohler a. a. O. 133 139 141 148 157 ff 171 172 174 178. Die Zahlung des Wergeldes war daher kein Loskauf des Täters, sondern des ganzen Geschlechts, der Empfang desselben eine Entschädigung des ganzen Geschlechts.

welches bei der Blutrache um so schwerer wiegt, als eben wegen der genossenschaftlichen Konstruktion des Menschengeschlechts ganze Gemeinschaften dem Untergange geweiht wurden. Treffend charakterisiert daher Kohler¹, die gute wie die schlechte Seite hervorhebend, die Blutrache als „die Institution, die bald das schlummernde Rechtsgefühl zur hellen Glut entfacht, bald zerstörend und verheerend die Brandfackel über ganze Geschlechter schwingt“.

4. Nach dem Gesagten leuchtet ein, daß die Blutrache eigentlich nur im Geschlechterstaate blühen kann. Als daher unter den verschiedensten Einwirkungen der auf dem Familienprinzip beruhende Geschlechterstaat zerstückelte und sich umwandelte in einen politischen Territorialstaat, als im Verfolg dieser Umwandlung die Persönlichkeit des Einzelnen in den Vordergrund trat, der Einzelne von der Gesamtheit einerseits zum Handeln mit Rechtswirkung befugt wurde, anderseits aber auch für sein Handeln, soweit Rechtsgüter verletzt wurden, von der Gesamtheit zur Verantwortung gezogen wurde, als somit der Einzelne, und nur er, nicht mehr sein Geschlecht, als voller Träger seiner Schuld für diese einzustehen hatte, da hätte eigentlich das Ende der Blutrache gegeben sein müssen. Allein diese Institution hatte zu feste Wurzeln in den Gemütern der Menschen geschlagen, und hat daher, allen staatlichen Bemühungen und Gesetzen zum Trotz, in den verschiedenen Staaten verschieden lange, oft noch Jahrhunderte hindurch in Kraft gestanden. Ja der Staat transigierte eine Zeit lang mit der Blutrache, indem er entweder sie gewähren ließ, sie unter seine Kontrolle nahm, z. B. wenn er die Sippe, welche sich vom Täter losgesagt hatte, gegen die Blutrache schützte², oder Blutrache und Rechtsgang in sich gegenseitig ausschließender Alternative nebeneinander hergehen ließ. Je mehr und je schneller aber der

¹ Shakespeare 145.

² Kulischer, Zeitschr. f. vergl. RW. XVI 423.
Triebts, Studien zur Lex Dei. I.

Gemeindestaat erstarkte, besonders wenn seine Regierung in der kraftvollen Hand eines mächtigen, über seine souveränen Rechte, wozu ja doch die Strafgewalt gehört, eifersüchtig wachenden Monarchen lag, um so eher und leichter wurde der Konflikt zwischen Blutrache und staatlichem Strafrecht zu Gunsten des staatlichen Alleinstrafrechts entschieden. Nunmehr nahm die Gesamtheit die Sühne des Delikts an sich, schaltete die Selbsthilfe aus, gestaltete die strafrechtliche Behandlung individuell und stillte das Rechtsbedürfnis in viel vollkommenerer Weise; denn bei der Gesamtheit und bei dem von ihr bestellten Rächer der Untat ist jede Beigabe persönlicher Leidenschaft abgestoßen. Indem die Blutrache als Deliktssühne vom staatlichen Strafrecht aufgenommen und absorbiert wurde, wurde außerdem auch das Unheil, welches ständig aus der Blutrache quoll und am Marke des Volkes zehrte, beseitigt, nämlich die fortwährende Geschlechterfehde. So ist in der Tat die Blutrache bzw. die Rache überhaupt eine der beiden Quellen des heutigen staatlichen Strafrechts. Die Strafe im technischen Sinne als das von der Gesamtheit auf das Haupt des Übeltäters für gewisse Handlungen gesendete Übel hat die Rache abgelöst, wie ja überhaupt die von der staatlichen Gewalt geordnete und gehandhabte Rechtspflege die Selbsthilfe zur Seite geschoben hat¹.

§ 4. Das Tötungsdelikt als öffentliches Verbrechen bei den Römern.

1. Nach den allgemeinen Ausführungen des vorigen Paragraphen wird es einleuchten, daß die Frage, in welcher

¹ Wenn Kulischer a. a. O. 417 bemerkt, daß „die Rache von Sippe gegen Sippe nur indirekt zur Entstehung strafrechtlicher Ideen hat führen können“, so ist das wohl richtig, wenn wir die ausgebildete Geschlechterrache im Auge haben. Allein der Kern jeder Rache, auch der bloßen Privatrache, ist Wiedervergeltung, und Wiedervergeltung ist auch das Wesen der staatlichen Strafe, wenigstens nach unserer Ansicht. Wenn auch die Form verändert worden ist, der Gedanke ist geblieben: die Rache ist also unzweifelhaft eine Quelle unserer heutigen Strafe. Vgl. L. Günther, Wiedervergeltung Abt. 1, 7.

Periode bei einem Volke die Blutrache durch das öffentliche Strafrecht abgelöst worden sei, notwendig zusammenhängt mit der Frage, wie und wann sich die staatliche Macht bei jenem Volke entwickelt habe.

Was nun die Römer betrifft, so bietet kein Volk so wenig Tradition über seine Anfangszustände und Entwicklungsformen. Wir sind daher darauf angewiesen, den allgemeinen indogermanischen Entwicklungsgang zu Grunde zu legen, um mittelst analoger Schlüsse und mit Hilfe der spärlich fließenden Überlieferung ein greifbares und sicheres Resultat zu gewinnen.

2. Es läßt sich bei den Indogermanen die allgemeine Erscheinung beobachten, daß, sei es aus Schutzbedürfnis bei gemeinsamer Gefahr oder zu aggressiven Expeditionen oder zu sonstigen Unternehmungen, z. B. zu größeren Siedlungen, welche infolge gewisser Veränderungen im Wirtschaftsleben sich als nötig herausstellten, die kleineren Organisationen sich zusammenschlossen zu einem höheren Ganzen. So einten sich verschiedene Familien zu einer Sippe, verschiedene Sippen zu einem Stamme oder Gau, verschiedene Stämme wiederum zu einer Völkerschaft, Nation, einem Volk, Staat. Eine derartige konzentrische Weiterentwicklung werden wir auch für Rom annehmen müssen. Allerdings läßt sich wegen der geringen Tradition die einstmalige, selbständige Existenz solcher Sippen und Stämme nebeneinander nur noch mehr erschließen, als beweisen. Immerhin aber lehrt uns die Überlieferung doch wenigstens soviel erstens, daß es gesonderte gentes gegeben habe, welche, wie das Beispiel der gens Fabia am Cremera zeigt, auch als selbständige, militärische Formationen aufgetreten sind, und zweitens, daß der römische Staat hervorgegangen sei aus der Vereinigung dreier, selbständiger Stämme, welche „tribus“ genannt wurden, den Ramnes, den Tities und den Luceres. Deutlich weist speziell auf die ehemalige Sonderexistenz der drei tribus hin die Zusammensetzung der römischen legio:

jede tribus entsandte 1000 Mann, also ganz so wie der germanische pagus¹.

3. In diesen für uns prähistorischen Geschlechtsorganisationen ist, wie oben aus den späteren Spuren gezeigt worden ist, die Blutrache, wie bei allen Indogermanen, sicher geübt worden. In jener Zeit aber, wo für uns die historische Überlieferung Roms anhebt, sind die drei tribus schon ineinander aufgegangen und bilden ein hoch entwickeltes, politisches Gemeinwesen mit kraftvoll pulsierendem Leben, voll Energie und Initiative. In diesem politischen Territorialstaat ist die Geschlechtsverfassung bereits überwunden, nicht in dem absoluten Sinne, als ob die Existenz der einzelnen gentes überhaupt aufgehört hätte, — denn die gens erhielt sich durch die verschiedenen Entwicklungsphasen Roms hindurch bis in die Kaiserzeit — sondern der Geschlechterstaat im politischen Sinne war bereits überwunden, es gab nur Bürger des römischen Staates. Mit dem Untergange der Geschlechterverfassung aber ist auch für die Blutrache, welche eine solche Verfassung zur Voraussetzung hat, das Ende bereitet. Wahrscheinlich verschwand die Blutrache bereits damals, als die einzelnen Sippen sich zu einem Stamme vereinigten. Jedenfalls aber erscheint mit dem Eintritt der einen politischen, staatlichen Gewalt, wie sie durch den Zusammenschluß der drei tribus geschaffen wurde, in Rom die Blutrache endgültig beseitigt. Der Grund, warum sie nicht, wie bei den Germanen trotz der emporkommenden, staatlichen Gewalt, noch weiter geübt wurde und neben dem staatlichen Strafrechte fortexistierte, ist zu suchen in der hohen, politischen Veranlagung der Römer, in dem ihnen von Haus aus eigenen, bewundernswerten Gemeinsinne. Es erscheint ganz selbstverständlich, daß die Römer eine so große, sinnfällige Gefahr

¹ So nannten die Römer, wie bekannt, übereinstimmend die entsprechend zusammengesetzte Organisation bei den Germanen und verstanden darunter einen Komplex von Dörfern oder Dorfsippen. Den Zusammenschluß der pagi bezeichneten sie mit „civitas“, „Völkerschaft“.

für den Bestand und die Machtentfaltung ihres jungen Staates, wie die Geschlechter- und Stammesfehde sie mit sich bringt, erkannt und ihre Quelle verstopft haben. So groß wie ihr politischer Verstand war aber auch die nachahmenswerte Liebe der Römer zu ihrem Staate: dieser vollen Hingabe an das staatliche Interesse erlag frühzeitig das egoistische Motiv der Blutrache, der Rachedurst.

Es darf uns also nicht wundernehmen, daß das Tötungsdelikt im staatlichen Rom, soweit wir wissen, als öffentliches, d. h. gegen die Gesamtheit als solche, gegen die Ordnung im Staate gerichtetes Verbrechen angesehen und verfolgt wurde. Die Gemeinschaft sah sich durch dieses Delikt ebenso in Notwehr versetzt gegen den Mörder, wie durch die perduellio gegen den Landesverräter. In der Auffassung und Verfolgung des Tötungsdeliktens weicht also das römische Strafrecht, schon in seinen ersten Stadien, von den übrigen indogermanischen Rechten ab¹.

4. Dieses mehr durch Spekulation gewonnene Resultat findet seine sichere Stütze einmal darin, daß schon in dem bekannten Mordprozeß gegen den siegreichen Horatier das Tötungsverbrechen aufgefaßt wird als ein mit staatlicher Strafe zu belegendes Delikt². Ferner aber erscheint in dem ältesten, historischen Rechtsmonument, welches wir besitzen, den XII Tafeln, der Mord des Freien als ein öffentliches Verbrechen, welches neben der Schädigung des Einzelnen zugleich die öffentliche Sicherheit gefährdet³. Wenn wir

¹ v. Liszt, Strafrecht 7 306.

² L. Günther, Wiedervergeltung Abt. I, 117 A. 11.

³ Allerdings sprechen die XII Tafeln nirgends die in dem Texte aufgestellte Behauptung direkt aus. Es findet sich nur ein Satz über die kulpöse Tötung, welchen Bruns (Fontes I 33) unter tab. VIII nr 24 a gestellt hat. Daß aber auch die vorsätzliche Tötung in den XII Tafeln behandelt und als ein mit kapitaler und öffentlicher Strafe zu sühnendes Verbrechen verfolgt worden ist, dafür sprechen mehrere Zeugnisse der Alten. Zunächst überliefert uns Plinius (vgl. Bruns a. a. O.) eine Stelle, in welcher das heimliche Abmähen der Feldfrüchte nach den XII Tafeln

nun bedenken, daß die XII Tafeln nicht etwa neue Gesetze enthalten, sondern die Kodifikation von lange geltendem Gewohnheitsrechte darstellen, so werden wir sagen müssen, daß die Auffassung des Tötungsverbrechens als eines öffentlichen im historischen Rom uralt ist.

Dem entspricht in prozessualer Beziehung, daß der Magistrat in Rom, soweit unsere Überlieferung reicht, inquisitorisch gegen den Mord voringing, und die Verwandten als solche beim Rechtsverfahren nicht besonders in Betracht kamen. Dieses staatliche Officialverfahren muß sehr alt sein, jedenfalls viel älter als die XII Tafeln. Das beweist einmal der ebengenannte Horatierprozeß, in welchem die duo viri perduellionis fungierten, also staatliche Beamte¹, dann aber auch der Umstand, daß die XII Tafeln der quaestores páricidii Erwähnung tun als eines bestehenden Mordgerichts².

5. Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß bei den Römern das Tötungsdelikt in den ersten Zeiten religiöse Be-

ein Kapitalverbrechen war, und zwar, wie er hinzusetzt, ein schwereres als der Mord. — Außerdem aber wird uns von Pomponius berichtet (l. 2, § 23 D. I, 2; Bruns a. a. O. 34), daß die quaestores páricidii, welche den Kapitalprozeß leiteten, in den XII Tafeln erwähnt worden seien. Es wird daher auch wahrscheinlich das Delikt selbst, das páricidium, zu dessen Aburteilung, wie der Name sagt, die quaestores páricidii ursprünglich und an erster Stelle kompetent gewesen sind, als ein öffentliches Verbrechen, welches vom staatlichen Mordgericht ex officio verfolgt wurde, angesehen und behandelt worden sein.

¹ Die viel umstrittene Frage nach dem materiell-rechtlichen Substrat des Horatierprozesses, ob perduellio, ob páricidium, wozu sich zuletzt noch Mommsen (Röm. Strafrecht 528, A. 1) geäußert hat, ist durch die rechts- und sprachvergleichenden Forschungen O. Schraders wohl definitiv gelöst. In seinem oft zitierten „Reallexikon“ zeigt er s. v. „Verbrechen“ (S. 905) an verschiedenen Beispielen, daß in sehr früher Zeit alle jene Missetaten, welche gegen die Allgemeinheit eines Stammes oder deren Haupt oder die sie schirmenden Gottheiten gerichtet waren, unter einem generellen Begriffe zusammengefaßt wurden. In dieses genus gehört Landesverrat (perduellio) ebenso wie Verwandten- oder Sippenmord (páricidium). In jener frühen Zeit hatten sich die einzelnen Spezialverbrechensbegriffe eben noch nicht vom generellen gelöst und differenziert.

² l. 2, § 23 D. I, 2.

ziehungen hatte, religiöse Folgen zeitigte. Unter dem starken Einflusse solcher religiöser Anschauungen mußte notwendig das Tötungsverbrechen einen öffentlichen Charakter annehmen: denn die Gottheit, die Schützerin der Gesamtheit, der Gemeinde war verletzt, daher war es Sache der Gemeinde, und nicht der Angehörigen, den Frevel zu sühnen, sollte sich nicht der Zorn der beleidigten Gottheit gegen das Gemeinwesen selbst wenden¹. Gerade in der Betonung der religiösen Auffassung des Tötungsdelikt durch die Römer müssen wir in der Hauptsache die Divergenz von der germanischen Anschauung erblicken.

§ 5. Die erste lex Numae über das páricidium.

1. Wenn es nun also auch keinem Zweifel unterliegt, daß das römische Strafrecht, welches wir kennen, den Mord als ein gegen die Gemeinde als solche gerichtetes Verbrechen bestrafte, so sind doch die Anfänge einer auf dieses Delikt bezüglichen Gesetzgebung für uns in Dunkel gehüllt, und alle einschlägigen Nachrichten müssen mit großer Vorsicht aufgenommen werden. Insbesondere gilt dies von den sog. leges regiae, Gesetzen, welche von einer viel späteren Zeit den einzelnen Königen zugeschrieben wurden. Alle alten Rechtsdenkmäler wurden später einfach als Königsgesetze ausgegeben, obschon man keine Kenntnis von der Zeit ihres Entstehens hatte.

Die unserer Überlieferung zufolge ältesten, römischen Gesetze über das Tötungsverbrechen sind zwei dem Könige Numa zugeschriebene, von denen das erstere die vorsätzliche, das zweite die unvorsätzliche Tötung behandelt. Das erstere Gesetz hat uns Paulus Diaconus in einer Glosse aus Festus aufbewahrt. Der bekannte Wortlaut ist folgender: „Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, páricidas esto.“²

¹ „Ut religione civitas solvatur“ (Cic. pro Caec. 34).

² Den vollständigen Text der Stelle aus Paulus Diaconus gibt Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 115; vgl. Bruns, Fontes II 22.

2. Die Interpretation dieser lex hat Sprachforschern, Historikern und besonders den Romanisten große Schwierigkeiten bereitet, und bis auf unsere Tage hatte noch kein Erklärungsversuch allseitige Zustimmung gefunden. Brunnenmeister hat nun wohl das Verdienst, in seiner Schrift über „Das Tötungsverbrechen im altrömischen Recht“ das Dunkel gelichtet zu haben. Sein Lösungsversuch gilt heute als der wahrscheinlichste, sowohl sprachlich wie sachlich¹. Beide Seiten müssen nämlich, um diesen Punkt gleich hier hervorzuheben, bei der Erklärung unserer lex Numae berücksichtigt werden, sowohl die sprachliche, wie die sachliche, aber nur in dem Verhältnisse, daß die etymologische Erörterung, welche hier besonders in Frage kommt, in der sachlichen Untersuchung, deren hauptsächlichstes Fundament die Interpretation der vorhandenen Rechtsdenkmäler bildet, ihre Stütze findet. Es kann daher nur diejenige Lösung akzeptabel erscheinen, bei welcher der etymologische Teil mit der sachlichen Abhandlung sich in Übereinstimmung befindet.

3. Um zu einem gesicherten Resultate in der Frage nach dem Inhalt und der Bedeutung der lex Numae zu gelangen, müssen wir zunächst die imperativische Form „páricidas esto“ recht im Auge behalten. Jeder Lösungsversuch muß diesen Imperativ würdigen. Faßt man dagegen die lex Numae bloß als eine Definition², so kann man weder dem Inhalte, noch der Tendenz des Gesetzes gerecht werden.

Nach dem Wortlaute ist der Sinn des lex: „Wer einen homo liber arglistig getötet hat, soll ein páricida sein“, — ist also kein páricida im eigentlichen, ursprünglichen Sinne,

¹ O. Schrader, Reallexikon 558 777. — Allerdings muß man, um der Wahrheit die Ehre zu geben, sagen, daß bereits Huschke (bei Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 58 ff 100) den richtigen Weg zur Lösung erkannt hat, indem er ganz richtig von den vorstaatlichen Verhältnissen Roms ausgeht und zwei Arten der Tötung unterscheidet: die Tötung des im selben Schutzverein stehenden Genossen, und die Tötung des Auswärtigen, des hostis.

² So schon Plutarch bei Brunnenmeister a. a. O. 6 A. 1.

sondern soll strafrechtlich vermöge einer Rechtsfiktion¹ als solcher betrachtet und zur Verantwortung gezogen werden. Der ursprüngliche Begriff des „páricidium“ wird also durch die lex Numae durchaus nicht klargelegt, sondern als ein bereits vorhandener Verbrechensbegriff in präzeptiver Gesetzesprache auf einen deliktischen Tatbestand ausgedehnt, welcher mit dem ursprünglichen nicht kongruent ist. Man muß also unterscheiden das páricidium der Zeit vor der lex Numae und das páricidium der lex. Letzteres ist ein modifiziertes, erweitertes und umfaßt nach obigem Wortlaut die arglistige Tötung des homo liber.

4. Was nun aber das ursprüngliche páricidium bedeute, und wie der Übergang zu dem der lex Numae zu erklären sei, darüber herrschte große Meinungsverschiedenheit.

Im Anschlusse an die schon von den Alten gegebenen Etymologien ist versucht worden, das Wort páricidium zurückzuführen auf die Formeln „patrem caedere“ oder „parem caedere“, so daß also páricidium entstanden sei aus patricidium oder par(i)cidium. Wenn auch im einzelnen verschiedene Variationen sich zeigten, so konzentrierten sich doch bis in die neuere Zeit alle Lösungsversuche auf diese beiden Grundformeln.

5. Führt man páricidium auf die Formel „patrem caedere“ zurück und versteht unter pater den „Vater“, so wäre der Sinn der lex Numae unter scharfer Beobachtung der imperativischen Form: „Wer einen homo liber arglistig getötet hat, soll ein páricida sein“, d. h. soll wie ein Vatermörder behandelt werden. Das schwerste Verbrechen, der Vatermord, hätte also dann den Namen und die strafrechtliche Behandlungsart hergegeben für ein anderes, ihm analog erachtetes. Wir müßten bei dieser metonymischen Verwendung des Vatermordes für den Mord schlechthin die wenig glaubliche Vor-

¹ Es ist dies wohl das älteste Beispiel einer Rechtsfiktion im römischen Recht.

aussetzung machen, daß der Vatermord in der Kindheit des römischen Staates eine so hervorragende Rolle gespielt habe, daß er gleichsam das Paradigma für andere Verbrechen abgegeben habe. Es ist aber, wie Brunnenmeister (S. 21—24) nachweist, sprachlich unmöglich, *páricidium* etymologisch auf *patricidium* zurückzuführen. Außerdem fällt sachlich schwer ins Gewicht, daß *páricidium* in seiner eigentümlichen, ursprünglichen Auffassung und Behandlung niemals den Vatermord bedeutet hat, auch nicht den Elternmord, sondern den Mord eines Verwandten aus weiteren Kreisen. Darin kann natürlich der Vater- bzw. Elternmord eingeschlossen sein.

Andere¹ haben, fußend ebenfalls auf der unmöglichen, etymologischen Ableitung von *patricidium*, *páricidium* anders gedeutet, indem sie *pater* nicht im Sinne von „Vater“, sondern von „*homo patricius*“ nahmen. *Páricidium* sei also ursprünglich der an einem Patrizier verübte Mord gewesen. Die *lex Numae* hätte dann also die offenbar politische Tendenz gehabt, eine Ausgleichung der Patrizier und der gewöhnlichen Freien, also Plebejer, hinsichtlich des strafrechtlichen Schutzes beim Tötungsdelikte herbeizuführen. — Allein der Singular „*pater*“ hat niemals zur Bezeichnung des einzelnen Patriziers gedient, niemals diese staatsrechtlich-technische Färbung gehabt. Der Kollektivbegriff „*patres*“ kann aber bei der Erklärung von *páricidium* = *patricidium* nicht zur Anwendung kommen, da die Grundformel lautet: *patrem caedere*, nicht *patres caedere*. Mit der unrichtigen Prämisse fällt aber der ganze Lösungsversuch. Endlich ist es eine große Frage, ob zu einer solchen Gleichstellung zwischen Patriziern und Plebejern in jener frühen Zeit schon ein politisches Bedürfnis vorgelegen habe, da die Kämpfe um Gleichstellung doch erst später einsetzten.

Wieder andere² endlich behalten ebenfalls die unrichtige Etymologie von *patricidium* bei, nehmen aber „*pater*“ im

¹ Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 36—49.

² Ebd. 49—55.

Sinne von „*pater familias*“, behaupten also, nur der am *pater familias* als dem *civis optimo iure* begangene Mord sei ein Verbrechen am Staate gewesen, also ein öffentliches, welches mit öffentlicher Strafe zu sühnen gewesen, während die Tötung des gewaltunterworfenen *filii familias* nur als eine Schädigung der betreffenden Familie angesehen worden sei, also kein *páricidium* dargestellt habe. Die Tendenz der *lex Numae* wäre also nach dieser Interpretation, die Verschiedenheit in der strafrechtlichen Behandlung des *pater familias* und des *filii familias* zu beheben. — Allein eine solche differentielle Behandlung in der Zeit vor der *lex Numae* würde nur zu erklären sein, wenn tatsächlich das Leben des *pater familias* politisch im Werte höher gestanden hätte, als das des *filii familias*. Wurde denn nicht aber im *filii familias* der zukünftige *pater familias*, also die Stütze des Staates erschlagen? Das öffentliche Recht hat die Haussöhne jederzeit als volle Bürger angesehen. Daher ist es wohl unzweifelhaft, daß der strafrechtliche Schutz hinsichtlich der öffentlichen Verbrechen beim *pater familias* und beim *filii familias* immer der gleiche gewesen ist.

Diese beiden letzten Erklärungsversuche laborieren endlich an dem gemeinsamen Fehler, daß sie den begrifflichen Gegensatz zu „*pater*“, nämlich Plebejer und *filii familias*, offenbar zu eng fassen, und den Begriff *homo liber*, wie er sich in der *lex* findet, sicherlich nicht erschöpfen.

6. Führt man aber *páricidium* zurück auf die zweite Grundformel, „*parem caedere*“, so daß *páricidium* abzuleiten sei von „*par(i)cidium*“, was allerdings sprachlich ebenfalls unmöglich ist, und nimmt man das in der Juristensprache indifferente, an sich ganz farblose Wort „*par*“ in der unbegreiflichen, prägnanten Bedeutung von „gleichberechtigten Mitbürger“, so würde der Sinn der *lex Numae* sein, wiederum unter genauer Festhaltung der imperativischen Form: „Wer einen *homo liber* arglistig getötet hat, soll ein *páricida* sein“, d. h. er soll belangt werden wie derjenige, welcher einen vollständig gleich-

berechtigten Mitbürger getötet habe, also einen freigeborenen, gewaltfreien, römischen Bürger (*civis sui iuris*). Auch hier wäre die Tendenz der *lex* eine politische, indem dadurch strafrechtlich die Unterscheidung in Wegfall kommen sollte einmal zwischen dem gewaltfreien und gewaltunterworfenen, römischen Bürger, dem *civis sui* und *alieni iuris*, — diese Interpretation berührt sich dann mit der dritten der auf der ersten Grundformel „*patrem caedere*“ aufgebauten — und dann zwischen dem Bürger und dem Freien überhaupt, z. B. dem Klienten. Eben nur der *status libertatis* des Erschlagenen sollte ausschlaggebend sein, die Qualität „*homo liber*“, wie die *lex* sagt. — Allein abgesehen von den gegen diesen Erklärungsversuch bereits erhobenen Einwürfen erscheint eine solche gesetzgeberische Aktion überflüssig, wenigstens was die Unterscheidung zwischen *civis sui* und *alieni iuris* betrifft, da alle Bürger ohne Rücksicht auf den *status familiae*, wie bereits oben gesagt, im öffentlichen Recht, d. h. in staatsbürgerlicher und politisch-rechtlicher Hinsicht in jeder Periode der staatlichen Existenz Roms gleich waren¹. Man denke bloß an die wichtigste Bürgerleistung, den Heerdienst, zu dem alle Bürger unterschiedslos verpflichtet waren. Welcher Staat hätte bürgerliche Lasten und politische Rechte so ungleich und so ungerecht verteilen können? Gerade doch die *cives alieni iuris*, d. h. die *fili* *familias*, welche nach dieser Gesetzesinterpretation in der Zeit vor der *lex Numae* politisch rechtlos gewesen sein sollen, stellten zum Heere das größte und kräftigste Kontingent. Mit dieser politischen Gleichstellung ist aber eine *Imparität* auf strafrechtlichem Gebiet einem öffentlichen Verbrechen gegenüber, wie es die Tötung ist, als ob ein *páricidium* in der Zeit vor der *lex Numae* nur möglich gewesen wäre an einem *civis sui iuris*, eine *Imparität*, welche erst durch jene *lex* beseitigt worden sei, nicht vereinbar.

¹ Pernice, Zum römischen Sakralrechte II 1169.

Wenn ferner Priscian und andere ebenfalls unter Zurückführung von *páricidium* auf die Formel „*parem caedere*“ „*par*“ im Sinne der naturrechtlichen Parität nehmen, wie sie später die klassischen Juristen z. B. Ulpian I. 32, D. L 17 proklamieren, so würde die *lex Numae* eine nichtssagende oder tautologische Definition bieten.

7. Von den Etymologien der Alten abweichend haben neuere Gelehrte eine andere Interpretation der *lex Numae* versucht, indem sie *páricidium* erklären als den „argen, böswilligen Mord“, d. h. die mit Überlegung und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausgeführte Tötung im Gegensatze zu der fahrlässigen oder nicht rechtswidrigen¹. Der Sinn der *lex Numae* wäre dann: „Wenn jemand einen *homo liber* wissentlich arglistig getötet hat, so soll er ein *páricida* sein, d. h. ein „arger, böswilliger Mörder“. Diese Interpretation ist aber doch nichts wie ein *idem per idem* und erscheint unmöglich in dem Lapidarstil einer römischen *lex* aus früherer Zeit. — Ebenfalls wird die etymologische Herleitung des Wortes *páricidium* von einem Präfix *para*, *per*, welches das Verkehrte, das Gegenteil in tadelnder Absicht bezeichnet, und *caedere* abzulehnen sein, als ob *páricidium* gebildet sei wie *pervertere* „anders wenden“, also zerstören, *periurus* „anders schwörend“, also meineidig, *perduellis* der „arge“ Krieger, also der Landesfeind. Nach den Sprachgesetzen würde man „*percidium*“ erwarten, aber niemals „*páricidium*“².

8. Die erwähnten Lösungsversuche haben ein sicheres Resultat nicht ergeben. Es ist durchaus nicht klar geworden, wie denn nun eigentlich der primäre Begriff des *páricidium* zu formulieren sei.

Wir werden also einen andern Weg einschlagen müssen, wir werden nicht von der Etymologie ausgehen, sondern von einer allgemeinen Erfahrung.

¹ R. Loening, Zeitschr. f. d. ges. Str. RW. VII 661.

² Ein Liebhaber dieser Etymologie ist besonders Mommsen, Röm. Staatsrecht II, Abt. 1. 541, A. 2 und Röm. Strafrecht 612, A. 3.

Die Bildung des positiven Rechts folgt zum weitaus größten Teile der sozialen, politischen, ökonomischen und ethischen Entwicklung. Das gilt insbesondere vom Strafrecht. Gerade dieses ist ja der treue Spiegel seiner Zeit. Wollen wir also ein Strafgesetz verstehen, so müssen wir vor allen Dingen auf die verschiedenartigen Verhältnisse, welche die dem Erlasse jenes Gesetzes vorausgehende Zeit beherrscht haben, eingehen. — Ein sicherer Führer zum Verständnisse der lex Numae wird nach dem Gesagten eine nähere Betrachtung der politischen bzw. sozialen Lage des römischen Volkes in der Zeit vor jener lex sein. Was für eine Zeit war das aber?

Gewiß haben die Römer keine Kenntnis des historischen Ursprungs jener lex gehabt, ebensowenig wie der *leges regiae* überhaupt: mit richtigem Blick haben sie aber doch jene *leges* in die früheste Zeit des römischen Staates zurückverlegt und damit bekundet, daß die in den einzelnen Gesetzen als Delikte behandelten Missetaten zurückreichen bis in die früheste Zeit des staatlichen Rom. Wir werden daher unser Augenmerk auf die Anfangszeit des staatlichen Rom richten müssen.

Wie im Beginn des § 4 gesagt worden ist, fließt die Überlieferung über die Anfangszustände des historischen Rom ebenso spärlich wie trübe. Unzweifelhaft aber ist die Entwicklung auf dem Boden Latiums die gleiche Bahn gegangen, wie bei den Indogermanen überhaupt, d. h. sie hat sich vollzogen in konzentrisch sich erweiternden Verbänden, welche auf familienrechtlicher Grundlage ruhten. Mehrere Familien schlossen sich zusammen zu einer Sippe, mehrere Sippen zu einem Stamme, Gau, *tribus*, mehrere Stämme endlich zu einer Völkerschaft, einem Staate.

Wenn nun aus der präzeptiven Form der lex Numae „*páricidas esto*“ mit Recht gefolgert wird, daß der ursprüngliche Begriff des *páricidium* ein engerer, beschränkterer gewesen sein muß, so erhalten wir einen solchen dadurch,

daß wir auf eine engere, konzentrische Organisation zurückgreifen. War die Entwicklung zur Zeit des Erlasses der lex Numae bereits bis zum Staat vorgeschritten, so würden wir also auf den Stamm oder vielmehr die Sippe zurückgehen müssen, um jenen Kreis zu haben, in dem das *páricidium* ursprünglich heimisch war.

9. Welches ist nun der Begriff des *páricidium* dem Wortlaute nach? Das Wort ist ein Kompositum, dessen zweiter Bestandteil offenbar auf *caedere* zurückgeht. Analog andern Kompositis der Art, wie *homicidium*, *matricidium*, *fratricidium* wird im ersten Bestandteile jedesmal diejenige Person bezeichnet, welche getötet wird. Es handelt sich also darum, zu erforschen, wer mit dem ersten Bestandteil des Wortes „*pári-*“ gemeint sein kann.

Als bisheriges Resultat müssen wir also festhalten, daß bei der Frage nach dem *páricidium* die beiden Begriffe „Sippe“ und „Tötung“ eine wesentliche Rolle spielen.

10. Diese beiden Begriffe können zueinander nur in zwei Beziehungen gebracht werden, einmal kann es sich um die Tötung eines Mitgliedes einer fremden Sippe handeln und dann um die Tötung des Sippengenossen, also um intergentile und gentile Tötung.

Bei der Behandlung der Blutrache sahen wir, daß, wenn jemand ein Mitglied einer fremden Sippe getötet hatte, die Ahndung nicht durch die Sippe des Täters erfolgte, sondern daß im Gegenteil diese in ihrer Gesamtheit, ursprünglich wenigstens, immer für ihren Genossen eintrat, ganz unabhängig davon, unter welchen Umständen die Tat verübt worden war. Entweder entbrannte die Rache von Sippe zu Sippe, in welche jeder Sippengenosse verstrickt wurde, oder die verletzte Sippe ließ sich die Rache abkaufen und nahm das Lösegeld an, welches die Sippe des Täters mit gesamter Hand erlegte. Die Tötung des Nichtgenossen fand also in der Sippe des Täters keinerlei Ahndung. Man sah die Sache rein materiell an und glaubte eben nur, daß die fremde Sippe

geschädigt sei, und hielt in sakraler Beziehung nur deren Gottheiten für verletzt: keine Sippe aber brauchte für die Veröhnung fremder Gottheiten zu sorgen. Von ethischer Kritik der Missetat war keine Spur. Ja selbst die Tötung eines in flagranti ertappten Missetäters erregte die Blutrache seiner Sippe. Später allerdings reagierte diese bei handhafter Tat nicht mehr, ja unter Umständen sagte sie sich vom Täter los, oder lieferte ihn der verletzten Sippe aus, alles Anzeichen, in denen wir das Emporkeimen der Verbrechenauffassung der Missetat erblicken müssen.

11. Wie aber nun, wenn jemand einen Genossen seiner eigenen Sippe erschlagen hatte, also einen Sippenmord begangen hatte?¹ Wurde dieser Sippenmord gleich oder ähnlich behandelt der Tötung eines Nichtgenossen?

Diese Frage werden wir entschieden verneinen müssen. Denn an eine Blutrache, also hier an eine Rache von Familie zu Familie, kann man doch nicht denken, als ob innerhalb ein und derselben Sippe die Familienangehörigen des Erschlagenen in blutige Fehde mit der Familie des Täters geraten wären: das würde ja das sichere Ende jeder Sippenexistenz herbeigeführt haben. — Eine individuelle Rache aber würde voraussetzen, daß die Sippe als solche sich um die Tötung eines Genossen durch einen andern gar nicht gekümmert habe. Diese Annahme ist unmöglich bei der ganzen Organisation der Sippe. — Endlich ist ein Lösegeld, wenigstens mit der ursprünglichen Verfassung der Sippe, welche auch eine wirtschaftliche Einheit bildete, nicht zu vereinen.

Merkwürdigerweise schweigen die alten Rechtsquellen vollständig über den Sippenmord ebenso wie über die Ahndung

¹ Es erscheint angebracht, hier an die streng agnatische Konstitution der Sippe zu erinnern, daher darf man den Sippenmord nicht gleich setzen dem Verwandtenmord. Jeder Sippenmord ist Verwandtenmord, aber nicht umgekehrt.

desselben¹. Aus diesem Schweigen kann man aber nicht schließen, daß er nicht vorgekommen sei, oder daß er ungeahndet geblieben sei. Die Reaktion gegen denselben kann nach Lage der Sache nur von der Sippe selbst als solcher in ihrer Gesamtheit ausgegangen sein. Der Sippenmord involvierte bei der strengen familienrechtlichen Verfassung eine überaus schwere Verletzung der wichtigsten aller Sippenpflichten, nämlich der Solidarität: „Einer für alle, alle für einen!“ Außerdem bedeutete er eine empfindliche und bei dem häufigen Kampf ums Dasein gefährliche Schwächung und Schädigung der Sippenkraft. Der Sippenmord wird also neben dem Sippenverrat als ein Attentat auf die Sippe als solche betrachtet und als eine innere, die ganze Sippe berührende Angelegenheit in der Sippenversammlung behandelt worden sein. Nirgends finden wir daher im Falle des Sippenmordes Racheübung oder Komposition². — Dazu tritt noch ein Moment wesentlich sakralen Charakters. Auch die Gottheiten, welche die Geschlechtsmark und ihre Bewohner beschützten, ihren Frieden beschirmten³, wurden durch den Sippenmord gröblich verletzt. Derselbe war also ein Angriff auf die Sippe als solche und zugleich ein Frevel gegen deren Schutzgottheiten. Der Sippenmord gehörte so zu jenem bereits oben (S. 38 A. 1) erwähnten, generellen Verbrechensbegriffe, für welchen O. Schrader eine sichere, sprachliche, indogermanische Bezeichnung in der Gleichung: (sanskrit) á'gas = (griechisch) ἄγος gefunden hat⁴, und dessen Inhalt eine Handlung war, welche gegen die Allgemeinheit des Geschlechtsverbandes, deren Haupt oder die sie schirmenden Gottheiten gerichtet ist⁵. Ganz im Gegensatz zur Tötung eines Nichtgenossen

¹ Überhaupt finden wir nur bei zwei indogermanischen Völkern Europas Spuren von Sippenmord überliefert, und auch diese sind, wie sich bald zeigen wird, sprachlicher Art.

² Kulischer, Zeitschr. f. vergl. RW. XVI 443 ff.

³ Man denke an die Heilighaltung der Grenzen, deren Verrückung nach einer lex Numae Sakration nach sich zog.

⁴ Realexikon 904. ⁵ Ebd. 905.

sehen wir also beim Sippenmord eine durchaus politische und sakrale Beurteilung, welche von Anfang an die Tötung eines Sippengenossen zu einem strafwürdigen Verbrechen stemmelte¹. Von hier aus wird sich dann die Verbrechensauffassung auch auf die Tötung eines Nichtgenossen übertragen haben. So erscheint der Sippenmord als die Wurzel des Tötungsdeliktes überhaupt. — Derselbe stellt sich uns aber ferner nicht dar als ein qualifiziertes Tötungsdelikt², qualifiziert, da am Sippengenossen begangen, sondern als das schwere Sippenverbrechen schlechthin. Daraus erklärt sich aber leicht, daß vom Sippenmorde als solchem und seiner Ahndung in den Rechtsquellen keine Rede ist: er war eben in dem Verbrechen, welches gegen die Sippe in ihrer Existenz und Gesamtheit gerichtet ist, eingeschlossen, hatte sich noch nicht differenziert. Erst allmählich und später wird Sippen- bzw. Verwandtenmord als eine Spezies des Mordes angesehen.

12. Für diese aus der Natur der Sache gewonnene Charakterisierung des Mordes am Sippengenossen fehlt uns nun die sprachliche Bezeichnung: und doch wäre ein ansprechender Ausdruck und eine die obige sachliche Auffassung hinwiederum stützende Etymologie dieses Ausdruckes höchst willkommen.

Brunnenmeister³ glaubt in dem Worte „pâricidium“ die sprachliche Wiedergabe für den Sippenmord in alter Zeit gefunden zu haben. Er übernimmt eine zu dieser Bedeutung vortrefflich passende, und von F. Fröhde⁴ zuerst vorgetragene Ab-

¹ Die begriffliche und prozessuale Selbständigkeit des Sippenmordes, der „Gentilentötung“, welche noch R. Loening (Zeitschr. f. d. ges. Str. R. W. VII 656) in Frage stellte, ist nach den Ergebnissen der vergleichenden Sprach- und Rechtswissenschaft nicht mehr zu leugnen. Vgl. O. Schrader, Reallexikon 837.

² Wenn O. Schrader a. a. O. 558 sagt: „Als eine besondere Art der Tötung tritt bei zwei indogermanischen Völkern Europas der Begriff des Sippenmordes entgegen“, so ist das nur richtig, wenn von unserer heutigen Auffassung aus geurteilt wird.

³ Tötungsverbrechen 101 ff.

⁴ Beiträge zur Kunde der indogermanischen Sprachen, herausgegeben von Dr. A. Bezenberger VII 164.

leitung von pâricidium, welche nach dem Urteil O. Schraders¹ „lautlich einwandfrei“ ist und „gegenwärtig als allgemein angenommen gelten kann“. Danach wäre der bisher dunkle, erste Bestandteil des Wortes, nämlich „parri-“ bzw. „pâri-“ zusammenzustellen mit einem vorhistorischen, indogermanischen Stammworte „pâsa“ „Sippe“, „pasô“ „zur Sippe gehörig“, welches Wort ja auch im Griechischen zum Vorschein kommt: „παρός“, lakonisch „παός“ aus „πασός“ = „Verwandter“, „Verschwägerter“². Pâricida wäre dann soviel wie pâsicida „derjenige, welcher einen Sippengenossen erschlagen hat“, also „ein Sippenmörder“. O. Schrader hat die Ableitung gestützt durch sachliche und sprachliche Analogie, welche sich finden in den auf das altirische Stammwort „fine“ = „Großfamilie, Sippe“ zurückgehenden Wörtern „fin-gal“ „Mord am Sippengenossen“ und „fin-galach“, „derjenige, welcher einen Sippengenossen erschlagen hat“³. Also auch im Altirischen existiert der Familien- oder Sippenmord als ein eigentümlicher, spezieller Verbrechensbegriff.

13. Worin aber die Reaktion der Sippe gegen den Sippenmörder ursprünglich bestand, wird uns nicht überliefert. Auch über die Ahndung dieses Verbrechens schweigen die Rechtsquellen. Wir sind daher auf Reflexionen angewiesen. Vorweg aber sei noch einmal daran erinnert, daß die Behandlung des Sippenmordes aus inneren Gründen eine andere gewesen sein mußte als die der Tötung eines Nichtgenossen.

Wir werden uns bei dieser Frage nach der Reaktion wieder an den Charakter des Sippenmordes halten müssen. Er fiel, wie wir gesehen haben, unter den generellen Begriff des ἄγος, des Sippenverbrechens schlechthin. Daher verhandelte auch

¹ Reallexikon 777.

² Allerdings muß die Bedeutung „Verschwägerter“ erst in späterer Zeit entstanden sein, da der ursprüngliche Charakter der Sippe ein rein agnatischer war, der die Schwägerschaft als Verwandtschaft nicht kannte. Die Bedenken R. Loenings (Zeitschr. f. d. ges. Str. R. W. VII 656) sind also hinfällig.

³ Reallexikon 227 558.

gemäß der republikanischen Verfassung der Sippe die Gesamtheit, von ihrem Haupte geleitet, in der Volksversammlung, welche Mommsen¹ „die eigentliche und letzte Trägerin der Idee des souveränen Staates“ nennt, über den Sippenmord und fällt schließlich das Urteil. Damit ist aber die Repression des Sippenmordes deutlich als Strafe im technischen Sinne gekennzeichnet, d. h. als ein Übel, welches die Gesamtheit verhängt über den Täter wegen einer bestimmten Handlung.

Welcher Art mag aber nun die ursprüngliche Strafe gewesen sein? Mit Recht wird angenommen, daß die einzige Strafe, über welche die Urzeit verfügte, offenbar die Todesstrafe gewesen sei, welche die Gesamtheit, wenn möglich, sofort vollstreckte². Nur für den Fall, so wird weiter angenommen, daß man des Übeltäters, dessen Schuld erwiesen war, nicht hatte habhaft werden können, sei die Ausstoßung aus der Gemeinschaft getreten, und die Gleichsetzung mit dem Tiere des Waldes, das zu vernichten ein verdienstliches Werk war³. Daher müßte man folgern, daß auch der Sippenmord mit Todesstrafe geahndet worden sei, und nur eventuell sei die Ausstoßung erfolgt.

Allein, ganz abgesehen von der Frage, die hier nicht erörtert werden kann, ob die Ausstoßung wirklich an und für sich bloß eine Eventualität für die Todesstrafe darstellte, ist meines Erachtens die Form, in der sich prinzipiell und regulär die Reaktion der Sippe gegen den Sippenmörder ganz ursprünglich geäußert hat, gerade die Ausstoßung gewesen, und nicht die Todesstrafe. Der Geschlechtsverband kann aus Abscheu die Nähe desjenigen, welcher gegen seine eigene Sippe eine Missetat von solcher Schwere begangen hat, nicht mehr ertragen, er stößt ihn gewaltsam aus seiner Mitte, um sich in Zukunft um sein Geschick nicht mehr zu kümmern. Die Goten nannten einen solchen „unsibjis“, d. h. aus der Sippe

¹ Römische Geschichte I 72.

² O. Schrader, Reallexikon 833.

³ Ebd. 835.

gestoßen¹. Ähnliches berichtet die vergleichende Rechtswissenschaft von andern Völkern².

Das Hauptmoment aber, welches in der Ausstoßung zum Ausdruck kommen sollte, war wesentlich religiösen Charakters. Dadurch wurde die Ausstoßung potenziert zur Sazertät. Gerade das sakrale Moment ist es, welches uns erklärt, warum, wenigstens in früher Zeit, die Sippe den Sippengenossen, gerade wenn und weil er die größte Schandtat gegen seine eigene Sippe verbochen hatte, nicht mit dem Tode bestrafte. — Über die Abchasier im russischen Kaukasus erfahren wir, daß ihrer Ansicht nach Tempelräuber, Gotteslästerer, Vater- und Brudermörder und Blutschänder dem Gerichte Gottes unterlagen, und daß sie in ihrem Aberglauben meinten, daß ein jeder, welcher einen solchen Verbrecher tötet, alle dessen Sünden auf sich nehme³. — Das ist ungefähr derselbe Gedanke, welcher die in ihrer Form so ansprechende Schilderung der römischen Sazertät durchzieht, welche Jhering⁴ gibt. „Die Sazertät“, so sagt er, „war, wenn man unter Strafe bloß das an die Begehung des Verbrechens sich knüpfende Übel versteht, gewiß die schwerste Strafe, die sich überhaupt denken läßt; denn es gab kein Übel, das sie nicht in sich schloß; sie war in der Tat die tiefste Tiefe der kriminalistischen Verfolgung und Erniedrigung des Menschen. Auch der Feind war rechtlos: aber was beim homo sacer (d. h. bei dem einer bestimmten Gottheit verfallenen Menschen) noch hinzukam, war das psychologische Moment: die Gewißheit vor Göttern und Menschen ein Greuel, ein Gegenstand der allgemeinen Verwünschungen und des Abscheus zu sein, wie ein Verpesteter aus der Gemeinschaft der Menschen hinausgestoßen zu sein zu den Tieren des Feldes. . . . Die Strafe war ihrer ursprünglichen Idee zufolge kein bloßes Übel, sondern sie hatte die Bestimmung, den Verbrecher zu reinigen,

¹ Ebd. 558.

² Kulischer, Zeitschr. f. vergl. RW. XVI 454 ff.

³ Ebd. 457.

⁴ Geist I 279 f.

ihn mit Göttern und Menschen wiederum zu versöhnen. Aber die Sazertät kam nie zu einem solchen versöhnenden Abschluß, der Mann starb, wie er gelebt hatte, als homo sacer, unveröhnt mit Göttern und Menschen; das Schwert der Gerechtigkeit wäre mit seinem Blute besudelt worden, er stand außerhalb des Rechts, in dem Maße, daß nicht einmal die Strafgewalt sich weiter mit ihm abgab.⁴

Die Sazertät wurzelte also wesentlich im sakralen Boden. Ich halte es daher nicht für richtig, der Ausstoßung einen rein sozialen Charakter zu geben und in ihr die Urstrafe sans phrase zu erblicken, welche den Zweck gehabt habe, die Art zu erhalten, also konkret gesprochen, den Geschlechtsverband von nicht sympathisch fühlenden Sippengeossen zu befreien¹.

Zwar ist uns nun nichts überliefert, daß der Sippenmord faktisch die Sazertät in jener frühen Zeit nach sich gezogen habe. Aus dem Umstande allein, daß dieses Verbrechen auch gegen Götter gerichtet ist, kann man an sich noch nicht auf die Sazertät als Rechtsfolge der Tat schließen²; aber der Schwere der gegen die Sippengötter und die Sippenexistenz gerichteten Missetat eines Sippenmordes kann meines Erachtens nur die Sazertät entsprochen haben. — Ausdrücklich wird uns in einer ebenfalls dem König Numa zugeschriebenen lex³ bezeugt, daß beim Auspflügen der Grenzsteine Sazertät ein-

¹ Kulischer a. a. O. 456 A. 136. Der Satz Kulischers (S. 457): „In der Tat liegt dem primitiven Menschen die Tötung eines auch noch so schuldvollen Genossen so fern wie nur möglich“, ist in dieser Uneingeschränktheit sicherlich nicht richtig. Diese doch sonst nicht in jener frühen Zeit zum Vorschein kommende inertia gegenüber so schweren Missetaten wird eben nur erklärlich durch die sakrale Beziehung der Ausstoßung. Man denke z. B. an die durch kein Verbrechen begründete Aussetzung und Tötung von siech und hilflos gewordenen Eltern bei den Indogermanen. Vgl. O. Schrader, Reallexikon 36 ff.

² Jhering hatte in der ersten Auflage seines „Geist“ usw. I, Leipzig 1852, 273 behauptet, daß die Sazertät die Folge eines jeden Verbrechens gewesen sei, das als eine Verletzung der Götter angesehen worden sei. In den folgenden Auflagen hat er diesen Irrtum berichtigt.

³ Bruns, Fontes I 11.

trat. Wenn nun schon die den äußeren Frieden und die äußere Integrität markierenden, territorialen Grenzen der Geschlechtsmark unter einem solchen Schutze der Sippen-gottheiten standen, um wieviel mehr erst die innere Sicherheit, die innere Integrität, der innere Friede der Sippe!

Die sacratio, die Überweisung an die Rache der Sippen-schutzgötter mit der Rechtsfolge, daß der homo sacer von jedermann ungestraft getötet werden konnte, aber nicht mußte¹, war also die ursprüngliche Strafe des Sippenmordes. — Wenn Kulischer² leugnet, daß die Reaktion gegen den Sippen-geossen ursprünglich den Charakter der Rache gehabt habe, so hängt diese Auffassung mit der irrigen Meinung zusammen, welche er über die Rache hat. Besteht das Wesen der Rache, wie oben ausgeführt worden ist, in dem Zufügen eines Übels, eines Leidens, so ist die Sakration wahrhaftig und unzweifelhaft Rache im eminenten Sinne. — Endlich sei darauf hingewiesen, daß, wenn auch der Tod nach aller menschlichen Voraussicht und Erfahrung die sichere Folge der Sazertät war, also wohl der Regel nach Sazertät und das Befördern vom Leben zum Tode faktisch zusammenfiel, man doch nicht sagen kann, daß die Sazertät in der Todesstrafe bestanden habe³. Soviel über den ursprünglichen Tatbestand des parricidium und seine Bestrafung.

14. Die Entwicklung, welche die Geschlechtsverfassung mit der Zeit machte, übte ihren Einfluß auch aus auf dieses Delikt und seine Rechtsfolgen. Verschiedene Umstände, in der Regel wohl gemeinsame Gefahr, haben, wie es in der Natur der Sache lag, Nachbarsippen einander näher gebracht und zu einer Allianz geführt. Der Erfolg, welcher die Vereinigung der Sippenkraft begleitete, lehrte bald die Eintracht und die Verbindung schätzen. Man blieb beieinander, auch

¹ Festus s. v. „sacer“ sagt ausdrücklich betreffs des homo sacer: „... neque fas est eum immolari; sed qui occidit, parricidi non damnatur.“ Vgl. Bruns a. a. O. II 34.

² Zeitschr. f. vergl. RW. XVI 417.

³ Ebd. 461.

nachdem die akute Gefahr vorüber war, um im schweren Kampf ums Dasein nicht allein zu stehen. Denn die Sippe war, wie eine Blutsverwandtschaft nach innen, so eine Kampfgenossenschaft nach außen. So befreundete Sippen kamen überein, daß ihre Streitigkeiten beigelegt werden sollten durch schiedsrichterliche Entscheidung, welche, wie Kulischer¹ glaubt, in den Händen von beiderseitigen Ältesten lag. Ein neues, bislang unbekanntes Gut gelangte so allmählich zu großer Wertschätzung: der Friede unter den befreundeten Sippen. „Fremder“ und „Feind“ war nun nicht mehr begrifflich und immer dasselbe. Die Missetat, welche jemand gegen den Genossen einer befreundeten Sippe begangen hatte, wurde als eine Verletzung des gegenseitigen Friedens, als Friedensbruch empfunden. Nicht mehr trat die Sippe des Täters, wie ehemals, auch jetzt für ihren Genossen ein, sondern sie lieferte ihn der verletzten Sippe aus. Darin lag aber die Anerkennung, daß die Missetat auch dann ein Verbrechen sei, wenn sie gegen ein Mitglied einer andern, aber befreundeten Sippe verübt worden war, gleich als ob sie gegen einen Sippengenossen gerichtet gewesen wäre. So schwingt sich der Friede mit den befreundeten Nachbarsippen auf zu einem wesentlichen Lebensinteresse der Sippe. — Paradigmatisch ist die Behandlung des Raubes bei Homer. Der Raub an einem Fremden ist durchaus nicht entehrend; aber wehe, wenn der räuberische Streifzug unternommen worden ist gegen einen verbündeten Stamm! Ganz analog muß die Auffassung bei der Tötung gewesen sein. Der Mord an einem Nichtgenossen befleckte in frühester Zeit den Täter in keiner Weise; aber hatte jemand ein Mitglied einer befreundeten Sippe getötet, so wurde diese Tötung, obschon am Nichtgenossen begangen, doch dem Sippenmorde gleich geachtet. Wie vordem durch diesen die Existenz der einzelnen Sippe gefährdet erschien, so war nunmehr das Lebens-

interesse der ganzen Gemeinschaft der befreundeten Sippen engagiert. —

Dazu trat eine Veränderung der sakralen Auffassung. Ein im Wesen des Polytheismus begründeter Zug, den wir durch das ganze Altertum verfolgen können, ist es, daß die zu einem Ganzen, sei es durch Bündnis, sei es durch Unterwerfung, geeinigten Verbände oder Staaten die Götter gemeinsam haben, indem ein jeder Verband die Götter des andern je nachdem entweder tolerierte oder formell rezipierte bzw. rezipieren mußte. So waren auch, als die einzelnen Sippen sich mit der Zeit fester aneinander schlossen, die Gottheiten gemeinsam. Daher war die an einem Genossen der befreundeten Sippe begangene Missetat ein Frevel gegen die gemeinsamen Schutzgötter. Es mußte also auch der Gesamtverband der befreundeten Sippen reagieren, wollte man nicht den Zorn der gemeinsamen Götter herabbeschwören.

Als dann diese anfangs freiwillige, manchmal vielleicht nur ad hoc oder auf Zeit geschlossene Verbindung der einzelnen Sippen zu einer dauernden Verschmelzung in einen Stamm oder Gau oder tribus führte, ratifizierte die Stammesgewalt einfach die gewordenen Anschauungen und ging, da in dem höheren, politischen Ganzen des Stammes die früheren sippenrechtlichen Funktionen der Sippengenossen notwendig entweder ganz oder teilweise neutralisiert wurden, noch einen Schritt weiter. Aus dem früheren compromissum der befreundeten Sippen zur Beilegung von Streitigkeiten wurde nämlich nunmehr ein Zwang, den das Haupt des Stammes bzw. die Stammesversammlung ausübte auf sich befehlende Sippen. Diese mußten sich jetzt vergleichen, und die Sippe des Täters mußte den Frevler, der als Friedensbrecher erschien, zur Bestrafung ausliefern. Unter solchen Umständen war natürlich für die Sippenrache kein Platz mehr, und es erscheint die Ansicht Brunnenmeisters¹ nicht unwahr-

¹ Zeitschr. f. vergl. RW. 424.

¹ Tötungsverbrechen 110.

scheinlich, daß sie bereits in der Zeit, als sich die Sippen zum Gau vereinigten, verschwunden sei.

15. In diese Entwicklung, welche auf dem Gebiete Latiums ihren Abschluß fand in der Verschmelzung der drei tribus zu einem staatlichen Gemeinwesen, fällt jene mit der Person des Königs Numa zusammengebrachte lex. Das Friedensinteresse, welches die befreundeten Sippen bereits zu der Ansicht erhoben hatte, daß der Mord am Genossen einer befreundeten Sippe gleichzustellen sei dem Sippenmorde, fand durch jene lex einen von der obersten, staatlichen Gewalt gewährleisteten, strafrechtlichen Schutz. Der Mord am Sippen-genossen wurde ausgedehnt zum Morde am freien Volksgenossen. „Homo liber“ bezeichnet nämlich in uralter Bedeutung den politisch freien Stammes- oder Volksgenossen im Gegensatze zum Sklaven, Rechtlosen oder Unterworfenen¹. Daraus ergibt sich, daß es unrichtig ist, unter „homo liber“ bloß den „civis“ oder den „homo sui iuris“ zu verstehen². Andererseits ist aber auch die Ansicht R. Loenings³ zu verwerfen, wonach „homo liber“ der „freie Mensch“ ganz allgemein bedeute. Dann würde allerdings der Gegensatz zwischen p̄ricidium und dem hominem liberum morti dare nicht in der getöteten Person liegen können. Allein „homo liber“ ist ein spezifischer Begriff und bezeichnet den „freien Volksgenossen“ im Gegensatze zu allophylen und verknechteten Volksbestandteilen⁴. „Homo liber“ stellt also sehr wohl eine

¹ O. Schrader, Reallexikon 805 808. Ob unter „homo liber“ der lex Numae, wie Brunnenmeister (a. a. O. 123) vermutet, nun auch die sämtlichen Schutzverwandten der römischen Bürgergemeinde begriffen sind, erscheint unsicher. — Eine interessante Parallele zu der Entwicklung des Sippenmordes zum Mord am freien Volksgenossen bietet die sprachliche Forschung O. Schraders (S. 806), wonach das urgermanische Stammwort „frija-s“ bedeutet habe „lieb, teuer, Freund, Verwandter“ und dann allmählich zu unserem „frei“ im Sinne von „freier Volksgenosse“ fortgeschritten sei.

² Vergleiche die oben S. 42 f besprochenen Interpretationsversuche.

³ Zeitschr. f. d. ges. Str. RW VII 657.

⁴ O. Schrader a. a. O. 806.

Erweiterung und Fortbildung dar, nämlich die vom Sippen-genossen (vgl. p̄ri-) zum freien Volksgenossen. Das p̄ricidium und das hominem liberum morti dare sind daher zwei Tatbestände, welche von der lex Numae hinsichtlich ihrer Straffolgen gleichgestellt werden. — Mag nun auch das praecceptum legis schon in vorstaatlicher Zeit Norm gewesen sein, also Bestandteil altlatinischen Gaurechts, so ist meines Erachtens die sanctio legis erst erfolgt bei oder unmittelbar nach der Gründung von Roms staatlicher Existenz. Denn die Tendenz der lex ist offenbar auch eine politische, von echter Staatsraison eingegebene, sie wollte zur gewonnenen staatlichen Einheit die Einheit des Rechts in einem sehr wesentlichen Punkte hinzufügen¹.

16. Nach den überzeugenden Ausführungen Brunnenmeisters² ist die jetzt vorliegende Form unserer lex Numae eine moderne Redaktion. Die leges regiae sind wohl überhaupt in sprachlich modernisierter Gestalt überliefert. Die Worte „dolo sciens“ sind Kunstausdrücke, welche erst in späterer Zeit geläufig sind. Der zum Tatbestand der lex gehörende Begriff der Wissentlichkeit und Arglist bei der Tötung des homo liber ergab sich von selbst durch die Gegenüberstellung mit der zweiten lex Numae, in welcher von der imprudenter begangenen Tötung die Rede ist, insbesondere durch die Verschiedenheit der Rechtsfolgen.

17. Welche Strafe trifft nun den Mörder des homo liber? Das Gesetz sagt: „p̄ricidas esto“, d. h. die Straffolgen des p̄ricidium sollen auf ihn übertragen werden. Wie wir nun gesehen, ist die Strafe des ursprünglichen p̄ricidium die Sazertät. Auch hierbei müssen wir eine Wandlung annehmen.

¹ In diesem Sinne wird daher wohl die Bemerkung Brunnenmeisters (a. a. O. 110): „Ein wirkliches Fehderecht treffen wir im altrömischen Staat deshalb nicht, weil dasselbe der Hauptsache nach bereits vor dessen Gründung durch die zum Gau vereinigten Geschlechter gesetzlich abgeschafft war“ zu modifizieren sein.

² Tötungsverbrechen 104 115—118.

In demselben Maße nämlich, wie das sakrale Recht überhaupt an Boden verlor, wird auch die Strafe des ursprünglichen *páricidium* ihren rein religiösen Charakter abgestreift haben. Die Todesstrafe drang immer mehr ein, welche die Gesamtheit verhängte und vollstreckte, und löste die Sazerzät ab. Aber noch lange haftete der Todesstrafe die sakrale Beziehung an. Beim *supplicium* erschien der Hingerichtete wegen des die Exekution begleitenden, religiösen Zeremoniells noch lange Zeit als ein einer bestimmten Gottheit gebrachtes Opfer¹. Die Strafe der *lex Numae* wird also Todesstrafe im sakralen Gewande gewesen sein. — Zu demselben Resultat gelangt Brunnenmeister, indem er von dem zweiten Tötungsgesetz *Numas* ausgeht und verlegt ebenfalls in das „*deo necari*“ die Rechtsfolge des Mordes der *lex Numae*.

18. Der Ausdehnung des Begriffes folgte die sprachliche Benennung. *Páricidium*, die ursprüngliche Bezeichnung für Sippenmord, wurde allmählich der Ausdruck für Mord überhaupt. In der älteren Rechtssprache bis auf die *lex Cornelia de sicariis* hinab ist ein anderer terminus für Mord nicht bekannt².

¹ Wissowa (Religion usw. 326 A. 4) wendet sich gegen diese Auffassung besonders mit der Begründung, daß „die Opferung des Verbrechers dem Grundsatz widersprechen würde, daß die Opfergabe rein und vollkommen sein muß: der mit Strafschuld beladene Verbrecher konnte ebensowenig als eine Ehrung den Göttern dargebracht werden wie . . .“ Allein man muß unterscheiden zwischen Bitt-, Dank- und Sühnopfern. Es ist eine Bestimmung aller Kulte, daß bei Bitt- und Dankopfern die Opfergabe rein und vollkommen sei. Wenn aber der schuldbeladene Verbrecher den Göttern geopfert wird, so wird zwar an sich zunächst eine unreine Gabe dargebracht, aber durch das Blut, welches er vergießt, wird die Freveltat gesühnt, die Götter versöhnt, der Frevler selbst gereinigt. Gerade das ist ja die Idee und der Zweck der Sühnopfer. Ja man muß sagen, daß zum Begriffe des Sühnopfers die schuldbeladene Opfergabe gehört. Das geht unzweifelhaft hervor aus dem Umstande, daß auf das Tier, welches *loco hominis* zur Ablösung der Menschenopfer getötet wurde, zunächst die Schuld des menschlichen Täters, natürlich nur symbolisch, übertragen wurde. Daß aber auch die altrömischen Pontifikalbücher den Satz lehrten, das Blut reinige und sühne, darüber vergleiche man v. Lasaulx, Die Sühnopfer 5 10. ² Mommsen, Röm. Strafrecht 612 f.

So bietet also die *lex Numae* tatsächlich einen andern, d. h. erweiterten Tatbestand des Verbrechensbegriffs des *páricidium* aus vorstaatlicher Zeit, und die imperativische Gesetzesform gewinnt volles Verständnis. — Weil endlich das *páricidium* von Haus aus den Sippenmord, d. h. den Mord an einem agnatisch Verwandten bedeutet, so fällt das *páricidium* der *lex Pompeia* in seiner Bedeutung als „Verwandtenmord“ nicht aus der auf derselben Linie sich fortbewegenden Entwicklung heraus, wenn es auch entsprechend dem veränderten und erweiterten Begriff der „Verwandtschaft“ modifiziert erscheint.

§ 6. Die zweite *lex Numae* über die imprudenter begangene Tötung.

1. Das zweite Gesetz, welches dem König Numa zugeschrieben wird, betrifft die unvorsätzliche Tötung. Text und Hauptinhalt sind bereits oben (S. 20 f) mitgeteilt.

Was die Überlieferung der beiden *leges Numae* betrifft, so ist die zweite nicht wie die erste auf uns gekommen in einer wenn auch schon überarbeiteten Gesetzesform, sondern der Scholiast Servius übermittelt sie uns nur inhaltlich in freier, umschreibender, moderner Erläuterung, welche zudem noch ziemlich verdorben ist. Das „imprudens“ z. B. ist, wie ein Blick auf die XII Tafeln¹ zeigt, in jener frühen Zeit sicher als Kunstausdruck ebensowenig geläufig, wie das „*dolo sciens*“ der ersten *lex Numae*. — Ferner ist bereits aufmerksam gemacht worden, daß das Wort „*homo*“ auffällig ist. Im Geiste jener Zeit müßte man, analog der ersten *lex Numae*, „*homo liber*“ erwarten². — Endlich ist „*arietem offerre*“ ebenfalls ganz modern an Stelle des alten, sakralen, die stellvertretende Hinopferung des Täters kennzeichnenden „*arietem subicere* oder *subigere*.“

Aus der zweiten *lex Numae* haben wir bereits nach drei Seiten hin wichtige Folgerungen ziehen können. Einmal

¹ Vgl. tab. VIII n. 24 a. Bruns, Fontes I 33.

² Vgl. z. B. auch das prätorische Edikt: „*De his, qui effuderint vel deiecerint*“ (I. 1 Pr. D. IX 3).

findet sich in ihr eine untrügliche Spur früherer Blutrache, indem gerade den Agnaten des Erschlagenen, welche zur Blutrache berufen waren, im Falle der unvorsätzlichen Tötung ein Widder in Stellvertretung des Täters, konsequent also im Falle vorsätzlicher Tötung der Mörder selbst zur Opferung hingegeben werden mußte. Damit war die zweite Folgerung verknüpft, daß eben diese Hingabe des Täters an die Agnaten zur Opferung die Art der Strafe des *parricidium* nach der *lex Numae* darstellte, das *deo necari*, wenn auch über die Modalität nichts weiter festgestellt werden konnte. Endlich ergab sich, daß nach der Opferungsbestimmung der zweiten *lex* die Blutrache eine heilige, religiöse Pflicht der Agnaten auf dem Boden *Latiums* war, also durch ein Lösegeld nicht abgekauft werden konnte.

Beide Gesetze, die erste und die zweite *lex Numae*, hat man von jeher mit vollem Recht als die zwei Bestandteile einer *lex* angesehen, von denen der erstere die vorsätzliche, der zweite die unvorsätzliche Tötung behandelt.

2. Es fragt sich nun, ob in jener frühen Zeit des staatlichen Rom, in welche wir die *leges regiae* zurückzusetzen haben, bereits die in der zweiten *lex Numae* vorausgesetzte Scheidung zwischen vorsätzlicher und unvorsätzlicher Tötung anzunehmen sei. Sicher ist, daß sprachlich wie sachlich der Unterschied zwischen Mord, Totschlag und fahrlässiger Tötung ursprünglich unbekannt war. Man rechnete eben nur mit der vollendeten Tatsache, berücksichtigte also nur die äußere, materielle, objektive Seite der Tat. Das sahen wir ja recht deutlich bei der Blutrache; die Sippe trat in jedem Fall für ihren Genossen ein.

Der Umschwung in der Auffassung kam vom Sakralrecht her. Als die Götter nämlich nicht mehr bloß nützliche Freunde und schädliche Feinde waren, sondern auch Repräsentanten sittlicher Ideen, meldete sich eine Anschauung an, welche die Willensseite der Tat berücksichtigte. Die Götter beurteilten letztere nicht mehr in jedem Falle gleich. Nur

wenn der Wille des Täters wirklich boshaft war, trat göttliche Strafe ein. War die Tat mehr unbedacht geschehen, so erbarmten sie sich auch und boten gern die Hand zu einer Sühne ohne Menschenblut. — Diese Unterscheidung zieht sich durch das ganze Sakralrecht hindurch. Z. B. setzte die absichtliche Nichterfüllung eines Gelübdes den *vovens* schwerer, göttlicher Strafe aus. Aber im Falle unbedachter oder unmöglicher Erfüllung (z. B. beim plötzlichen Tode) wurde mit *expiatio*, einem Sühnopfer, geholfen¹. Ebenso verhielt es sich bei der Tötung. Das Sakralrecht differenzierte die Tötungstat: manchmal war der Totschläger der göttlichen Strafe verfallen, d. h. also unsühnbar (*impius*), manchmal wiederum sühnbar. Unsühnbar war er, wenn er die Tat mit Bewußtsein um die Rechtswidrigkeit und mit Willen begangen hatte, sühnbar dagegen, wenn er die Tötung herbeigeführt hatte, unbedacht oder ohne sein Wissen und sein Wollen. Was also sakralrechtlich den Frevler unsühnbar oder sühnbar machte, war die Existenz oder Nichtexistenz des *dolus*, wie wir technisch sagen würden.

3. Diese Normen des Sakralrechtes waren es, welche in den beiden *leges Numae*² ihren Weg ins Strafrecht fanden, ein Übergang, welcher bei der innigen Verbindung von Religion und Strafrecht in jener frühen Zeit nicht wunderbar ist. Das ganze altrömische Kriminalrecht ruht ja in seinem letzten Grunde auf der religiösen Idee der Sühnung³.

Die eben besprochene, sehr alte, sakrale Distinktion, welche wir auch im ältesten Attika bezeugt finden durch die verschiedene Kompetenz dreier Blutgerichte⁴, hat in den XII Tafeln in Bezug auf die Tötung einen allerdings bloß kasuistischen, gesetzesrechtlichen Ausdruck gefunden. In tab. VIII nr. 24 a⁵ werden uns die Worte überliefert: „*Si telum manu*

¹ Pernice, Zum röm. Sakralrecht II 1188.

² In den *leges regiae* liegen *fas* und *jus* nebeneinander.

³ Mommsen, Röm. Geschichte I 174.

⁴ Schrader, Reallexikon 557. ⁵ Bruns, Fontes I 33.

magis fugit quam iecit.“ Damit ist ein Tatbestand bei der Tötung angedeutet, dessen mildere Beurteilung sehr alt sein muß; denn, wie schon mehrmals bemerkt, die XII Tafeln kodifizieren altes Gewohnheitsrecht. — Wir dürfen also mit vollem Recht annehmen, daß schon in der Königszeit Roms die nicht dolose Tötung als besondere, selbständige species innerhalb des genus der Tötung neben dem Mord sich herausgearbeitet und Anerkennung gefunden hatte, mit andern Worten, daß die beiden leges Numae sowohl sachlich wie zeitlich zusammenfallen. — Ferner aber werden wir die erwähnte Bestimmung der XII Tafeln über die nicht dolose Tötung sowie die zweite lex Numae als inhaltlich identisch ansehen müssen, und zwar erstere als eine Reproduktion der letzteren¹. Den Rechtsgrund der Strafe bei nicht doloser Tötung bildete also nicht die lex Numae, sondern die tabula VIII. Auch sonstige leges regiae sind in dieser Weise von den XII Tafeln übernommen worden².

4. Die näheren Erläuterungen, welche Cicero und der hl. Augustin über die mitgeteilten Worte der XII Tafeln geben³, zeigen uns klar, in welchen Fällen man die Anwendung und Nachachtung des aufgestellten Paradigma für gegeben erachtete. Dadurch fällt auch Licht auf die zweite lex Numae. Hervorgehoben wird stets der Gegensatz zur voluntas. Er wird verschieden bezeichnet: „fortuna“, „imprudens“, „sine peccato“, „invitus“. Diese Begriffe erscheinen alle synonym. Wie weit die Nichtbetätigung der voluntas reiche bzw. reichen müsse, wird nicht gefragt. Die Hauptsache ist, daß der Täter gehandelt hat nicht mit voluntas. Ob er den Erfolg der rechtswidrigen Tötung faktisch vorausgesehen hatte oder nicht, ob er ihn hatte voraussehen

¹ Ob es aber richtig ist, den Kasus der XII Tafeln zur Restitution des Gesetzestextes der zweiten lex Numae einfach herüberzunehmen, wie das Brunnenmeister tut (Tötungsverbrechen 128), ist doch fraglich.

² Mommsen, Röm. Staatsrecht II 52 A. 3.

³ Schöll, Duodecim tab. 150. Bruns, Fontes I 33.

können oder nicht, ob er ihn hatte voraussehen müssen, sollen, all das erscheint irrelevant. Der Gegensatz zur voluntas wird also nach Verschuldung und rein äußerlicher Verursachung, d. h. nach krimineller culpa und reinem casus, nicht unterschieden.

5. Eine Strafe für solche Tötung ohne voluntas wird uns in den XII Tafeln nicht überliefert, da der Schluß des Textes fehlt. Er ist aber unter Zuhilfenahme von Cicero, Topica § 64 leicht dahin zu rekonstruieren, daß eine von den Worten: „aries subicitur“ abgeleitete, dem „sacer esto“ oder „páricidas esto“ entsprechende, präzeptive Form suppliert wird. — Wir finden also sowohl in der zweiten lex Numae als in tab. VIII den Widder¹, welcher dem Lebensgott Janus geopfert zu werden pflegte, und zwar in Stellvertretung für den Täter selbst, wie das charakteristische Kompositum „subicere“ (oder „subigere“²) = „unterschieben“³ andeutet. Damit ist sakralrechtlich die Sühnbarkeit als Charakter einer solchen Tötung bezeichnet. Während uns also die erste lex Numae in der dolosen Tötung eines homo liber ein unsühnbares Delikt mit der Folge der religiösen Talion („deo necari“) bietet, enthält

¹ Der Widder erscheint auch anderwärts als Vertreter des Schuldigen, vgl. Arnob., Adv. gentes 5, 21.

² Labeo gebraucht „subigere“.

³ Huschke hat unter vielem Beifall (vgl. Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 159, A. 2) das „arietem subicere“ verglichen mit dem „sufferre litis aestimationem“ bei Gaius, Inst. IV 75. Hier heißt es: „uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere“. Das „sufferre litis aestimationem“ soll ausdrücken, daß die litis aestimatio an die Stelle der noxae deditio trete. — Ich halte die Auffassung für irrig. Zunächst steht doch dasjenige, was an die Stelle eines andern treten soll, nicht voran, sondern folgt am zweiten Platze. Außerdem ist das Verhältnis sachlich gerade umgekehrt: nicht die noxae deditio ist das Prinzipale, sondern die litis aestimatio, subsidiär tritt erst, wenn der Hausvater bzw. Herr den Schaden nicht decken will, die noxae deditio ein. Darüber hinaus besteht für den Hausvater oder den Herrn keine Haftung. Wir haben hier dasselbe Verhältnis wie in tab. VIII n. 2. Sufferre bedeutet bei Gaius einfach „darreichen“, „leisten“, „praestare“ wie auch sonst. Vgl. Heumann-Thon, Handlexikon s. v. „sufferre“.

die zweite lex sowie tab. VIII nr. 24a in der nicht dolosen Tötung ein sühnbares mit der Verpflichtung der Widderopferung. Letztere ist eine religiöse Sühnung, ein piaculum, und hat mit dem Strafrechte nichts zu tun. Gesühnt mußte aber werden jeder Bruch der Rechts- und Friedensordnung ohne Unterschied und ohne Rücksicht auf das Willensmoment. Diese rein äußerliche Auffassung ging sogar soweit, daß manchmal erst aus der seitens der Götter geübten Rache sich erschließen ließ, daß sie sich beleidigt gefühlt hatten¹. Cicero deutet (pro Tullio § 51) solche sakrale Anschauung an, indem er unter Bezugnahme auf die Schuldlosigkeit des Täters bemerkt: „... haec enim tacita lex est humanitatis, ut ab homine consilii, non fortunae poena repetatur. Tamen huiusce rei veniam maiores non dederunt. Nam lex est in XII tabulis: Si telum etc.“ — Auf den sühnenden Charakter der Widderhingabe weist Cincius Alimentus (bei Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 157) noch besonders hin mit den Worten: „... expiandi gratia“ und „poenae pendendae loco.“

6. In § 4 ist der Nachweis versucht worden, daß das Tötungsdelikt von Anfang an im staatlichen Rom einen öffentlichen Charakter gehabt habe. Auch aus der zweiten lex Numae geht das hervor. Es heißt nämlich, der Widder solle „in contione“ geopfert werden, d. h. in der Volksversammlung. Durch diese Bestimmung wurde der ganze Akt unter öffentliche Garantie gestellt: der Widder wurde geschlachtet unter der Anwesenheit, der Kenntnisnahme, der Approbation und dem Schutze des populus².

¹ Pernice, Zum röm. Sakralrecht I 1165. Mommsen, Röm. Staatsrecht II 51. Einen weiteren Überrest dieser Auffassung hat das öffentliche Recht der Römer lange fest bewahrt in einer ebenfalls dem König Numa zugeschriebenen lex, wonach beim Auspflügen der Grenze auch die boves, das Gespann, „sacri“ sein sollten.

² Man denke an die öffentlichen, unter Garantie des populus abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, z. B. das testamentum in comitiis calatis, testamentum per aes et libram. Vgl. Jhering, Geist I 148 ff. — R. Loening (Zeitschr. f. d. ges. Str. RW. VII 656) behauptet, daß die

§ 7. Das Tötungsverbrechen im ersten Titel der Lex Dei.

a) Die Anwendungsfälle der lex Cornelia und ihre prozessualen Bestimmungen.

1. Das bisher erörterte Recht über dolose und nicht dolose Tötung eines homo liber erhielt sich bis zur lex Cornelia de sicariis et veneficis im Jahre 673/81¹. Die XII Tafeln haben Bestimmungen über das parricidium, welche uns überliefert wären, nicht getroffen, und die tab. VIII n. 24a ist nur eine Reproduktion der zweiten lex Numae.

Eine neue Zeit für Auffassung und Behandlung des Tötungsverbrechens begann mit der eben erwähnten lex Sullas. Durch die Parteikämpfe und Bürgerkriege, welche seit den Reformvorschlägen der beiden Gracchen und besonders seit dem Bundesgenossenkriege fortwährend gewütet hatten, waren in Rom und in ganz Italien die Sitten sehr verwildert und verroht. Sulla mußte, als er Herr der politischen Verhältnisse geworden war und die bürgerliche Gesellschaft zu befestigen unternahm, eingreifen, um Ruhe und Sicherheit wiederherzustellen. Eine besonders gefürchtete Plage war das größtenenteils aus entlassenen Söldnerscharen Sullas hervorgegangene Banditentum, welches zu einem gewerbsmäßigen, vor nichts zurückschreckenden Verbrechertum geworden war². Gegen diese Banditen richtete sich nun an erster Stelle dasjenige Gesetz Sullas, welches sein umfassendstes Kriminalgesetz ist, die lex de sicariis et veneficis. Zwar ein Gelegenheitsgesetz, wie man wohl sagen kann, ist es aber doch auch unter veränderten Verhältnissen in Geltung geblieben. Die zu Tage getretenen

Hinopferung durch die Agnaten in Wirklichkeit gar kein öffentliches Strafrecht darstelle, sondern reine, private Blutrache. Das ist irrig. Die Gesamtheit überließ in Erinnerung an das frühere, rein private Recht der Blutrache den Agnaten des Getöteten die Exekution (Schradler, Reallexikon 833). Die Agnaten sind also in diesem Falle privilegierte Organe der Öffentlichkeit.

¹ Die Jahreszahl ist nicht sicher.

² Vgl. Sallust, Bell. Catil. c. 11. Ciceros Rede für den Giftmörder Cluentius. Zumpt, Kriminalrecht II 2, 4.

Unebenheiten und Unbequemlichkeiten wurden beseitigt, Neues eingefügt, und so ist das cornelische Mordgesetz auch unter dem Prinzipate im wesentlichen erhalten geblieben. Mit jener zähen und konservativen Tendenz, welche den allgemeinen Grund für die Dauerhaftigkeit der römischen Rechts-einrichtungen überhaupt bildet¹, und welche hervorgegangen ist aus der Überzeugung von der wachsenden und werbenden, moralischen Kraft, welche die Würde und Weihe des Alters einem Gesetze verleiht², haben die Römer an der sullanischen lex Jahrhunderte lang festgehalten, so daß das Strafrecht über die Tötung eines Menschen in der Kaiserzeit eben auf ihr beruht³. Gerade an dieser lex kann man wahrnehmen, wie fest die Römer an einem Gesetze zu halten, dasselbe als Grundlage zu bewahren, es aber durch Doktrin und Praxis fortzubilden pflegten. Diese lex Cornelia bildet nun auch die Grundlage der römisch-rechtlichen Exzerpte im ersten Titel der Lex Dei, im ersten Teile sowohl als im zweiten, wenn auch im letzteren vielerlei Modifikationen, welche Doktrin und Praxis gebracht, die lex nicht immer mehr klar hervortreten lassen.

Zur Orientierung sei zunächst noch bemerkt, daß die sullanischen Reformgesetze inhaltlich weiter reichen als ihr eng umschriebener Titel angibt, eine Erscheinung, welche bei Gelegenheitsgesetzen in so kritischer Zeit nicht unerklärlich ist. Mommsen⁴ gibt nicht weniger als sechs Deliktskategorien unseres Mordgesetzes an, darunter auch das falsche Zeugnis in einem Kapitalprozesse, wodurch jemand zu Tode kommt, und die mörderische Brandstiftung. Diese beiden Delikte werden auch in der Lex Dei behandelt, allerdings unter andern Titeln.

¹ Jhering, Geist II 63 ff.

² Natürlich gelten diese Worte nicht für die politischen Kampfgesetze, die Verfassungsänderungen Sullas, welche ihren Urheber größtenteils nicht lange überlebten.

³ Treffend äußert sich hierüber Zumpt, Kriminalrecht II 2, 3.

⁴ Röm. Strafrecht 628.

Es darf uns also nicht Wunder nehmen, wenn wir die lex Cornelia de sicariis auch treffen in tit. VIII: „De falso testimonio“ und in tit. XII: „De incendiariis“.

2. Der Kompilator der Lex Dei hat sowohl durch Auswahl und Zusammenstellung der Exzerpte als durch scharf trennende Überschriften die Abhandlung über das Tötungsverbrechen in zwei Teile gesondert. Der erste Teil führt die Überschrift: „De sicariis“ und der zweite: „De casualibus homicidis“. Beide Überschriften sind in allen Handschriften überliefert¹. Der Gegensatz besagt, daß zuerst vom Morde gehandelt wird und dann von der nicht dolosen Tötung, wie ich mich vorläufig ausdrücken möchte. In der kleinen Schrift, welche ich zum Zwecke meiner Habilitation publiziert habe², ist S. 31 33 der Nachweis versucht worden, daß die beiden Teile des ersten Titels ursprünglich sogar zwei eigene Titel dargestellt haben. Wenigstens zählen der cod. Berol. und Hincmar den zweiten Teil des ersten Titels sicher als einen eigenen Titel³.

3. Zunächst noch eine Bemerkung über den Titel und die Textesüberlieferung der sullanischen lex. Ersterer ist in unserer Kompilation nicht einheitlich. In tit. I, c. 2 rubr.; c. 3 rubr.; c. 8 rubr.; tit. III, c. 2 rubr.; tit. VII, c. 2 rubr.; tit. VIII, c. 4 rubr. lautet derselbe: „Lex Cornelia de sicariis et veneficis.“ In tit. I, c. 2, § 1; tit. VII, c. 3, § 3; tit. VIII, c. 4, § 1; tit. XII, c. 5, § 1 wird die lex einfach genannt: „Lex Cornelia“, und in tit. I, c. 3, § 1; tit. IV, cc. 9 und 10 heißt sie: „Lex Cornelia de sicariis.“⁴

Was die Überlieferung des Gesetzestextes betrifft, so ist sie sehr mangelhaft. Die ursprünglichen Bestimmungen Sullas, der späteren Kaiser, die Interpretationen der klassischen

¹ Mommsen, Collatio, proll. 118 f.

² „Lex Dei.“ Capita selecta. Pars prima.

³ Man vergleiche die Tabelle auf der letzten Seite der Habilitationsschrift (S. 40).

⁴ Die Parallelstellen gibt Zumpt, Kriminalrecht II 2, 9, und Fritzsche, Die sullanische Gesetzgebung 19.

Juristen sind nicht alle genau zu erkennen und zu sondern. Der einschlägige Pandektentitel (D. XLVIII, 8) und der entsprechende Codextitel (Cod. Iust. IX, 16) zeigen deutlich, wie im Laufe der Zeit die lex nach verschiedenen Seiten hin teils modifiziert, teils erweitert worden ist. Bruns stellt in seinen „Fontes“ I 93 die überlieferten Gesetzesteile zusammen. Den Grundstock derselben bildet das Kollations-exzerpt tit. I, c. 3, § 1¹. Danach wäre der Wortlaut² des ersten caput der lex Cornelia folgender gewesen: „Is praetor iudexve quaestionis, cui sorte obvenerit quaestio de sicariis, eius, quod in urbe Roma propiusve mille passus factum sit, quaerito³ cum iudicibus, qui ei ex lege sorte obvenerint, de capite eius, qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa, hominemve occiderit, cuiusve id dolo malo factum erit.“

Indem wir nun vorläufig von den prozessualen Bestimmungen absehen, fiel also unter den Tatbestand des Gesetzes: a) wer mit Waffen ausgerüstet umherging in der Absicht zu morden und zu rauben, b) wer einen Menschen tötete, c) wer dolo malo dazu mitwirkte. — Der Redaktor der Lex Dei fügt dann in § 2 desselben caput nähere Interpretationen Ulpian's an zu a) und b). Nicht das Tragen der Waffen an sich falle unter die lex, sondern das Tragen in der Absicht zu morden und zu rauben, wie es eben Banditen tun. Ferner dehnt der Jurist den Begriff „homo“ durch buchstäbliche Interpretation

¹ Die Stelle ist entnommen dem Werke Ulpian's, in welchem er die officia des Prokonsul bespricht, und zwar dem 7. Buche. In den letzten drei Büchern (7—10) wird das Strafrecht und der Strafprozeß behandelt. Vgl. Krüger, Geschichte 221.

² Daß es sich tatsächlich um den Wortlaut des Gesetzestextes handelt, sagt der Verfasser der Lex Dei deutlich mit den Worten zu tit. I, c. 3, § 2: „Relatis verbis legis modo ipse loquitur Ulpianus.“

³ In der Lex Dei steht allerdings „uti quaerat“. Mommsen (bei Bruns, Fontes I 93, n. 3) vermutet aber mit Recht, daß Ulpian den Gesetzesimperativ der Konstruktion wegen in einen Konjunktiv aufgelöst habe. Der Imperativ ist bezeugt durch Cic. pro Cluentio § 4, 148: „de-que eius capite quaerito“ bei Bruns a. a. O.

aus auf jeden Menschen, ohne Rücksicht auf den status libertatis oder civitatis.

Dem Inhalte nach gibt Paulus (tit. I, c. 2) dasselbe an wie Ulpian, fügt aber noch mehrere Kategorien hinzu. Nach Paulus treffe die Strafe der lex Cornelia a) denjenigen, welcher einen Menschen töte, b) denjenigen, welcher, um zu morden oder zu rauben, bewaffnet sei, c) denjenigen, welcher Giftmittel habe, verkaufe, bereite, um den Giftmord zu ermöglichen, d) denjenigen, welcher in einem Kapitalprozesse falsches Zeugnis ablege, wodurch jemand zu Tode kommt, e) endlich denjenigen, welcher „mortis causam praestitit“, d. h. vorläufig allgemein ausgedrückt, den Tod eines Menschen causal veranlaßt habe. — Bezüglich der Reihenfolge muß hervorgehoben werden, daß Paulus die beiden ersten Punkte bei Ulpian umstellt.

4. Was nun die Anwendungsfälle der lex im einzelnen betrifft, so wird an erster Stelle im Gesetzestexte bei Ulpian (tit. I, c. 3) genannt das Umhergehen mit Waffen in Banditenabsicht, d. h. um gewerbsmäßig zu morden und zu rauben. Das Gesetz war also in erster Linie gerichtet gegen die Banditen, die sicarii¹. Davon hat es auch, wenigstens in seinem ersten Teil, seinen Namen, und die Unterdrückung des Banditentums war ja auch die Veranlassung zum Erlaß desselben. Natürlich mußte die Banditenabsicht bewiesen werden. Die lex gibt aber hierüber weiter keinen Aufschluß. Woraus jene Absicht auf Grund des „ambulare cum telo“ erschlossen werden konnte oder sollte, damit das Delikt als konsummiert gelte, wie weit sie in die äußere Erscheinung getreten sein mußte, welche Eingangshandlungen auf jene Absicht schließen lassen sollten, alles das wird im Gesetze nicht erwähnt. Diese Elastizität paßte ja auch vortrefflich zu dem Charakter eines Kampfgesetzes. — Dem gesetzlichen „ambulare cum telo“ setzte die Interpretation später gleich das „cum telo esse“. So

¹ So wurden die Banditen genannt nach dem kurzen, gekrümmten Dolch (sica), dessen sie sich bedienten. Vgl. Schol. Cruqu. in Horat. Sat. I 4, 4.

Paulus (tit. I, c. 2); z. B. das Auflauern mit Waffen¹. — Eine nähere Bestimmung des Waffentragens bietet noch das Exzerpt tit. I, c. 13, in welchem der Begriff des unter das Gesetz fallenden „ambulare cum telo“ genau abgegrenzt wird durch die Unterscheidung zwischen Angriffs- und Verteidigungswaffen. Das Tragen letzterer wird natürlich nicht unter das Gesetz gezogen. Daher wird aus dem Waffentragen an sich noch nicht, wie Mommsen² meint, ohne weiteres die Absicht hervorgehen können, von der Waffe einen gegen das Gesetz verstoßenden Gebrauch zu machen. Das umso weniger, als ja auch z. B. aus einfach polizeilichen Gründen Zivilpersonen das Tragen von Waffen verboten werden kann³. — Was hat man aber unter *telum* zu verstehen? *Telum* ist, wie Gaius in seinem Kommentar zu den XII Tafeln sagt (I. 233, § 2, D. L. 16 = § 5 Inst. IV, 18) nicht bloß das, „quod arcu mittitur“, sondern „omne, quod manu mittitur“, also Stein, Holz, Eisen usw.; dann aber auch, wie Paulus in unserm Titel sagt (c. 13), jedes Werkzeug, welches man bei sich tragen kann und womit man dem Nächsten schaden kann. Diesen allgemeinen Sinn deutet Paulus auch im c. 4 unseres Titels an mit den Worten: „aliquo genere teli“.

5. Ein weiteres Delikt, welches unter den Tatbestand der lex Cornelia gezogen wurde, war der Mord schlechthin. Ulpian und Paulus überliefern uns übereinstimmend, wenn auch in umgekehrter Reihenfolge, daß die lex sich sowohl auf das Banditenverbrechen als auf den Mord schlechthin erstreckt habe. Die Ansicht Mommsens⁴, daß das Gesetz ursprünglich speziell bloß gegen die Meuchelmörder und Banditen (*sicarii*) gerichtet gewesen sei, daß demnach namentlich die im Hause

¹ Näheres bei Zumpt, Kriminalrecht II 2, 12.

² Römisches Strafrecht 629.

³ Nov. XVII, c. 17.

⁴ A. a. O. 629 630. Schon Rein (Kriminalrecht 415) hatte behauptet, daß die lex Cornelia erst in der Kaiserzeit zu einem allgemeinen Gesetz über Mord erhoben worden sei.

des Mörders begangene Mordtat nur ausnahmsweise unter den Wortlaut des Gesetzes fiel, daß erst später das Gesetz im weiteren Umfange zur Anwendung gekommen sei, erscheint daher, glaube ich, hinfällig. Cicero (*pro Mil.* IV, 11), auf den Mommsen zunächst sich beruft, kann bei solchen juristischen Unterscheidungen als Kompetenz nicht angesprochen werden, da dem Redner vieles erlaubt ist. Die Hintanstellung des Mordes ferner bei Ulpian, auf welche Mommsen¹ Gewicht legt, wird einmal ausgeglichen durch die Voranstellung bei Paulus². Andererseits ist es doch auch wieder ganz natürlich, daß im Texte des Gesetzes (tit. I, c. 3) das Banditenverbrechen an erster Stelle genannt wird, da eben gegen dieses in erster Reihe die lex erlassen war. Das Banditenverbrechen war gleichsam eine moderne Auflage des Mordes und sollte als am meisten empfundene Plage zunächst ausgerottet werden³. Endlich darf auch die Benennung des Gesetzes „*De sicariis*“ nicht zur Annahme Mommsens verleiten⁴, da doch nicht alle Deliktskategorien der lex im Titel aufgeführt werden konnten. Außerdem kann aus dem Worte „*sicarius*“ an sich nicht viel gefolgert werden, da es schon früh den Mörder überhaupt bezeichnete⁵.

6. Ferner bedroht die lex Cornelia nach der Angabe des Paulus (c. 2) denjenigen, „*qui venenum hominis necandi causa habuerit, vendiderit, paraverit*“. Wenn wir noch das „*dederit*“, welches uns Cicero überliefert⁶, hinzunehmen, so fiel unter die sullanische lex sowohl der Giftmord, als auch das Bereiten und Feilhalten von Gift. Wie wir aus I. 3 Pr. D. XLVIII, 8 ersehen, behandelte das fünfte caput der lex unsere beiden Delikte.

¹ A. a. O. 630 A. 1.

² Auch § 5 Inst. IV 18; I. 1 Pr. D. XLVIII 8 stellen den Mord voran.

³ „Vernünftigerweise hätte Sulla sonst mit dem allgemeinen Begriff des Mörders anfangen und dann erst den Meuchelmörder erwähnen müssen.“ Zumpt, Kriminalrecht II 2, 11.

⁴ A. a. O. 630 A. 1.

⁵ Vgl. Zumpt a. a. O. 11.

⁶ Bruns, Fontes I 93. Vgl. auch I. 1, § 1, D. XLVIII, 8.

Was nun zunächst den Giftmord betrifft, so erscheint er neben dem Morde schlechthin („qui hominem occiderit“) als eine besondere Spezies. Es lag in der Natur der Sache, daß in früherer Zeit das gewaltsame Erschlagen die regelmäßige Tötungshandlung war. Darauf weisen die Worte „caedere, occidere“ hin, womit damals das Morden bezeichnet wurde. Caedere bedeutet nämlich das gewaltsame Niederschlagen, das Töten mit der Hand, mit einem Knüttel, Stein oder sonst einer Waffe (I. 1, § 17, D. XXIX, 5)¹. Verschieden davon war der Begriff des „necare“, womit ein Töten „sine ictu“ bezeichnet wurde². Ein anderer, sehr alter, da schon in der ersten lex Numae uns als originär überlieferter Ausdruck war „morti dare“, womit eben nur das Befördern vom Leben zum Tode gemeint war. — Offenbar sollte in dem angeführten Königsgesetze die ganz neutrale Wendung „morti dare“ jede Modalität der Tötungshandlung einschließen. Als nun der erste Fall des Giftmordes vorkam — und dieses Verbrechen war bei den Römern oder vielmehr bei den Römerinnen sehr früh bekannt³ — wird man ihn sprachlich nicht mit „caedere“ ausgedrückt haben. Später aber wurde „occidere“ auch auf den Giftmord angewendet⁴. So gebraucht Labeo (I. 9, Pr. D. IX, 2) von der Vergiftung eines Weibes durch eine Hebamme, falls das Gift nur unmittelbar dem Opfer beigebracht worden ist („si quidem suis manibus supposuit“) das Wort „occidere“, unterstellt also das Vergiften dem gesetzlichen Ausdrücke „occidere“ und gibt, genau wie beim „occidere“,

¹ A. Pernice, Sachbeschädigung 149, woselbst weitere Quellenliteratur angegeben ist.

² Festus s. v. „occisum“ bei Bruns a. a. O. II 19: „Occisum a necato distingui quidam, quod alterum a caedendo atque ictu fieri dicunt, alterum sine ictu.“

³ Vgl. Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 219 A. 1 am Ende und die dort angegebene Literatur.

⁴ Paul. Sent. III, tit. 5 § 2: „Occisus videtur non tantum, qui per vim aut per caedem interfectus est, velut iugulatus aut praecipitatus, sed et is, qui veneno necatus dicitur.“

die actio directa. Labeos Ausdrucksweise ist dabei derartig, daß man annehmen muß, dieser unterschiedslose Gebrauch von „occidere per venenum“ und „necare per venenum“ sei längst eingebürgert. Das hindert natürlich nicht, daß auch noch später Gewaltmord und Giftmord sprachlich durch „caedes“ und „venenum“ einander gegenübergestellt werden (I. 7, § 1, D. XLVII, 10). — Aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß R. Loening¹ sich sowohl in der Bedeutung von „occidere“ wie von „morti dare“ geirrt hat, wenn er in „occidere“ „stets nur die durch gewaltsame Einwirkung der Körperkraft des Täters auf den Körper des Getöteten verübte Tötung“ sieht, und wenn er behauptet, daß „morti dare“ unter „caedere“ bei dessen spezifisch-technischer Bedeutung von Haus aus nicht mitbegriffen sein kann. Es fällt daher die ganze Hypothese zusammen, welche Loening aufgestellt hat zur Interpretation der ersten lex Numae, daß nämlich, während bis zum Erlaß dieser lex nur der gewaltsame Mord bestraft worden wäre, durch die Wendung der lex „morti dicit“ der Giftmord bezeichnet werden sollte, auf welchen die Straffolgen der caedes erstreckt wurden. Wie hätte auch das ganz farblose, ganz allgemeine „morti dare“ zu der spezialisierten Bedeutung des Giftmordes kommen können! — Hervorgehoben aber muß werden, daß der Text der lex Cornelia, soweit er die Vergiftung behandelt, immer nur das Wort „necare“ gebraucht, also den ursprünglichen Begriff desselben treu festgehalten hat. Soviel über die sprachliche Ausdrucksweise. — In der Überlieferung der zahlreichen Giftmordprozesse gegen Ehefrauen erscheint schon im Jahre 570/184 eine besondere quaestio veneficii. Aus dieser prozessualischen Absonderung können wir mit Fug schließen, daß der Giftmord neben dem Gewaltmord schon lange vor Sulla als eine besondere Spezies des Mordes anerkannt worden war. Ob aber schon vor der

¹ Zeitschr. f. d. ges. Str. RW VII 657 f.

lex Cornelia de sicariis¹ auch in materieller Beziehung eine gesetzliche Regelung des Giftmordes stattgefunden hatte, welche besonders wohl in einer qualifizierten Strafe zum Ausdruck hätte kommen müssen, ist sehr zweifelhaft. Es sei ferner darauf hingewiesen, daß die römische lex nur den Giftmord kannte, d. h. das Geben von Gift in der Absicht zu töten, nicht aber die Vergiftung im heutigen technischen Sinne. Der Text lautet nämlich²: „quicumque venenum malum hominis necandi causa . . . dederit.“ Unser R. Str. G. B. § 229 kennt bekanntlich bloß die qualifizierte Körperverletzung durch vorsätzliche Beibringung von Gift, um die Gesundheit eines andern zu beschädigen, während der Giftmord als eine besondere Spezies des Mordes verschwunden ist.

Neben dem Giftmorde zog die lex Cornelia unter ihren Tatbestand aber auch das Bereiten und Feilhalten von Gift und Giftmitteln, das sog. *veneficium*. Dieses Wort bedeutet durchaus nicht den Giftmord, ebensowenig wie *veneficus* in dem vollständigen Titel der lex der Giftmörder ist. Freilich gehen später bei Historikern und Juristen beide Ausdrücke oft ineinander über³. Als Tatbestandsmerkmal wird der *animus necandi* im Gewerbetreibenden scharf hervorgehoben. Es heißt in unserem Titel (c. 2): „qui venenum hominis necandi causa habuerit, vendiderit, paraverit.“ Daraus ergibt sich natürlich, daß *venenum*, an sich eine *vox media*, hier im schlimmen Sinne zu fassen ist. Die Kriminalisierung des *veneficium* als eines gemeingefährlichen Gewerbes im angegebenen Sinne ist durch unsere lex Cornelia erfolgt unter dem Drucke der Zeitverhältnisse.

7. In den Tatbestand der lex war ferner aufgenommen, wie Paulus (tit. I, c. 2) mitteilt, das wissentlich falsche Zeugnis

¹ Aus dem Zwölftafelkommentar des Gaius (I. 236 Pr. D. L, 16) kann man nichts schließen. ² Bruns, Fontes I 93.

³ So ist auch der Ausdruck „*quaestio veneficii*“ zu erklären anstatt „*quaestio veneni*“, wie Cicero sie nennt in Koordination mit „*quaestio sicae*“. Vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht II 200 A. 3, 588 A. 3.

in einem Kapitalprozesse, wodurch der Tod eines Menschen herbeigeführt wird, ein Delikt, welches schon in der ältesten Rechtsordnung dem Morde gleichgestellt worden war¹, und endlich die *praestatio causae mortis* (tit. I, c. 2 a. E.). Was ist darunter in der sullanischen lex zu verstehen?

In den Rechtsquellen erscheint die Wendung: „*causam mortis praestare* (*praebere*)“ immer in einem bestimmten Verhältnisse zu „*occidere*“. Aber die Natur dieses Verhältnisses ist eine ganz verschiedene. Denn einmal heisst es (I. 15 D. XLVIII, 8): „*Nihil interest, occidat aliquis an causam mortis praebet*“, dann wieder (I. 7, § 6 D. IX, 2): „*Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit.*“ Vom sprachlichen Standpunkte aus ist zunächst zu bemerken, daß aus ersterer Stelle hervorgeht, es habe vorher sicher ein Unterschied bestanden. Wir werden also die Nivellierung des Unterschiedes, wie sie in ersterer Stelle gelehrt wird, einer späteren Zeit zuweisen müssen.

Als man daran ging, das erste caput der lex Aquilia, welches nur von „*occidere*“ spricht, zu interpretieren, begann man „*occidere*“ zu unterscheiden von „*causam mortis praestare*.“ Wann „*occidere*“ angenommen wurde und wann „*causam mortis praestare*“, zeigen die in dem Digestentitel „*Ad legem Aquiliam*“ (IX, 2) angeführten Beispiele. Das erstere lag vor, wenn der Täter durch widerrechtliche, sei es unmittlere oder mittelbare Einwirkung auf den Körper seines Opfers dieses zum Tode befördert hatte. Das war das aquilische *damnum iniuria corpori datum*, entweder *corpore*, d. h. unmittelbar, oder *alio modo*, d. h. mittelbar. Das „*causam mortis praestare*“ wurde darin gesehen, daß der Täter sein Opfer widerrechtlich durch seine Tätigkeit, ohne daß aber eine Einwirkung auf das *corpus* des Opfers geschah, also *non corpori*, in eine Lage brachte, von der er wußte, daß bei naturgemäßer Entwicklung der Dinge der Tod eintreten

¹ Mommsen, Röm. Strafrecht 635 A. 2.

mußte¹. Freilich konnte ein außergewöhnlicher, vom Täter nicht vorhergesehener Umstand jene Entwicklung unterbrechen, so daß der Tod nicht eintrat. Gerade darin lag die Unterscheidung von dem mittelbaren „occidere“. Ursprünglich war also nur anerkannt der offensichtliche Kausalzusammenhang; später konnte der Kausalzusammenhang auch erschlossen werden. Es genügte zum deliktischen Tatbestande, wenn der Täter „mortis causam praestitit“. Dieser materiellen Sonderung folgte eine prozessuale Scheidung. Im Falle des „occidere“ ging gegen den Täter die actio directa (in ius concepta²), im andern Falle die actio in factum concepta. Das entwickelte Recht schritt dann noch weiter vor: es sah nicht bloß in der physischen praestatio causae mortis den aquilischen Tatbestand verwirklicht, sondern auch in der intellektuellen und moralischen, mit andern Worten, auch der Anstifter, der Gehilfe wurde wie der Täter zur Verantwortung gezogen. So I. 11, § 1, D. IX, 2 (Gehilfe), und I. 37 Pr. D. h. t. (Anstifter, wenn auch noch nicht schlechthin). Voraussetzung dabei war, daß der Mitwirkende nicht bloß ein reines, d. h. willenloses Werkzeug in der Hand des Täters war³. Sonst lag nicht „causam mortis praestare“ vor, sondern occidere im mittelbaren Sinne.

Das Kriminalrecht hatte natürlich nichts mit der formalen Unterscheidung, wie sie in den verschiedenen Zivilklagen ex lege Aquilia zum Ausdruck kam, zu tun. Brauchbar und wertvoll war allein die Gleichung, zu welcher das fortgeschrittene Zivilrecht begrifflich gelangt war: „occidere“

¹ Es ist also nicht korrekt, wenn v. Liszt (Strafrecht 306) der „unmittelbaren körperlichen Tötung, dem caedere“, „die mittelbare Herbeiführung des Todes, das morti dare oder mortis causam praebere“ gegenüberstellt.

² Die Abgrenzung der Klagen ex lege Aquilia ist nicht genau zu erkennen. Vgl. Dernburg, Pandekten II 359 A. 4. Wenigstens wird die Einteilung, welche Justinian gibt (§ 16 Inst. IV 3), nicht konsequent innegehalten.

³ A. Pernice, Sachbeschädigung 152.

= „causam mortis praestare“, sei es physisch, sei es moralisch. Ulpian sagt daher kurz und bündig in Bezug auf das Strafrecht (I. 15 D. XLVIII, 8): „Nihil interest, occidat aliquis an causam mortis praebat.“ Ob durch unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf den Körper, oder durch Versetzen in eine todbringende Lage, ob durch physische oder intellektuelle bzw. moralische Tätigkeit, durch Täterschaft, Anstiftung, Gehilfenschaft die widerrechtliche Tötung begangen war, war belanglos: erforderlich war nur der dolus malus¹. — Das also ist der Sinn des „mortis causam praestiterit“ (tit. I, c. 2, § 1; c. 4) und des „cuius id dolo malo factum erit“ (tit. I, c. 3, § 1). Dabei war es ganz gleichgültig, ob es sich um Gewalt- oder Giftmord bzw. Giftmischerei handelte, wie aus Ciceros Rede pro Cluentio aus dem Jahre 688/66 deutlich hervorgeht. Sowohl der Freigelassene Scamander, welcher das Gift „gehabt“ hatte, d. h. bei dem es gefunden wurde, der es besorgt hatte, als C. Fabricius, welcher den Freigelassenen veranlaßt hatte, sich Gift zu verschaffen, wie endlich Oppianicus, der Urheber des ganzen Planes, wurden verurteilt².

8. Der Kompilator der Lex Dei setzt in tit. I an den Schluß des ersten Teils „De sicariis“, welchen er scharf absondert vom zweiten, die Definition, welche Paulus von „homicida“ gibt (tit. I, c. 4). Homicida ist sprachlich ein verhältnismäßig modernes Wort und bezeichnet nach seinem Literalsinn denjenigen, welcher einen Menschen mit Gewalt tötet³. Es wird also das bloße Faktum der gewaltsamen Tötung eines Menschen damit ausgedrückt: nach der subjektiven Seite liegt in dem Worte an sich nichts. Bald aber

¹ Mommsen, Röm. Strafrecht 627 A. 4. — Ganz unzulänglich erklärt die Digestenstelle L. Günther (Körperverletzung 179), indem er den Unterschied zwischen occidere und causam mortis praebere bloß in den verschiedenen Zeitpunkten des Eintritts des Todes sieht.

² Zumpt, Kriminalrecht II 2, 21.

³ Vgl. die obigen Ausführungen über caedere.

wurde es auch prägnant gebraucht, indem das Vorhandensein des dolus als eingeschlossen galt. So bedeutete homicida (bzw. homicidium) bald den Mörder (bzw. Mord), bald den gewalttätigen Totschläger (bzw. Totschlag). In diesem doppelten Sinne erscheint das Wort auch in der Lex Dei. Die Bedeutung von Mörder (bzw. Mord) eignet ihm tit. I, c. 6, §§ 2, 4; c. 7, § 1 (zweimal)¹; c. 8, § 1; tit. III, c. 2; tit. IV, c. 2, § 6; c. 9: „sine dubio iste pater homicida est“; c. 10. In dem Sinne von Mensehtötung schlechthin wird es gebraucht tit. I, c. 6, § 1; c. 10, § 1; tit. IV, c. 9: „nam lex ita punit homicidam, si dolo malo homicidium factum fuerit.“ — Paulus scheint, indem er in seiner Definition die Worte: „aliquo genere teli“ gebraucht, an einer gewissen Gewalttätigkeit als Begriffselement des homicidium festzuhalten, wozu ja auch die ursprüngliche Bedeutung von caedere, occidere anleitete. Später ist auch dieses Moment weggefallen, so daß homicida jedweden Mörder bedeutet. — Interessant ist, daß auch in dieser Definition das occidere dem causam mortis praestare vollständig gleichgestellt wird. — Daß endlich der Redaktor der Lex Dei unter „homicida“ den „Mörder“ versteht, ergibt sich unzweifelhaft aus der Plazierung des Exzerptes am Schlusse des ersten Teils: „De sicariis.“

9. Besonders wichtig ist das Kollationsexzerpt tit. I, c. 3 wegen der interessanten Aufschlüsse über den sullanischen Mordprozeß. Weil der Mord bei den Römern von Anfang an ein öffentliches Verbrechen gewesen ist, so mußten für die Verfolgung desselben staatliche Organe existieren. Es waren dies die sog. quaestores p̄ricidii. Die Frage ihrer Einsetzung, ob zur Königszeit, ob zu Beginn der Republik², ist für uns belanglos: sicher ist, daß sie schon lange vor

¹ Mommsen, Röm. Strafrecht 613 A. 2 am Eingange hat obige Stelle (= Paul. Sent. V 23, 3) versehentlich von der nicht beabsichtigten Tötung verstanden.

² Die Überlieferung über diese Frage stellt Mommsen (Röm. Staatsrecht II 523 ff) zusammen.

den XII Tafeln fungiert haben. Ihre Tätigkeit richtet sich nicht einzig auf die Verfolgung des Mordes, sondern auf die der Gemeindeverbrechen überhaupt¹.

Nachdem im Jahre 605/149 der damalige Volkstribun L. Calpurnius Piso durch Plebiszit für das Delikt der Beamtenernpressung das aus dem deliktischen Privatprozeß stammende Geschworenenverfahren, aber unter magistratischem Vorsitz eingeführt hatte, bürgerte sich diese neue Prozeßform auch bald ein für die Behandlung gemeiner, nicht privater Verbrechen. Die ständige Geschworenenkommission für Reputunden wurde so der Ausgangspunkt der quaestiones perpetuae überhaupt und damit des Kriminalprozesses der späteren Zeit. Pomponius (l. 2, § 32, D. I, 2) berichtet von Sulla, daß er die quaestio publica de sicariis eingesetzt habe². Naturgemäß mußte nunmehr die kriminalrechtliche Tätigkeit der alten quaestores p̄ricidii zurücktreten.

Es erscheint wohl unzweifelhaft, daß Sulla bei der Einrichtung der quaestiones perpetuae kein einheitliches Prozeßgesetzbuch (lex iudiciaria) gegeben, sondern daß jeder Gerichtshof seine Spezialprozeßordnung hatte³. Diese auf den ersten Blick befremdliche Erscheinung lag in der Natur der Dinge: denn wie hätte ein einheitliches, allgemeines Prozeßgesetz gegeben werden können für Gerichtshöfe, welche erst allmählich nach einander durch Spezialgesetze ins Leben gerufen wurden? Das schließt natürlich nicht aus, daß allen Spezialordnungen einige gleiche Gedanken zu Grunde lagen. Erwähnt sei das Prinzip der Akkusation seitens eines freiwilligen Anklägers der geschädigten Gemeinde oder Gesamtheit. Im einzelnen aber bestanden Verschiedenheiten. So gab Sulla auch

¹ Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 33 A. 2, am Anfang.

² Freilich lassen andere Nachrichten darauf schließen, daß der erste Mordprozeß vor einem Geschworenengerichte mit magistratischer Leitung schon früher verhandelt worden sei. Vgl. Mommsen, Röm. Strafrecht 203.

³ So Geib, Geschichte 172 f. Anderer Meinung ist Fritzsche, Die sullanische Gesetzgebung 26.

für die quaestio de sicariis eigene Prozeßvorschriften, deren Kenntnis wir zum größten Teile — denn auch Cicero pro Cluentio (54, 148) erwähnt einiges — dem Verfasser der Lex Dei verdanken.

Aus tit. I, c. 3 erfahren wir zunächst, was die Gerichtsverfassung betrifft, daß der Gerichtshof sich zusammensetzen solle aus einem Prätor als Vorsitzenden zur äußeren Prozeßleitung und einem Richterkollegium, aus Geschworenen bestehend, zur Urteilsfällung. Präsident sollte also sein ein Prätor, d. h. ein Magistrat mit imperium. Sulla hatte, um genügend Prätores zu haben, die Zahl derselben auf acht erhöht, von denen zwei Zivilprätores waren und sechs die Strafrechtspflege übten. Außer dem Prätor konnte nach dem Kollationsexzerpte Vorsitzender auch sein ein „iudex quaestionis“, einer der Geschworenen, also eine Privatperson. Dieser prozeßleitende iudex galt dann als quasi-magistratus¹. Die in der Großstadt Rom gerade zu jenen Zeiten so zahlreichen Prozesse jener Delikte, für welche die quaestio de sicariis kompetent war, Raub mit bewaffneter Hand, Mord, Brandstiftung usw., konnte unmöglich nur ein Prätor leiten². Ferner lag im Interesse der Strafrechtspflege die schnelle Aburteilung; daher mußten oft mehrere Prozesse gleichzeitig nebeneinander verhandelt werden. Es war also nur natürlich, daß neben dem Prätor auch andere Prozeßleiter zur Verfügung standen. — Nach dem Wortlaute der Lex Dei wurde die quaestio de sicariis ausgelost ebenso unter den Prätores wie unter den prozeßleitenden Geschworenen. Es heißt (tit. I, c. 3): „Is praetor iudexve quaestionis, cui sorte obvenerit quaestio de sicariis.“ Daraus ergibt sich, daß die dirigierenden Geschworenen, ebenso wie die Prätores, nicht für den einzelnen Prozeß pro casu ernannt wurden, sondern daß erstere wie letztere auf ein Jahr den Vorsitz in der quaestio, welche sie

¹ Mommsen, Röm. Staatsrecht II 589.

² Mommsen, Röm. Strafrecht 206.

erlost hatten, führten. Wenigstens wird das sicher der Fall gewesen sein bei der quaestio de sicariis. — Durch Los wurden ferner für den einzelnen Prozeß aus der Geschworenenliste die beisitzenden Richter bestimmt¹.

Die örtliche Zuständigkeit der quaestio de sicariis war nach dem Texte der Lex Dei auf das Stadtgebiet Rom beschränkt, d. h. auf die Hauptstadt und tausend römische Schritt im Umfang, also nicht ganz eine deutsche Viertelmeile, über den Mauerring hinaus². Die lex Cornelia bezeichnet dieses Gebiet technisch mit den Worten: „in urbe Roma propiusve mille passus“. Die Jurisdiktion der Mordquästion war also lediglich eine hauptstädtische.

§ 8. b) Die Strafen der lex Cornelia de sicariis.

1. Der Vorstellung von der Würde des civis Romanus und dem republikanischen Sinne der Römer widersprach es, Leibes- und Lebensstrafen an römischen Bürgern zu vollziehen. Schon die lex des ersten Konsuls P. Valerius Poplicola „de provocatione“ (245/509) hat Haupt und Rücken des römischen Bürgers dadurch sicher gestellt, daß sie den Konsuln die Verpflichtung auferlegte, der Provokation des Verurteilten an die Gemeinde in allen Fällen stattzugeben, wo nicht nach Kriegsrecht auf Todes- oder Leibesstrafe erkannt war. Nur das ganze Volk konnte also dergleichen Strafen auferlegen. Der Angeklagte konnte sich aber in allen diesen Fällen dem Urteilsspruche und der Strafe dadurch entziehen, daß er freiwillig in die Verbannung ging, bevor noch die letzte Stimmabteilung ihr votum abgegeben hatte. Durch diese Ausscheidung aus dem Staate wurde die Straffähigkeit ausgeschlossen. Alsdann sagte sich das Volk bestimmt und feierlich los von dem Angeklagten, indem ein Volksschluß demselben für alle Zukunft Dach, Feuer und

¹ Geib, Geschichte 308 ff.

² Mommsen, Röm. Staatsrecht I 67 A. 3.

Wasser untersagte. Das Volk sanktionierte damit hinterher das freiwillige Exil des Angeschuldigten. Ein Strafmittel war also diese *interdictio* in der älteren Zeit der Republik keineswegs.

Dieses Verhältnis änderte sich mit dem Aufkommen der *quaestiones perpetuae*. Als die Kriminaljurisdiktion von den Komitien an die Geschworenengerichte übergegangen war, konnte von diesen nicht mehr an das Volk appelliert werden. Um aber Leib und Leben des *civis Romanus* zu schützen, durften die *quaestiones perpetuae* überhaupt keine Todesstrafe verhängen, ausgenommen über den Mörder einer Nahperson. Als höchstmögliche Strafe findet sich die *aquae et ignis interdictio*. Wiederum ist es die *Lex Dei*, welche vornehmlich und ausdrücklich uns berichtet (tit. XII, c. 5, § 1), daß die *interdictio* die *poena legitima* der *lex Cornelia* gewesen ist. Wenn auch jenes Kollationsexzerpt in tit. XII von der Brandstiftung handelt, so wissen wir doch, daß jene Strafbestimmung auch für den Mord gegolten haben muß, da die *lex Cornelia de sicariis* auch die Brandstiftung umfaßte. Sulla hat also das Wesen der Interdiktion geändert, indem er sie aus einem administrativen Akte zu einem Strafmittel machte. So ist die *interdictio* die Strafe für Mord geblieben bis in die Kaiserzeit hinein.

Es ist interessant festzustellen, daß und inwiefern diese Interdiktion eine moderne Gestalt der alten Sazertät ist, welche bekanntlich in ganz früher Zeit die Reaktion gegen das Tötungsverbrechen darstellte. Die Sazertät bestand in dem Ausschlusse aus der Gesamtheit und der Überweisung von Person und Vermögen an die Rache der Götter mit der Rechtsfolge, daß jedermann den *homo sacer* rechtmäßig töten konnte. Er hatte nur nötig, die Tat des Getöteten, welche Sazertät nach sich zog, zu beweisen. Ganz analog war im Falle des Bannbruchs, d. h. der unbefugten Rückkehr des Interdizierten, *civis ex populo* die Tötung des Bannbrüchigen freigegeben. Das war die sog. *populare Exekution*. Der Bannbruch wurde als *perduellio* angesehen.

2. Die *lex Cornelia de sicariis* ist, auch in Bezug auf die Strafbestimmung der Interdiktion, in der Kaiserzeit mehrfach modifiziert worden. Einmal wurde unter dem Prinzipate die ständische Scheidung eingeführt, welche sich auf strafrechtlichem Gebiete ausprägte in einer in der personalen Stellung des Täters begründeten, gesetzlichen Strafungleichheit. Immer war natürlich schon unterschieden worden zwischen Freien und Sklaven¹: aber in der Kaiserzeit begann man die Freien wieder zu scheiden. Sie wurden in zwei Stände eingeteilt: die *honestiores*, die Standespersonen, und die *humiliores*, die geringen Leute. — Andererseits sehen wir, wie seit Tiberius als besondere Kapitalstrafe aufkommt die Deportation, d. h. der mit Verlust der Zivität und Konfiskation des Vermögens verbundene, zwangsweise Transport des Verurteilten an einen ihm zum lebenslänglichen Aufenthalt angewiesenen Ort, gewöhnlich eine Insel. Unschwer erkennen wir als Kern dieser Deportation die alte *aquae et ignis interdictio* wieder; allerdings stellt erstere eine außerordentliche Verschärfung letzterer dar. Anfangs bestand die *interdictio* noch fort neben der *deportatio*², allmählich ging jene in dieser ganz auf. Die Deportation wird einfach der Ersatz, die Nachfolgerin der Interdiktion genannt³.

3. Nach diesen Darlegungen ist es nur folgerichtig anzunehmen, daß in der Kaiserzeit auf die Begangenschaft der Delikte der *lex Cornelia de sicariis* als Strafe folgte die *deportatio*. Das sagt Paulus auch klar in unserem Titel c. 2, § 1: „*Lex Cornelia poenam deportationis infligit*.“ Natürlich hat nicht die von Sulla gegebene *lex* selbst die *poena deportationis* ausgesprochen, da diese zur Zeit des Erlassers der *lex* als Kapitalstrafe noch unbekannt war. Paulus hat eben die römische Sitte beibehalten, Modifikationen der *lex* unter

¹ Das lag in der Natur des Sklavenstaates.

² l. 8, §§ 1 2 D. XXVIII, 1; l. 1, § 2 D. XXXII, 1; § 2 Inst. IV, 18.

³ Z. B. l. 2, § 1 D. XLVIII, 19: „... postquam deportatio in locum aquae et ignis interdictionis successit.“

dem alten Titel einzuführen¹. Es würde damit die Frage nach der Strafe der lex Cornelia in der Kaiserzeit gelöst sein, wenn nicht der § 2 des Kollationsexzerptes eine Schwierigkeit schaffen würde. Der § 2 lautet: „Quae omnia facinora in honestiores poena capitis vindicari placuit; humiliores vero aut in crucem tolluntur, aut bestiis subiciuntur.“ Die ganze Fassung des § 2, besonders das „placuit“, deutet auf eine Neuerung gegenüber den bisherigen Bestimmungen hin. In § 1 hatte Paulus als Strafe der lex Cornelia bloß die deportatio genannt: in § 2 erwähnt er als Neuerung, daß die in der sullanischen lex begriffenen Delikte am Freien verschieden bestraft würden, je nach der ständischen Stellung des Täters; die honestiores wurden nämlich mit „poena capitis“ bestraft, die humiliores nach arbiträrem Ermessen des Strafrichters mit Kreuzestod oder in der Art der Volksestrichrichtung. Ob wir nun zwischen § 1 und § 2 einen Widerspruch werden annehmen müssen oder nicht, hängt von der Beantwortung der Frage ab: was ist hier in § 2 „poena capitis“? Ist sie die für die honestiores bestimmte, einfache Todesstrafe im Gegensatz zu der für die humiliores festgesetzten verschärften Todesstrafe, so daß die Neuerung sich nicht bloß auf die ständisch gegliederte, gesetzliche Strafunungleichheit bezogen hätte, sondern auch auf die Natur der Strafe selbst, indem die deportatio ganz abgeschafft worden und an ihre Stelle die Todesstrafe in allen Fällen getreten wäre —, oder aber ist „poena capitis“ die deportatio, so daß neben der ständischen Strafscheidung nur für die humiliores die Strafe selbst geändert, und zwar zur geschärften Todesstrafe gesteigert worden wäre? Rein², dem sich L. Günther³

¹ Eine ähnliche Interpolation sehen wir in § 4 Inst. IV, 18, wo die Todesstrafe für bestimmte geschlechtliche Delikte auf die lex Iulia de adulteriis coercendis zurückgeführt wird.

² Kriminalrecht 421.

³ Wiedervergeltung Abt. 1, S. 140; Körperverletzung 246.

anschließt, Mommsen¹ verstehen unter „poena capitis“ tatsächlich die Todesstrafe. Damit kommt man aber in Widerspruch mit der klaren Angabe des Paulus in § 1, wonach die Strafe der lex Cornelia die deportatio gewesen sei. — Um diesen Widerspruch zu beheben, muß man entweder annehmen, daß die deportatio zur Zeit des Paulus schon von der Todesstrafe abgelöst worden sei, so daß die Worte in § 1: „lex Cornelia poenam deportationis infligit“ sich auf eine frühere Zeit beziehen, oder aber man muß die Existenz von drei Strafarten für die Freien behaupten, nämlich die Deportation, die einfache und die geschärfte Todesstrafe.

Was die erstere Annahme betrifft, so scheint es doch außer Zweifel zu sein, daß die deportatio zur Zeit des Paulus als Strafe für Mord durchaus nicht antiquiert war. Papinian z. B. erwähnt in unserer Lex Dei (tit. IV, c. 10) ausdrücklich die deportatio als Strafe für Mord: „... ut non quasi homicida puniatur capite vel deportatione.“ Ferner stimmt mit Paulus überein Marcian, welcher (l. 3, § 5, D. XLVIII, 8) sagt: „Legis Corneliae de sicariis et veneficis poena insulae deportatio est... Sed solent hodie capite puniri, nisi honestiori loco positi fuerint, ut poenam legis sustineant: humiliores enim solent² vel bestiis subici, altiores

¹ Römisches Strafrecht 943 A. 3, 1046 Zeile 4 von oben. — Mommsen ist aber in dieser Frage nicht konsequent. S. 631 f sagt er nämlich: „Nach dem kornelischen Gesetz kann die Strafe (für Mord), außer wenn der Mörder ein Unfreier war, keine andre gewesen sein als die Verbannung aus Italien, welche späterhin zur Deportation sich entwickelt. Diese ist noch im justinianischen Recht die ordentliche Strafe des Mörders; nur infolge der in der Spätzeit allgemein zur Anwendung kommenden ständischen Strafschärfung steigert sie sich gegen geringe Leute zur kapitalen.“ Ebenso S. 650: „In dem geschärften Strafsystem der Kaiserzeit wird für die Interdiktion auch hier bei Personen besserer Stände die Deportation substituiert, während bei geringeren die Todesstrafe eintritt, in schweren Fällen häufig in geschärfter Form.“

² In den neueren Digestenausgaben wird nach Vorgang von Schulting aus Paulus (Sent. V, 23, 1 = Coll. tit. I, c. 2, § 2) suppliert: „vel in crucem tolli.“

vero deportantur in insulam“, d. h. die Strafe der lex Cornelia ist die deportatio in insulam. Jetzt aber, also unter dem Prinzipate, wird die Todesstrafe verhängt, aber nicht allgemein, nicht über die honestiores; denn nur die humiliores pflegen den wilden Tieren vorgeworfen zu werden, die altiores werden in insulam deportiert, mit andern Worten: mit der ständischen Scheidung unter den Freien ist auch eine Spaltung der Strafe unter den Freien eingetreten — „pro qualitate dignitatis“ sagt Paulus (Sent. V, 22, 1) —, indem die geringen Leute die geschärfte Todesstrafe erleiden, die Standespersonen aber nach wie vor deportiert werden. Ja selbst noch Justinian (§ 7 a. E. Inst. IV, 18) erklärt die Deportation schlechthin als die Strafe der lex Cornelia „in liberos“, während die Strafe „in servos“ ultimum supplicium, also die geschärfte Todesstrafe sei. Allerdings war unter den christlichen Kaisern die Deportation allmählich immer mehr und mehr durch die Todesstrafe abgelöst worden.

Es bleibt noch die zweite Annahme von der Existenz der drei Strafarten übrig. Diesen müßten dann doch aber unter den Freien drei Klassen entsprochen haben. Tatsächlich konstruiert Rein¹ eine solche Skala: die altiores, welche die Deportation, die honestiores, welche die einfache, die humiliores, welche die geschärfte Todesstrafe erleiden sollten. Allein eine solche Dreiteilung der Freien ist in den Quellen nicht begründet. „Altiores“, „honestiores“, „splendidiores“, „honestiore loco nati“ (Coll. tit. XI, c. 8, § 3) usw. sind durchaus synonyme Ausdrücke für die privilegierten Standespersonen überhaupt. Die Zweiteilung, welche in dem „uterque ordo“ liegt, womit der Erbadel der Senatoren und der persönliche Adel der römischen Ritter bezeichnet werden, kommt strafrechtlich nicht in Betracht. Den Gegensatz zu den Standespersonen bildet die plebs, für welche sich ebenso mehrere Ausdrücke finden, wie „plebici“, „humiliores“, „tenuiores“,

¹ Kriminalrecht 421.

„humiliore loco nati“ (Coll. tit. XII, c. 5, § 1), ohne daß damit besondere Klassen bezeichnet werden sollten. Nach Reins Ansicht müßte es ja im Rom der Kaiserzeit vier Personalklassen gegeben haben: die altiores, die honestiores, die humiliores und die servi. Allein es hat zweifellos nur drei Klassenunterschiede gegeben: Standespersonen, geringe Leute und Unfreie. Zur Evidenz folgt dieser Satz aus der übersichtlichen Zusammenstellung, welche Mommsen¹ gibt auf Grund des V. bzw. II. Buches der Sententiae des Paulus. In diesem Abrisse des römischen Kriminalrechts treten uns nur immer zwei Klassen von Freien entgegen, welche trotz derselben deliktischen Begangenschaft bei bestimmten Delikten eine verschiedene Bestrafung erleiden, je nachdem sie zu den honestiores oder humiliores gehören. Dabei ist zu bemerken, daß, wenn die humiliores zur geschärften Todesstrafe verurteilt wurden, der Strafrichter innerhalb dieses Strafmaßes die freie Wahl hatte, zum Kreuzestode oder zur Volksfesthinrichtung zu verurteilen². Man würde also irren, wollte man glauben, daß z. B. bei Paul. Sent. V 22, 1 das zweite „aut“ auf eine besondere Personalklasse hindeute. Auch die Worte in unserem Kollationsexzerpte (tit. I, c. 2, § 2): „humiliores vero in crucem tolluntur aut bestiis subiciuntur“ weisen zwingend auf das arbiträre Ermessen des Strafrichters innerhalb derselben Personalklasse und derselben Strafe hin.

Es folgt also aus dem Bisherigen, daß die Strafe, welche der Freie erlitt, bei Mord, die deportatio oder die geschärfte Todesstrafe war, je nachdem er zu den honestiores oder humiliores gehörte. — Können denn nun aber die Worte „poena capitis“, welche Paulus in unserem Exzerpte gebraucht, überhaupt ein terminus für Deportation sein? „Poena capitis“ bedeutet in der Sprache der römischen Kriminalisten neben Todesstrafe unzweifelhaft auch die strafrechtliche Aberken-

¹ Röm. Strafrecht 1044—1049.

² Vgl. Paul. Sent. V, 23, 17: „... summo supplicio affici placuit, id est bestiis obici aut cruci suffigi.“

nung der civitas bzw. der civitas und libertas. Daher kann die deportatio mit vollem Recht eine poena capitis genannt werden, da sie stets mit Entziehung des Bürgerrechtes verknüpft war, und im Falle der unbefugten Rückkehr der Deportierte der popularen Exekution anheimfiel, die Deportation also insofern sogar eine bedingte Todesstrafe war. Ja der Wortlaut der lex Cornelia de sicariis, wie er in unserem Titel c. 3, § 1 angegeben wird, sagt uns klar, daß schon die von der sullanischen lex selbst vorgesehene Strafe, also die Interdiktion, die Vorgängerin der Deportation, als eine kapitale angesehen wurde. Es heißt dort nämlich von der quaestio de sicariis: „quaerito de capite eius.“ Sulla hatte also schon die Interdiktion zu einer kapitalen Strafe verschärft, welcher Charakter besonders im Falle des Bannbruchs durch die Rechtmäßigkeit der popularen Exekution zum Ausdruck kam. Auch terminologisch steht daher nichts entgegen, in unserer Stelle unter „poena capitis“ die Deportation zu verstehen. —

Endlich empfiehlt es sich, zur Aufklärung der Schwierigkeit die Sentenzen des Paulus, denen ja unser Exzerpt entnommen ist, in Bezug auf unsern Kontroverspunkt sich näher anzusehen. Unter allen denjenigen Delikten, deren Bestrafung ständisch so geschieden ist, daß die honestiores deportiert werden, die humiliores aber die geschärfte oder einfache Todesstrafe erleiden, finden sich nur zwei, wo es von den honestiores heißt: „capite puniuntur“ anstatt „deportantur“, nämlich das Verbrechen der minder schweren Magie (Sent. V, 23, 16) und das Majestätsverbrechen (ebd. V, 29, 1). Mommsen¹ versteht unter „capite puniuntur“ auch hier die einfache Todesstrafe. Allein die Analogie mit den andern Delikten derselben Art und Bestrafung fordert meines Erachtens, daß auch bei den beiden oben genannten Delikten die Strafe der honestiores die Deportation sei. So heißt es bei der Grabschändung (ebd. V, 19 A), der Volksaufwieglung

¹ Röm. Strafrecht 1045 Zeile 5 von oben.

(ebd. V, 22, 1), der Münz- und andern Fälschung (ebd. V, 25, 1), daß die honestiores „in insulam deportantur“, die humiliores „in crucem tolluntur aut bestiis obiciuntur.“ So heißt es ferner bei der Sektenstiftung (ebd. V, 21, 2), bei Kastration wider Willen des Kastrierten (ebd. V, 23, 13), bei Besitz von Zauberbüchern (ebd. V, 23, 18), bei falschem Zeugnis (ebd. V, 25, 2), bei Führung falscher Standesabzeichen (ebd. V, 25, 12), bei schwerer Vergewaltigung (ebd. V, 26, 1), bei Beschneidung eines nichtjüdischen Sklaven durch Juden (ebd. V, 22, 4)¹, daß die honestiores deportiert würden, die humiliores mit dem Tode bestraft würden. Zudem wird beim Majestätsverbrechen (ebd. V, 29, 1) ausdrücklich auf die Interdiktion hingewiesen als die frühere gemeinsame Strafe für alle Bürger. Wir haben aber schon oben gesehen, daß bei der späteren Strafscheidung unter den Freien an die Stelle der Interdiktion für die honestiores die Deportation getreten ist, während die humiliores die Todesstrafe erleiden, die einfache bzw. die geschärfte. Auch aus den Sentenzen des Paulus geht dies, wie gezeigt, unwiderleglich hervor. Was aber den Fall der minder schweren Magie betrifft, so berichtet uns Dio Cassius (LXXVIII, 17), daß ein gewisser Sempronius Rufus, welcher seiner Beschäftigung nach „φαρμακευτής καὶ γόης“ war², wegen seiner Magie von Severus im Jahre 214 auf einer Insel interniert wurde³, also nicht mit dem Tode bestraft wurde.

Nach alledem ist, glaube ich, der Schluß ein zwingender, daß in unserem Kollationsexzerpte Paulus unter der „poena capitis“ in § 2 die in § 1 genannte „deportatio“ verstanden wissen will. Diese Deutung fällt auch in die allgemeine Tendenz der Regierung des Prinzipats, welche dahin ging, die

¹ Im Texte bei Paulus heißt es bloß: „aut deportantur aut capite puniuntur.“ Das „aut — aut“ ist hier sicherlich nicht von der alternativen, richterlichen Strafbemessung zu verstehen, sondern von der Standesverschiedenheit.

² „Veneficus et magus.“

³ Vgl. Boissevain, Ausgabe III 396.

römischen Bürger der höheren Stände nicht am Leben zu strafen. Noch Hadrian bestimmte ja, daß die Todesstrafe an einer Standesperson nur dann vollzogen werden sollte, wenn es sich um einen decurio, die niedrigste Kategorie der honestiores, und um den Nächstenmord, das parricidium der späteren Zeit handelte (l. 15, D. XLVIII, 19)¹.

Allerdings muß zugegeben werden, daß die sprachliche Darstellung des Kollationsexzerptes zu unserer Deutung nicht recht passen will. Warum sagt Paulus nicht gleich in § 1, daß zu seiner Zeit die honestiores deportiert, die humiliores ans Kreuz geschlagen wurden? Warum substituiert er in § 1 der poena legitima, der Interdiktion, erst die Deportation, um dann in § 2 nochmals ausführlich auf die Sache einzugehen? Vielleicht war unser jetziger § 2 ursprünglich nur eine gar nicht für den Text berechnete Schluß- oder Randbemerkung. Jedenfalls ist der Gedankengang bei Paulus in unserem Exzerpte genau derselbe wie in der oben S. 87 besprochenen Stelle seines Zeitgenossen Marcian.

§ 9. c) Dolus und culpa, die Schuldformen des Tötungsverbrechens in der Lex Dei.

1. Obschon der Satz: „Kein Übel ohne Schuld“ zu den Maximen unserer sittlichen Weltanschauung gehört, so hat doch, wenigstens in den Anfängen der menschlichen Entwicklung, diese Wahrheit noch keine Anerkennung gefunden. Die Tatsache allein, daß Schmerz erlitten worden ist, veranlaßt die Zufügung von Übel und Leid. Auch das Zufallsvergehen wird bestraft. Gewürdigt wird nur der in der Person und in dem Vermögen des Verletzten eingetretene Erfolg, nicht die Ursache, welche in dem tätigen Subjekte wirksam ist. Bloß der Schmerz und die Leidenschaft beherrschen den Angegriffenen. Das Moment der Verschuldung bleibt unbeachtet. Die äußere Tat als solche entscheidet, ohne irgend welche

¹ Man vergleiche auch noch die für unsere Darlegung instruktive Stelle l. 28, § 9, D. XLVIII, 19.

Beziehung zu dem Willen des Täters. Es trifft daher den Unschuldigen wie den Schuldigen in gleicher Weise Strafe. So läßt sich aus Cicero pro Tullio § 51 die Anschauung der „maiores“ eruieren: „ut ab homine fortunae, non consilii poena repetatur“. Das ist noch die Stufe der materiellen Talion, wo das Rechtsgefühl in der Reaktion gegen das Unrecht sich zwar schon bemerkbar macht, aber noch ganz im Affekt befangen ist, das ist noch die Periode des Waltens der Leidenschaft des Individuums, wo noch die objektive Macht des staatlichen Gesetzes fehlt. Es liegt zudem im Wesen der materiellen Talion, daß sie in ihrer konsequenten Durchführung auf die in der Person des Täters wirksamen Momente keinerlei Rücksicht nimmt, sondern die objektive Tat rein äußerlich vergelten will.

Wir haben in Bezug auf das Tötungsverbrechen in § 2 gesehen, daß es auch auf dem Boden Latiums eine solche Periode rein äußerlicher Vergeltung gegeben hat, die der Blutrache. Einerseits war eine kritische oder ethische Würdigung der Tat anfangs unbekannt; denn die gens des Erschlagenen trat in jedem Falle für ihren Genossen ein. Andererseits ging die Repression des Tötungsverbrechens lediglich vom Geschlechtsverbande aus.

2. Nach beiden Seiten hin trat mit dem Emporkommen der staatlichen Gewalt in Rom eine Änderung ein. Von staatlichen und religiösen Motiven geleitet legten die Römer von den Anfängen ihres Staatswesens an die Reaktion gegen das Tötungsverbrechen in die Hand des Staates. Der Mord wurde als ein öffentliches Verbrechen angesehen. Dann aber zeigte sich sehr früh auch eine sittliche Qualifizierung der Tötungstat in der Person des Täters. Die Anfänge dieser subjektiven Auffassung liegen auf sakralrechtlichem Boden. Allerdings mußte immer noch bei jedem Bruche der Rechts- und Friedensordnung eine expiatio zur Versöhnung der Götter stattfinden, auch wenn die Erfüllung der Pflicht einfach unmöglich war, der vovens z. B. vorzeitig gestorben war. Inso-

weit blieb die alte, rein materielle Würdigung der Tat bestehen. Die Neuerung aber zeigte sich darin, daß nur derjenige, welcher „prudens“ d. h. mit Vorsatz die verbotene Tat begangen oder die gebotene Tat unterlassen hatte, unsühnbar war, sich durch das Mittel der expiatio nicht lösen konnte. So sagt der pontifex Scaevola¹ bezüglich der Heilighaltung der Festtage: „Qui talibus diebus imprudens aliquid egisset, porco piaculum dare debere, prudentem expiare non posse.“ Diese Differenzierung der Tat, ob vorsätzlich oder nicht vorsätzlich, drang in das Strafrecht ein und zeigte sich zunächst bei der Beurteilung des Tötungsverbrechens, welches ja noch lange den Zusammenhang mit dem Sakralrechte bewahrte. So sehen wir in der zweiten lex Numae und in den XII Tafeln (tab. VIII) eine differenzielle Behandlung der Tötungstat, je nachdem, wie man später sagte, die Handlung „prudenter“ oder „imprudenter“ verübt worden war. Sakralrechtlich betrachtet, war diese Unterscheidung ganz logisch: denn eben nur die prudentia, der böse Vorsatz, führte die furchtbare Wirkung der Unsühnbarkeit herbei. Alle andern Übertretungen und Unterlassungen waren, da ihnen die prudentia fehlte, sühnbar. Die sakralrechtliche Auffassung war daher eine kontradiktorische: war die Tat nicht prudenter begangen, so mußte sie eben imprudenter begangen sein. Eine nähere Bestimmung und Beziehung des Willens zur Tat im Falle der imprudentia war ganz überflüssig, da die expiatio eben nur an der Tat haftete und daher in jedem Falle erforderlich war. So kam im Sakralrecht eben alles nur auf die Frage an, ob der Täter „prudens“ gehandelt habe.

3. Aus dem Sakralrecht wurde diese kontradiktorische Beurteilung ins Strafrecht übernommen. Speziell kannte die lex Cornelia de sicariis nur eine Schuldform, den dolus malus, wie er genannt wurde, den bösen Vorsatz. War der dolus im Täter nicht nachzuweisen, so galt die Tat als herbei-

¹ Macrobius, Saturnal. I, c. 16, § 10.

geführt durch „casus“, war also subjektiv nicht zurechenbar. Unter „casus“ ist hier aber nicht etwa der spätere „Zufall“ zu verstehen, sondern der Gegensatz zum dolus, das weite Feld der Negation des dolus. Die Kongruenz der Auffassung der sullanischen lex mit dem Sakralrechte ist also evident. Auf dem Gebiete des „casus“ wurden weitere Unterschiede ebensowenig gemacht, wie auf dem der imprudentia. — Dem materiellen Rechte folgte das formelle. Der Prozeß der quaestio de sicariis war ein starrer: er endete bei bewiesenem dolus mit Kondemnation, bei nicht bewiesenem mit Absolution.

4. Allein die kritiklose und unveränderte Herübernahme sakralrechtlicher Ideen in das staatliche Strafrecht mußte eine Reaktion herbeiführen. Die Erfahrung lehrte doch, daß in vielen Fällen die Tötungstat begangen worden war unter Umständen, welche einerseits wohl den dolus ausschlossen, andererseits aber doch offenbar eine Verschuldung erkennen ließen¹. Man mußte also zur Überzeugung kommen, daß manchmal weder die völlige Straflosigkeit berechtigt war, noch aber auch die ganze Strenge des Gesetzes. Unter der Herrschaft des unbiegsamen Quästionenprozesses aber war es unmöglich für die Richter, innerhalb der Negation des dolus die offenbar vorhandene Verschuldung strafrechtlich zum Ausdruck zu bringen; denn sie mußten sich an die Schablone der absoluten lex halten. Dieser Formalismus mit seiner Gebundenheit, welcher im Zivilrecht längst überwunden war, indem die ebenfalls auf einer lex beruhenden und strikte auf dem Wortlaut derselben festgelegten² legis actiones von der formula abgelöst worden waren, mußte allmählich verderblich, ja zerstörend auf das Rechtsbewußtsein wirken. Jedes Schema

¹ So in dem l. 7 D. XLVIII, 8 angegebenen Beispiele, wo jemand Bäume beschneidet, die Passanten aber nicht aufmerksam macht, und auf diese Weise verschuldet, daß ein herabfallender Ast einen Menschen erschlägt. „Ad huius legis coercionem non pertinet“ heißt es trotzdem vom Täter mit Bezug auf die lex Cornelia.

² Gaius, Inst. IV, 11.

entbehrt der individuellen Behandlung und kann der ethischen Beurteilung des Täters nicht gerecht werden. Freilich kann der Strafrichter nur über Verbrechen im formalen Sinne urteilen: aber einer guten Strafgesetzgebung wird das Ideal voranleuchten, die Distanz zwischen der ethischen und juristischen Beurteilung immer mehr zu verkleinern, wenn anders man das Strafrecht nicht von seiner Lebensgrundlage, der Ethik, abheben will.

5. Gelockert wurde die Fessel des Formalismus, als unter dem Prinzipate die souveräne Macht des Volkes immer mehr gebrochen wurde, der Absolutismus immer mehr erstarkte. Das Volk, welches früher in den Komitialgerichten die Strafgerichtsbarkeit ausgeübt hatte, hatte die Quästionenrichter, als die Strafrechtspflege an diese übergang, an die *leges* gebunden. Die Kognition der Delikte konnte und sollte nur „*intra ordinem iudiciorum publicorum*“ stattfinden, d. h. auf Grundlage der Volksschlüsse. Unter den Kaisern aber bewegte sich die kriminelle Kognition auch „*extra ordinem*“. So begann das Quästionenverfahren allmählich zu verschwinden. Bisher hatte der Grundsatz gegolten: „*Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*“; es hatte also nur Verbrechen im formalen Sinn und *poenae legitimae* gegeben; bisher war also der Strafrichter nur Anwender des Gesetzes gewesen; unter dem Prinzipate konnten auch Verbrechen zur Aburteilung gelangen und Strafen verhängt werden, von welchen in den *leges* keine Rede war. Es entstand eine neue Klasse von Verbrechen, die *crimina extraordinaria*. Der Strafrichter konnte strafen auch bloß „*ad exemplum legis*“ (I. 7, § 3 D. XLVIII, 4). Naturgemäß beeinflusste diese Neuerung auch die ganze Beurteilung des subjektiven Tatbestandes. Prozessual wurden nunmehr in der Person des Täters alle Umstände berücksichtigt. Man strebte nach einer der sittlichen Schuld möglichst adäquaten strafrechtlichen Qualifizierung der Straftat. Lag dem Verbrechen kein *dolus* zu Grunde, widersprach jedoch die für diesen Fall in der *lex* vorgesehene Frei-

sprechung der moralischen Bewertung der Tat, so statuierte man eben in der Kaiserzeit einen geringeren Grad strafrechtlicher Verantwortlichkeit und verhängte eine mildere Strafe.

6. Der tit. I der Lex Dei bietet uns in Bezug auf das Tötungsdelikt eine reiche Fundgrube von Bausteinen, um jene eben geschilderte, neue Entwicklung des römischen Kriminalrechts darzustellen. Besonders gestaltet sich der zweite Teil, welcher vom Redaktor vom ersten scharf geschieden wird durch die Überschrift: „*De casualibus homicidis*“, zu einem Überblick, wie unter dem Prinzipate die *lex Cornelia de sicariis* auch in Bezug auf die subjektive Zumessung der Tat modifiziert worden ist und zwar dahin, daß neben der dolosen Tötung die kulpöse allmählich den Charakter eines *delictum sui generis* angenommen habe.

Das in unserem Titel mitgeteilte Gesetzesmaterial erstreckt sich der Zeit nach von Hadrian bis Diokletian, von welchem letzterem in c. 10 eine Konstitution aus dem Jahre 290 angeführt wird. Es werden im ganzen erwähnt fünf Konstitutionen, in welchen die Kaiser Hadrian (c. 6 u. 11), Caracalla (c. 8), Alexander Severus (c. 9) und Diokletian (c. 10) in der Form von Reskripten auf vorangegangene Konsultation hin¹ über einen konkreten Fall der Tötung judizieren, besonders mit Bezug auf die Schuld des Täters.

7. Wenn wir uns die einzelnen kaiserlichen Entscheidungen näher ansehen, so steht das erste Reskript Hadrians c. 6 zwar noch auf dem Boden der kontradiktorischen Auffassung von der dolosen und nicht dolosen Tötung, wie sie die ursprüngliche *lex Cornelia* beherrschte, aber bereits, wie ich glaube, mit einer beachtenswerten Abweichung. War der *dolus* nicht nachzuweisen, so hätte der Täter nach der sullanischen *lex* freigesprochen werden müssen, Hadrian aber sagt, daß der Täter, wenn er keinen *dolus* hatte, „*absolvi solet*“ (c. 6, § 2). Es scheint danach zur Zeit Hadrians Fälle

¹ Coll. I, c. 11, § 2: „*Verba consultationis et rescripti ita se habent.*“
Trieb, Studien zur Lex Dei. I. 97

gegeben zu haben, in denen nicht mehr durchaus eine glatte Freisprechung erfolgte, wenn „casus“ vorlag. Hierin zeigt sich aber das Aufkeimen einer neuen Schuldart¹. — Ähnlich verhält es sich mit dem Reskripte des Alexander Severus aus dem Jahre 222 (c. 9). Auch hier kommt das crimen nur zu stande, wenn dolus vorhanden ist (voluntas occidendi). Hat der Täter nicht dolos gehandelt, dann „minime perhorrescat“. Aber zwischen den Zeilen des zweiten Satzes ist deutlich herauszulesen, daß der „casus“ nicht mehr notwendig und in jedem Falle zur Freisprechung führte, daß man also im „casus“ eine Schuldform eingeschlossen glaubte. Der zweite Satz, welcher den ersten durch das „ceterum“ einschränken will, lautet nämlich: „Ceterum ea, quae ex improvise casu potius quam fraude accidunt, fato plerumque, non noxae imputantur.“ Der „improvise casus“ und das „fatum“ umfassen also sicher mehr als den unvorhergesehenen Zufall und das blinde Geschick. — Dasselbe wird zu sagen sein von dem Reskripte Diokletians aus dem Jahre 290, welches wir im folgenden caput (c. 10) finden. Auch hier bezeichnet der „casus fortuitus“, welcher im Gegensatz zur „voluntas“ eingeführt wird, nicht bloß den zufälligen Unfall, sondern involviert immerhin eine Unachtsamkeit des Täters, da ja der Tod „calcis ictu“ herbeigeführt wird. Weil aber der Täter nicht dolos gehandelt habe, so solle er sich keine Sorge machen, daß ihm ein „discrimen“ bevorstände, wie es die „admissa (sc. voluntate) res“ ihm bereitet hätte. Auch hier ist meines Erachtens eine neue Schuldart neben dem dolus angezeigt.

Unverkennbar tritt diese hervor in einem zweiten Reskript Hadrians (c. 11). Dieses für die Dogmengeschichte des römischen Strafrechts so wichtige Exzerpt verdanken wir dem Redaktor der Lex Dei; denn die Digesten überliefern uns nur

¹ Deutlicher meldet sich eine neue Schuldart an in der allerdings stark interpolierten Wiedergabe des Hadrianschen Reskriptes durch Marcian (l. 1, § 3 D. XLVIII, 8), wo es „absolvi posse“ heißt.

die zwei Schlusssätze und zwar in einer den historischen Ursprung vollständig verwischenden Form (l. 5, § 2 D. XLVIII, 19). Der Tatbestand, welcher dem Reskripte zu Grunde lag, war folgender. In der Provinz Baetica in Spanien war jemand durch den Mutwillen eines andern ums Leben gekommen. Von dolus war nach Lage des Falles keine Rede. Dennoch hatte der Prokonsul nicht auf Freisprechung erkannt, sondern geglaubt, den Täter mit fünfjähriger Relegation und einer Abfindungssumme an den armen Vater des Opfers bestrafen zu müssen. Der Täter habe, so führt der Prokonsul begründend aus, durch seine „cupiditas“ immerhin eine „culpa“ auf sich geladen, und da habe er, der Prokonsul, geglaubt einschreiten zu müssen, auf daß die Altersgenossen aus der Bestrafung eine heilsame Lehre ziehen. Der Kaiser bestätigte das Urteil, indem er anerkennend bemerkt, daß der Prokonsul die Strafe auf das richtige Maß der Schuld zurückgeführt habe¹. — Was endlich das Reskript Caracallas aus dem Jahre 215 betrifft, welches wir in c. 8 finden, so dürfte der Kaiser bei seiner Entscheidung ebenfalls wohl einen geringeren Grad von Schuld im Täter für möglich gehalten haben als den dolus. Indem der Kaiser den Täter, der beschuldigt war eine Frauensperson getötet zu haben, an den Statthalter verweist, bemerkt er den Bittstellern, daß, wenn der Beschuldigte vor dem Statthalter beweisen könne, daß er „non occidendi animo“ die Tat begangen habe, ihn die Strafe für Mord nicht treffe, sondern der Statthalter würde alsdann das Urteil fällen „secundum disciplinam militarem“. Es handelt sich hier also

¹ Vom Standpunkte des heutigen Strafrechts würde der obige Fall allerdings nicht unter die Rubrik „casuale homicidium“ subsumiert werden können, wie der Kompilator der Lex Dei es tut. Der Verletzte stirbt an den erhaltenen Wunden erst nach fünf Tagen. Wir würden das Delikt als Körperverletzung mit tödlicher Folge ansprechen müssen (§ 226 R. Str. G. B.). Dieses Delikt ist erst sehr spät in seiner Selbstständigkeit erkannt worden, und auch heute noch ist oft, wenigstens materiell, die Grenze zwischen Totschlag und Körperverletzung mit tödlicher Folge schwer zu ziehen.

nicht um die Kriminaljustiz des Statthalters, welche aus seinem imperium floß, sondern um die Handhabung der disciplina militaris, wie ja auch die Bittsteller Soldaten sind und wohl ebenfalls der Täter („frater vester“ im uneigentlichen Sinne = Kamerad). Es ergibt sich für unsere Untersuchung aus diesem Exzerpt, daß auch bei nicht bewiesenem dolus der Statthalter nach der militärischen Disziplin einschreiten solle. Der Kaiser muß also doch wohl neben dem dolus noch eine andre geringere Schuldform mit leichterer Strafe im Auge gehabt haben. Diese Deutung wird unterstützt durch die Auffassung, welche die Redaktoren des Codex Justinianus von dem Reskripte Caracallas hatten. Durch die Inaugurationskonstitution „Haec“ vom Jahre 528 waren die Kompilatoren unter anderem bekanntlich angewiesen worden, mehrere ihrem Inhalte nach zusammentreffende Konstitutionen aus früherer Zeit in eine zusammenzuziehen (§ 2). Das taten sie in unserem Falle, indem sie das Reskript Caracallas vereinigten mit der bereits oben besprochenen Konstitution des Alexander Severus (c. 9), in welcher unzweifelhaft neben dem dolus eine schwächere Schuldform auftritt.

Dieser Auffassung der kaiserlichen Reskripte schließt sich Paulus an. In c. 7, § 2 behandelt er den sog. Raufhandel mit tödlichem Ausgang. Dieses Verbrechen, welches das moderne Strafrecht nicht unter „casuale homicidium“ einreicht, wie der Verfasser der Lex Dei, sondern unter „Körpervletzung“ (§ 227 R. Str. G. B.), bietet der rechtlichen Beurteilung noch heute unter anderem besonders darum eine große Schwierigkeit, daß in den meisten Fällen mit Sicherheit nicht festgestellt werden kann, welche Person oder Personen von den am Raufhandel Beteiligten den tödlichen Schlag vollführt haben. Jeder schlägt aufs Geratewohl ins Blaue hinein. „Ictus contra unumquemque“ sagt Paulus. Wegen dieses, wenn auch vorsätzlichen, so doch immerhin blinden Hineinschlagens statuiert Paulus für die Teilnahme bei tödlicher Folge eine geringere Strafe als bei Mord, welche er ständisch

gliedert. Er nimmt also offenbar eine Schuld an, aber nicht den dolus¹, sondern eine geringere.

8. Fragen wir nach dem Werdeprozeß dieser im römischen Strafrechte der Kaiserzeit neu aufkeimenden Schuldart, so ist ihr Ausgangspunkt unzweifelhaft in der Strafmilderung zu erblicken. Es war eben nur zu natürlich, daß, wenn kein dolus im Täter vorhanden gewesen war, aber auch nicht bloßes Ungefähr die Tötung objektiv verursacht hatte, weder die volle Strafe verhängt wurde, noch auch Freisprechung eintrat. Diese Änderung in Bezug auf die poena legitima der sullanischen leges war unter dem Prinzipat unschwer durchzuführen.

Noch sehr lange aber blieb, was die neue Schuldform selbst betrifft, die althergebrachte, kontradiktorische Gegenüberstellung von vorsätzlicher und nicht vorsätzlicher Tötung bestehen, oder um es abstrakt zu sagen, von prudentia und imprudentia. Letztere war keineswegs das fahrlässige Handeln, sondern griff viel weiter, bezeichnete eben die Abwesenheit der prudentia schlechthin, ohne irgend welche Betonung gerade der dem fahrlässigen Handeln wesentlichen Frage, ob der Täter die schädigenden Folgen seines Tuns auch hätte voraussehen können und sollen. In dem allgemeinen Sinne gebraucht noch Paulus das Wort in unserem Titel (c. 7, § 1).

Nur die Worte wurden geändert, die Sache blieb, als die sullanischen leges den Gegensatz von dolus und casus einführten. Ja noch die klassischen Juristen hielten sprachlich an diesem äußerlichen Gegensatze fest. Auch in unserem Titel finden wir den dolus gegenübergestellt dem casus, obschon, wie gezeigt worden, der Inhalt des letzteren sich durchaus nicht mit dem Zufall deckt. So sagt Ulpian: „Distinctionem casus et voluntatis in homicidio servari“ (c. 6, § 1). Paulus bezeichnet den dolus mit „consilium“ und „occidere velle“ und setzt im Gegensatze dazu: „qui casu iactu teli hominem

¹ Die Digesten (l. 17 XLVIII, 8) erwähnen nur das strafmildernde Prinzip, verschweigen aber die Strafe.

imprudenter ferierit“ (c. 7, § 1). Alexander Severus spricht von „casus improvisus“ und „fraus“ (c. 9). Ebenso markiert Diokletian den Gegensatz durch die Worte: „non voluntate, sed casu fortuito“ (c. 10). Hadrian endlich will dasselbe sagen mit den Worten: „refert enim . . . consulto aliquid admittatur an casu“ (c. 11, § 3). Wie fest übrigens die Römer an diesem Sprachgebrauch gehalten haben, geht daraus hervor, daß wir noch in einer Novelle Valentinians III. vom Jahre 445 die Überschrift finden „De homicidiis casu an voluntate factis.“¹ Der Umstand, daß das Wort „casus“ an mehreren Stellen (cc. 9 10) von Zusätzen begleitet ist, wie „improvisus“, „fortuitus“, macht den casus doch nicht zum reinen Ungefähr, sondern der casus schließt, wie oben gezeigt worden ist, auch an jenen Stellen den durch Unvorsichtigkeit und Mutwillen herbeigeführten Unfall ein. Allmählich erst tritt erkennbar aus dem „casus“ die neue Schuldform hervor, welche wir „culpa“ nennen. Die Philosophie und die juristische, doktrinaire Interpretation taten das ihrige. Ungefähr im 2. Jahrhundert des Prinzipats kam man nach und nach dazu, auf strafrechtlichem Gebiet fahrlässiges und völlig schuldloses Tun voneinander abzusondern, eine der schwierigsten Unterscheidungen, welche das Strafrecht kennt. Dieses allmähliche Herauswachsen der culpa aus dem casus erklärt uns auch, daß speziell in den Kollationsexzerpten die Begriffe sich noch nicht gegenseitig klar abheben. Das äußere Kennzeichen, ob dem deliktischen Handeln dolus oder culpa zu Grunde liegt, ist eben die Strafbemessung. So drückt es Ulpian aus in seinen Schlußworten zum zweiten Reskript Hadrians (c. 11, § 4): „Et sane in omnibus criminibus distinctio haec (nämlich ‚consulto . . . an casu‘ § 3) poenam aut iustam provocare debet aut temperamentum admittere.“ Das Leben hatte die Strafverschiedenheit geschaffen, die Doktrin baute als Grundlage dazu die Schuldartenfolge.

¹ Vgl. Haenel, *Novellae constitutiones* 186.

9. Schließlich bleibt zu erörtern, was sich aus dem tit. I ergibt in Bezug auf die Begriffsbestimmung und die Terminologie von dolus und culpa auf kriminellem Gebiete. Zunächst der dolus.

Der Deliktsdolus ist der positive, freie Wille, eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, obschon man weiß bzw. sich vorgestellt hat, daß man mit diesem Tun oder Unterlassen einen rechtswidrigen Erfolg causaliter herbeiführen werde oder wenigstens herbeiführen könne. Der dolus involviert daher einen wissentlichen bzw. vorgestellten, daher überlegten und trotzdem in freier Selbstbestimmung gewollten Bruch der Rechtsordnung, ist also eine direkte Auflehnung gegen dieselbe, indem der Bruch der Rechtsordnung d. h. das Verbrechen als solches schuldhaft gewollt war. Den Inhalt des dolus konstituieren zwei Momente: das Wissen bzw. die Vorstellung und das rechtswidrige, schuldhafte Wollen. — Der dolus wird erschlossen aus den begleitenden Tatumständen. „E re itaque constituendum est“, sagt treffend Hadrian (c. 6, § 3). Als Beispiel führt der Kaiser an: Habe der Täter das Schwert gebraucht oder den Speer, so sei der dolus anzunehmen; denn Schwert und Speer dienen zum Töten. Habe er aber mit einem Schlüssel oder Kochtopf zugeschlagen, so sei der dolus zu verneinen; denn Schlüssel und Kochtopf dienen andern Zwecken. Ebensovienig sei dolus anzunehmen, wenn jemand mit einem andern in Streit geraten sei und vom Schwerte Gebrauch gemacht habe. „Ergo hoc exquirite“ ruft der Kaiser den Richtern zu: denn die begleitenden Umstände alterieren sowohl Schuld wie Strafe (c. 6, § 4). — Die Annahme Hadrians von der Existenz oder Nichtexistenz des dolus im Täter je nach der Art der gebrauchten Werkzeuge oder der gebotenen Gelegenheit ist eine Reminiszenz an die frühere, rein äußerliche Beurteilung der Tat und geht entschieden zu weit. Freilich liegt ein berechtigter Kern in dieser Auffassung. Jeder, der das Schwert gebraucht, muß wissen, daß sein Hieb oder Schlag oder Stich gefährliche

Verletzungen herbeiführen werde oder könne. Die Waffe trägt eben den tödlichen Zweck der Verletzung in sich selber. Der Erfolg ist daher je nach der Art des Instrumentes mehr oder weniger voraussehbar. Daraus ergibt sich, daß die Art des gebrauchten Werkzeuges bei der Beurteilung der Frage, ob der Täter dolus gehandelt habe, nicht außer acht gelassen werden dürfe; entschieden falsch aber ist es zu sagen, daß die objektive, reale Natur des Werkzeuges allein den dolus des Täters begründe¹.

Nach einer älteren Ansicht² soll der dolus kein Tatbestandsmoment gebildet haben und nicht nach den Umständen zu beurteilen gewesen sein, sondern er soll bei jedem verbrecherischen Erfolge so lange vermutet worden sein, bis die culpa oder der bloße Zufall erwiesen worden sei. Man beruft sich hierbei besonders auch auf das schon oben besprochene Reskript Caracallas in c. 8 unseres Titels, in welchem es heißt, daß, wenn der Täter dem Statthalter „probaverit non occidendi animo iustam a se percussam esse“, die Strafe des Mordes nicht eintrete. Vom Standpunkte des älteren römischen Strafrechts, wie es noch die *leges Sullanae* darstellen, kann es gar nicht auffallen, daß der dolus bis zum Beweise des Gegenteils präsumiert wurde. Die kontradiktorische Auffassung, wonach jede Straftat notwendig entweder dolus oder nicht dolus verübt sei, mußte zu jener *praesumptio iuris* verleiten. Mit dem Emporkommen der neuen Schuldform der culpa war diese aber gegenstandslos geworden.

Einseitig wird der dolus hervorgekehrt besonders in der Lehre vom Versuch. Auch hier sind die Exzerpte unseres Titels von sehr schätzbarem Werte. Bisher wurde immer bloß die vollendete Handlung bestraft; denn der äußere Erfolg überwog alle andern Momente. Die *sullanische lex de sicariis* legte aber den Schwerpunkt in den rechtswidrigen

¹ Vgl. L. Günther, *Körperverletzung* 183.

² Geib, *Strafrecht* II 274.

Willen, welcher freilich aus der inneren Welt herausgetreten sein und sich durch ein Tun manifestiert haben mußte. Denn „*cogitationis poenam nemo patitur*“ (l. 18 D. XLVIII, 19). So zog die *lex* das bloße „*ambulare cum telo*“ unter den strafbaren Tatbestand (c. 2, § 1; c. 3, § 1), vorausgesetzt, daß es in Banditenabsicht geschah, also eine bloße, allerdings vom dolus inspirierte Vorbereitungshandlung, wodurch aber noch kein Rechtsgut der Nebenmenschen gefährdet, geschweige denn verletzt worden war. Dieser gesetzlichen Auffassung schließen sich in unserem Titel an Hadrian („*qui non occidit, sed voluit occidere, pro homicida damnatur*“ c. 6) und Paulus („*consilium . . . non factum puniendum est. Ideoque si cum vellet occidere, casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida puniret*“ c. 7, § 1). Die *sullanische lex* sowie die sie fortbildende Interpretation vertreten also, wie wir modern sagen würden, die subjektive Versuchstheorie, ganz entsprechend der subjektiven Auffassung der Straftat überhaupt¹. Allerdings ist die subjektive Versuchstheorie nicht ausnahmslos von den römischen Juristen angenommen worden. Denn Marcian interpoliert (l. 1, § 3 D. XLVIII, 8) das genuine „*sed voluit occidere*“ im Reskript Hadrians (c. 6, § 1) durch die Worte: „*sed vulneravit, ut occidat*.“ Damit ist aber die objektive Versuchstheorie gelehrt.

Eine andere Verbrechensform ist die Teilnahme. Eine Mehrzahl von Personen handelt deliktisch zusammen. Die einzelnen Teilnehmer können dabei nur dann Schuld und Strafe kontrahieren, wenn auf einen jeden sowohl der dolus zutrifft, als auch ein bestimmtes Handeln fällt. Natürlich muß der Kausalzusammenhang feststehen. So kann ein und dieselbe verbrecherische Handlung in dem dolus und dem Tun einer Mehrzahl von Personen ihren Grund haben, und so muß alsdann ein rechtswidriger Erfolg von mehreren ver-

¹ Hingewiesen sei besonders auf Seneca, *De benef.* V, 14. Vgl. Artikel „Dolus“ bei Pauly-Wissowa RE. IX. Halbband S. 1293.

treten werden. Auf das individuelle Verhältnis der Teilnehmer untereinander, ob Anstifter, Mittäter, Gehilfen usw., kommt es begrifflich nicht an: jeder, sofern er nur dolus gehabt und gehandelt hat, wird zur Verantwortung gezogen. Dieses deliktische Zusammenhandeln wird in unserem Titel erwähnt durch die Wiedergabe der üblichen Gesetzesformel: „cuius id dolo malo factum erit“ (c. 3, § 1) und muß unter der Wendung der interpretierenden Juristen verstanden werden: „mortis causam praestitit“ (c. 2, § 2; c. 4).

Was nun die sprachliche Bezeichnung des dolus betrifft, so ist dieses Wort an sich eine vox media und bedeutet „List“ (sollertia)¹. Daher wird der Zusatz „malus“ energisch betont, um den dolus als einen bösen zu kennzeichnen. So in tit. I, c. 3, § 1 und tit. IV, c. 9. Dolus malus ist so unsere „Arglist“. Die spätere republikanische Gesetzgebung bedient sich des volltönenden Kunstausdruckes „sciens dolo malo“, indem das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als das präponderierende Moment am dolus ganz besonders hervorgehoben wird. Später gebraucht man das Wort „dolus“ auch allein in ebendemselben Sinne, also prägnant, so daß dolus sowohl die Erkenntnis bzw. die Vorstellung des Kausalzusammenhanges und den Vorsatz, die Tat begehen zu wollen, begreift, als auch das mit dem verbrecherischen Tun verbundene Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. In diesem Sinne gebraucht c. 9, § 1 das Wort: „si . . . non dolo praestitit mortem“. Ganz konsequent erklären daher die römischen Juristen eine Handlung, welche in abstracto rechtswidrig ist, in concreto aber erlaubt ist, wie die Tötung des fur nocturnus, als eine nicht dolose, obschon die Vorstellung des schädigenden Erfolges, also die scientia im untechnischen Sinne, ebenso vorhanden ist wie der Vorsatz zu handeln. Analog ist ihnen auch diejenige Handlung eine nicht dolose, welche ein in abstracto zurechnungsfähiger Mensch begeht,

¹ Vgl. l. 1, § 3 D. IV 3.

welchem aber in concreto die Tat nicht zugerechnet werden kann, da sie z. B. wegen Zwang nicht auf seinen Willen zurückgeführt werden kann. Wissen und Wollen einerseits und rechtswidriges, schuldhaftes Wollen andererseits können daher auch auseinander fallen: Wissen und rechtswidriges, schuldhaftes Wollen konstituieren erst den dolus. — Der dolus wird in unserem Exzerpte auch individualisiert. So wird er bezeichnet mit: „occidendi animus“ (c. 6, §§ 2 3; c. 8, § 1), „occidendi mens“ (c. 6, § 3), „occidendi voluntas“ (c. 6, § 4; c. 9, § 1), „voluntas in homicidio“ (c. 6, § 1). Analog wird er verbal ausgedrückt: „voluit occidere“ (c. 6, § 2), „cum vellet occidere“ (c. 7, § 1). Auch wird er „fraus“ genannt (c. 9, § 1), „consilium“ (c. 7, § 1; c. 12). Ferner wird er bezeichnet mit „consulto“ (c. 11, § 3). Schließlich müssen wir ihn auch wiedererkennen in „sciens“ (c. 12). In dem „Wissen“ muß hier nach dem Zusammenhange ohne weiteres auch die rechtswidrige Absicht gefunden werden¹. Alle diese Ausdrücke und Wendungen sind bloße Denominationen ein und derselben Schuldform, denen daher eine mit rechtlichen Folgen verknüpfte Selbständigkeit nicht zukommt. — Soviel über den dolus.

10. Was die culpa des Kriminalrechts betrifft, so ist sie, ebenfalls wie der dolus, der positive, freie Wille, eine Tat zu begehen oder zu unterlassen, ohne daß man sich aber die Folgen seines Handelns vorgestellt hätte. Wäre dies geschehen, dann konnte und mußte der Täter voraussehen, daß sein Handeln einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen werde oder wenigstens könne. So hebt sich einmal die culpa vom dolus ab: während dieser die trotz der Erkenntnis des Kausalzusammenhanges und des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit sich behauptende, daher verbrecherische Willensrichtung ist, charakterisiert sich erstere als ein Vorstellungsmangel, der aber schuldhaft, pflichtwidrig ist, daher zugerechnet wird.

¹ Vgl. Pernice, Labeo II 147 ff.

Der Täter, welcher fahrlässig handelt, würde nach der Individualität seiner Person und des Falles zu dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlung gelangt sein, und dieses Bewußtsein würde seinen Handlungsentschluß irritiert haben, wenn er, wozu er durch die Rücksichtnahme auf die Koexistenz mit seinen Mitmenschen verpflichtet gewesen wäre, sich die Folgen seines Handelns klar gemacht hätte. So ist sein Wille zwar nicht direkt auf den Bruch der Rechtsordnung gerichtet, er hat nicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit: die Folgen seines Handelns stellen aber eine Verletzung der Rechtsordnung dar, die er vertreten muß, da er sie durch seine Nachlässigkeit herbeigeführt hat. Sein Wille hat sich daher durch seine eigene Schuld nicht so betätigt, wie es im Rahmen der Rechtsordnung angemessen und nötig gewesen wäre. Daher verdient er Strafe. Es wäre aber eine hohe Ungerechtigkeit, *dolus* und *culpa* als Schuld von gleicher Größe (Quantität) und von gleichem ethischen Unwert (Qualität) zu betrachten und dementsprechend gleichmäßig zu ahnden¹. — Andererseits aber unterscheidet sich die *culpa* auch wesentlich von der alten *imprudencia*. Diese bezeichnet bloß das Fehlen der Voraussicht, während die *culpa* noch das Moment enthält, daß der Täter die Folgen seines Handelns voraussehen konnte und mußte. —

Der Begriff der *culpa* existierte schon lange im Zivilrecht. Man unterschied die kontraktliche und die deliktische *culpa*, je nachdem es sich um *obligationes ex contractu* oder *ex delicto* handelte. Erstere fand sich bei denjenigen Kontrakten, die man *bonae fidei negotia* nennt, und bestand in dem Mangel der *diligentia*, welche nach dem abstrakten Maßstabe eines guten *pater familias* die in einem kontraktlichen Verhältnisse genannter Art zu einander stehenden Personen sich gegenseitig schulden. Letztere, die deliktische *culpa*, war Voraus-

¹ Vgl. Seneca, De ira I 19, 6: „Idem delictum in duobus non eodem malo afficiet, si alter per neglegentiam admisit, alter curavit, ut nocens esset.“

setzung für den deliktischen Privatprozeß, besonders für die *actio ex lege Aquilia*. Daher wird die deliktische *culpa* auch *aquilische* genannt¹. Sie bestand in einer nicht beabsichtigten, aber bei pflichtmäßiger Rücksichtnahme auf seine Nebenmenschen vom Täter voraussehbaren und daher vermeidbaren Schädigung. Während also die kontraktliche *culpa* eine *culpa in abstracto* ist, ist die deliktische begrifflich eine *culpa in concreto*, d. h. sie kann nur bemessen werden nach Maßgabe dessen, was der Täter selbst gemäß seiner individuellen Anlage und im konkreten Falle hätte bedenken und daher vermeiden können und sollen. Diese deliktische *culpa* des Zivilrechts hat das Vorbild für die kriminelle *culpa* abgegeben, als die Fesseln des *ordo iudiciorum publicorum* gesprengt wurden, und einmal der Kreis der durch das öffentliche Strafrecht zu schützenden, allgemeinen Rechtsgüter des Menschen durch Schaffung der sog. *crimina extraordinaria* erweitert wurde, und andererseits neben den *dolus* eine neue Schuldart trat, die sich vom *casus* abhob. Da wurde die *aquilische culpa* ins Kriminalrecht gezogen, sie bildete die Schuldform für die sog. *kulposen Delikte* und zeitigte Kriminalstrafen.

So ist auch die *kulpose Tötung des Freien*, welche vordem ein Privatdelikt war, in der Kaiserzeit als *crimen extraordinarium* ins öffentliche Strafrecht übertragen worden, und das magistratische Kognitionalverfahren darauf geleitet worden. So wurde der Vorsprung, den das Zivilrecht vor dem Kriminalrecht in Rom hatte², zwar etwas eingeholt, aber zu der scharfen Auseinanderhaltung von Mord, Totschlag, fahrlässiger und kasueller Tötung ist das römische Strafrecht doch nicht vorgedrungen.

¹ Mommsen (Röm. Strafrecht, z. B. S. 830) nennt sie auch die staatliche *culpa*, da der Staat von jedem Untertan fordern muß „Unterlassung einer jeden Handlung, bei welcher bei rechter Überlegung die Schädigung fremden Eigentums vorauszusehen war“.

² Vgl. Jhering, Geist II 50.

Es erübrigt noch wenig anzufragen über die Terminologie. *Culpa* bedeutet ganz allgemein die Schuld und besteht darin, daß sich der Täter zu seinem verbrecherischen Tun selbst bestimmt. In diesem allgemeinen Sinne wird *culpa* in c. 11 unseres Titels sowohl vom Prokonsul als vom Kaiser gebraucht, und zwar dreimal (§§ 2 3). Der höchste Grad der Schuld ist der *dolus malus*, ein niederer Grad ist die *culpa* im technischen Sinne¹. Die Exzerpte unseres Titels haben für die Schuldform verschiedene Bezeichnungen. Zunächst war sie noch mitverstanden unter „*casus*“. So c. 6, § 1; c. 7, § 1; c. 9; c. 10; c. 11, § 3. Ulpian nennt sie in den einleitenden Worten des c. 11: „*lascivia*“. Der Prokonsul meint sie mit dem Worte: „*cupiditas*“ (c. 11, § 2)². Die Terminologie ist, wie die wenigen Beispiele zeigen, bei der *culpa* ebensowenig konstant wie beim *dolus*. Um die Schuldform zu erkennen, darf man sich nicht an das Wort klammern, sondern muß den Begriff aus dem Tatbestande herausheben.

§ 10. d) Ignorantia iuris et facti.

1. Im vorletzten caput des ersten Titels (c. 12) führt der Redaktor der Lex Dei ein Exzerpt aus Modestin an, in welchem die schwierige Frage nach der Beachtung von ignorantia iuris et facti auf dem Gebiete des Kriminalrechts behandelt wird. In der Rubrik, mit welcher der Verfasser das Exzerpt einführt, bemerkt er, daß der römische Jurist über die Frage „generaliter“ spreche. Damit soll angedeutet werden, daß das Exzerpt sich nicht speziell auf das Tötungsverbrechen beziehe, sondern bei jedem Delikte Anwendung

¹ L. 296 D. L, 16.

² Die beste Wiedergabe der „*culpa*“ ist meines Erachtens das Wort „*neglegentia*“. Denn dieses bezeichnet das, was Paulus in l. 31 D. IX, 2 sagen will: „*Culpam autem esse, quod cum a diligenti providere poterit, non esset provisum.*“ Daß das fahrlässige Handeln auch im Strafrechte mit „*neglegentia*“ ausgedrückt wird, zeigt l. 9 D. XLVIII, 9.

finden könne. Die Überlieferung und Kenntnis auch dieses Exzerptes verdanken wir unserem Kompilator.

2. Vorweg ist noch zu bemerken, daß der Unkenntnis, d. h. dem Nichtwissen (*ignorantia*) gleichgestellt wird der Irrtum, d. h. das Falschwissen (*error*), und daß promiscue das eine für das andere gesetzt wird. Rechtlich ist es nämlich von derselben Wirkung, ob jemand von einer Rechtsnorm oder einer Tatsache gar keine oder eine falsche Vorstellung hat. Weil der Irrtum bei Rechtsverhältnissen häufiger in Betracht kommt als die bloße Unwissenheit, so ist es wohl erklärlich, daß öfter von *error* als von *ignorantia* gesprochen wird.

3. Da der römische Jurist in unserem Exzerpte das *ius civile* zum Ausgangspunkte nimmt, so muß die Lehre von der Beachtung des Irrtums im Zivilrecht kurz vorausgeschickt werden. Es gilt die Regel, welche Paulus in einer Monographie über diesen Gegenstand¹ aufgestellt hat (l. 9 Pr. D. XXII, 6): „*Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.*“ Der Mann, der im Leben steht, ist verpflichtet, die seine Verhältnisse betreffenden Gesetze des Privatrechts zu kennen. Er trägt daher die Folgen, wenn Rechtsirrtum ihn zum Handeln bewegt. Nur den Minderjährigen, den Weibern sowie denen, welchen *rusticitas* anhaftet, ist es erlaubt „*ius ignorare*“. Allerdings wurde in der Kaiserzeit, welche soviel neues Recht schuf, das alte Dogma von der Nichtbeachtung der *ignorantia iuris* abgeschwächt; auch andern Personen wurde der Rechtsirrtum nachgesehen, wenn er nur entschuldbar (*tolerabilis*) war. Soviel Gesetze konnte eben niemand im Kopfe haben, und die Möglichkeit der Belehrung war auch nicht immer sofort vorhanden. — Ganz anders stand es mit der *ignorantia facti*. Sie wurde immer beachtet: denn „*etiam prudentissimi*“ (l. 2 D. XXII, 6) können sich täuschen lassen. Im

¹ Vgl. Krüger, Geschichte 210.

Interesse eines geordneten und gesicherten Rechtsverkehrs wurde hier später eine Grenze gezogen. Die ignorantia facti schadete nämlich dem Handelnden bloß dann nicht, „si non ei summa neglegentia obiciatur: quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat?“ (I. 9, § 2 D. I. c.). — Das Verhältnis von Rechts- und Tatsachenirrtum war daher gerade umgekehrt: ersterer schadete immer, außer er war entschuldbar, letzterer schadete nie, außer er war unentschuldbar.

4. Diese Regel des Zivilrechts, welche der Jurist eine „venia iuris civilis“ nennt, wie die restitutio in integrum usw., kommt, so sagt er, bisweilen („nonnumquam“) zu Gute „per ignorantiam delinquentibus, si modo rem facti quis, non iuris ignoret“. Das heißt: Auch bei deliktischem Handeln spielt die ignorantia eine bedeutende Rolle, indem die Handlung z. B. in ihrem Effekt durch den Irrtum alteriert wird, und es wird, wie im Zivilrecht, die ignorantia facti nachgesehen, die ignorantia iuris aber beachtet. Man kann also sagen, daß Modestin mit diesen Worten die Regel des Zivilrechts über Irrtum auf das Kriminalrecht überträgt. Aber die Regel erscheint nicht streng durchgeführt: denn einmal schränkt der Jurist sie ein durch das „nonnumquam“, und andererseits wird ihre Anwendung noch ausdrücklich ausgeschlossen bei den „consilio delinquentibus“. Es ist daher notwendig, näher auf die Frage der Beachtung des Irrtums im römischen Strafrecht einzugehen.

5. Da ein Delikt in zweifacher Weise auf den Willen des Täters zurückgeführt werden kann, indem es entweder dolo oder culpa begangen ist, so würden wir bei der Beantwortung der Fragen nach der Berücksichtigung der ignorantia iuris et facti vier Figuren erhalten: dolus und ignorantia iuris, dolus und ignorantia facti, culpa und ignorantia iuris, culpa und ignorantia facti.

Betrachten wir zunächst die ignorantia iuris. Dieser Ausdruck ist zweideutig. Es kommt darauf an, was man unter

ius versteht. Ist ius die Rechtsnorm schlechthin, so daß ignorantia iuris den Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit bedeutet, so ist die erste Figur begrifflich unmöglich. Dolus kann nicht vorhanden sein ohne das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, wenigstens nach unserer Überzeugung, dolus ist daher mit ignorantia iuris, wenn diese sich auf die rechtswidrige Natur der Handlung bezieht, inkompatibel. Ich kann nie etwas dolos tun oder unterlassen, von dem ich nicht das Bewußtsein habe, daß es verboten oder geboten ist. In diesem Falle schließt der Rechtsirrtum den dolus grundsätzlich aus, schadet also nicht. — Ganz ebenso verhält es sich mit der dritten Figur: culpa und ignorantia iuris, wenn wir letztere in demselben Sinne fassen. Der Täter, welcher kulpos handelt, handelt ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit: er könnte und sollte aber in concreto dieses Bewußtsein haben. Daher ist der Mangel desselben ein pflichtwidriger, ein schuldhafter, daher zurechenbar. Könnte er nun aber trotz aller pflichtmäßigen Sorgfalt nicht zum Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seines Tuns kommen, so kann ihm dieser Mangel offenbar nicht angerechnet werden. In diesem Sinne ignorantia iuris gefaßt, ist auch die culpa mit ihr unverträglich. Ich kann nie fahrlässig handeln, wenn ich nie zum Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hätte kommen können. Nur in dieser Möglichkeit kann meine Schuld der Fahrlässigkeit begründet sein.

Ganz anders erscheint das Verhältnis, wenn man unter „ius“ eine Regel des positiven Strafrechts versteht. Der Täter kann handeln mit Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, er weiß also, daß er etwas Verbotenes tut oder Gebotenes unterläßt. Aber er ist im Irrtum über die Strafrechtswidrigkeit seiner Handlung, er irrt sich über die Qualifikation seines Tuns durch das positive Strafrecht, er weiß nicht, daß seine Handlung von diesem bedroht ist und wie schwer usw. Man nennt diesen Irrtum daher auch den error in iure criminali. Rechtswidrigkeit und Strafrechtswidrigkeit decken sich daher durchaus

nicht. Handelt der Täter mit Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, also *dolus*, irrt er sich aber in Bezug auf die im Strafgesetz ausgesprochene Strafbarkeit seines Tuns, so wird dieser *error iuris* nicht beachtet, sondern schadet immer. — Handelt der Täter ohne das pflichtgemäße Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, also fahrlässig, irrt er sich aber in Bezug auf die positiv festgelegte Strafbarkeit seiner Handlung, so wird ihm dieser Irrtum ebenfalls schaden. Wenn also *ius* gefaßt wird als Regel des Strafgesetzes, so gilt sowohl für *dolus* als *culpa* der Satz: *error iuris nocet*¹.

6. Kann denn nun überhaupt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit im Täter vorhanden sein ohne das Bewußtsein der Strafrechtswidrigkeit seines Tuns? Bei Beantwortung dieser Frage zeigt sich uns die große Kluft, welche die kriminalistischen Schulen trennt. Nach unserer Überzeugung ruht das Strafgesetz auf dem Sittengesetz, ohne daß beide sich decken. Es ergeben sich also für unsere Untersuchung zwei Möglichkeiten: entweder gehört das Delikt dem Sitten- und Strafgesetz an oder bloß dem Strafgesetz. Im ersteren Falle wird das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vermittelt durch das Gewissen des Einzelnen. Es leuchtet ein, daß dann der *dolus* vorhanden sein kann ganz unabhängig von der Kenntnis des positiven, die entsprechende Tat mit Strafe bedrohenden Strafgesetzes. Bei solchen Delikten gilt zweifels- ohne der Satz: „*Error iuris semper nocet*“. — Anders steht es mit denjenigen Delikten, welche willkürlich von der Obrigkeit aus irgend welchen Gründen aufgestellt worden sind und im positiven Strafgesetze ihren Platz gefunden haben. Prinzipiell freilich wird man auch hier die Regel: „*Error iuris*

¹ *Ignorantia iuris* kann neben dem Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit und der Unkenntnis des Strafgesetzes untechnisch auch noch bedeuten den Irrtum über Sätze des positiven Rechts, welche aber nicht der Strafrechtsordnung angehören, sondern dem Privatrecht, öffentlichen Recht usw. Die *ignorantia iuris* in diesem Sinne wird gezogen unter die *ignorantia facti*.

nocet“ unbedingt aufrecht erhalten müssen im Interesse der Sicherheit der Gesamtheit und einer geordneten Rechtspflege. Allein eine Überspannung dieses Prinzips, eine Übertragung auf obrigkeitliche Gesetze, welche mit den durch das öffentliche Strafrecht zu schützenden Rechtsgütern des Menschen und der Gesellschaft in keinem oder ganz losem Zusammenhange stehen, würde zu großen, unverständenen Härten führen. Das Dogma von der Unentschuldbarkeit des Irrtums über das Strafgesetz würde dann allerdings zu den Unfaßlichkeiten gehören.

7. Das römische Strafrecht hat mit Bezug auf unsere Frage ein nachahmenswertes Beispiel¹ gegeben. Es unterscheidet zwischen *delicta iuris gentium* und *delicta iuris civilis*. Erstere sind diejenigen Handlungen und Unterlassungen, welche nicht bloß bei den Römern, sondern bei sämtlichen Völkern, welche ihnen bekannt waren, als Verbrechen angesehen wurden, während letztere fast ausschließlich bei den Römern als solche galten. Erstere fanden sich nach der Ansicht der Römer bei allen Völkern deshalb, weil es den Forderungen und Bedürfnissen der allgemeinen Menschennatur entsprach, solche Handlungen als Delikte zu betrachten. Es sind „*probra natura turpia*.“² Sie sind von den Menschen zu meiden, auch ohne daß ein positives Gesetz vorliegt. Die *delicta iuris civilis* hingegen hatten ihren Grund in den besondern, individuellen Verhältnissen des römischen Staates. Sie sind „*turpia civiliter et more civitatis*.“²

Nach obigen Ausführungen leuchtet ein, daß *ignorantia iuris* bei den *delicta iuris gentium* nicht beachtet wurde. Anders war es bezüglich der *delicta iuris civilis*, bei denen später in speziellen Fällen aus denselben Gründen, wie im Privatrechte, die Rechtsunwissenheit Soldaten, Frauen, Mino- rennen und *rustici* zu Gute kam³.

In unserem Kollationsexzerpt wird die Unerheblichkeit des Rechtsirrtums für Delikte ganz allgemein ausgesprochen.

¹ Geyer in Holtzendorffs RL. II 403.

² L. 42 D. L, 16.

³ Pernice, *Labeo* II 123.

Wenn Modestin die eben zitierte Ausnahme übergeht, so will er sie gewiß nicht verneinen: er trägt eben bloß die Regel vor.

8. Der zweite Teil der Regel des Zivilrechts, welche Modestin auf das Kriminalrecht überträgt, betrifft die ignorantia facti und besagt, daß diese berücksichtigt werde. Aber auch hier gilt die Regel nicht absolut, sondern bloß „nonnumquam“. Man muß den Begriff des „factum“ näher bestimmen. Nicht jedes „factum“, welches zum Delikte in irgend einer Beziehung steht, kann gemeint sein, sondern nur jenes, dessen Kenntnis zum Tatbestande des Verbrechens gehört, ohne dessen Wissenschaft das betreffende Delikt gar nicht möglich ist, da der zum deliktischen Tatbestande geforderte dolus die Kenntnis des betreffenden tatsächlichen Verhältnisses im Täter voraussetzt. Denn Täter einer vorsätzlichen Straftat kann nur derjenige sein, welcher sämtliche Tatbestandsmerkmale der Straftat weiß und will. Die Lex Dei selbst gibt uns im tit. VI, cc. 5 und 6 Beispiele davon. Diejenigen, welche tatsächlich, aber „per errorem“ in incester Ehe leben, unterliegen nicht den Strafen derselben, wenn sie nach erlangter Kenntnis der verwandtschaftlichen Beziehungen die Ehe sofort lösen. In diesen Fällen wird der Tatsachenirrtum beachtet. Dolus und ignorantia facti in diesem Sinne schließen sich aus. Dagegen wird der Irrtum über „facta“, wenn sie nicht zum Tatbestande gehören, kein Begriffsmerkmal des betreffenden Verbrechens ausmachen, wie z. B. der Irrtum in Bezug auf das Objekt, die Art, den Ort, die Zeit, die Mittel der Tätigkeit, nicht berücksichtigt. Das will der Jurist sagen, wenn er die Vergünstigung der Beachtung der ignorantia facti bei den „consilio delinquentes“ ausdrücklich ausschließt. Gehört der Tatumstand nicht zum Dolus-Inhalt, so wird er absolut außer Acht gelassen, falls eben nur der Täter dolos handelt. Der dolus entscheidet dann eben. Wir sehen also auch hier die subjektive Seite der Tat aufs entschiedenste hervorgekehrt mit Nichtachtung jedweden Erfolges in der Außenwelt.

Zu tit. II der Lex Dei.

§ 11. Einleitende Bemerkungen.

1. Folgend seiner Disposition, die einzelnen Delikte nach der Ordnung des Dekalogs zu behandeln, lag es für den Verfasser der Lex Dei nahe, im Anschluß an das Tötungsverbrechen von der Körperverletzung zu sprechen. In diesem Sinne hat er den Begriff „iniuria“ gefaßt. Das geht besonders auch aus dem Umstande hervor, daß er aus dem mosaischen Rechte ein Exzerpt an die Spitze des Titels stellt, in welchem von Körperverletzung anlässlich eines Streites die Rede ist. Wenn die Überschrift des Titels II lautet: „De atroci iniuria“, so soll damit eben die schwere Körperverletzung gemeint sein.

2. Was nun das römische Strafrecht betrifft, so ist das Verbrechen der Körperverletzung stets mangelhaft erfaßt und stiefmütterlich behandelt worden. Eine selbständige Auffassung hat es in keiner Epoche seiner Entwicklung gefunden, sondern es ging völlig auf in dem weiten Privatdelikte der unbestimmten „iniuria“. Speziell stellte die, wie wir sagen würden, Realinjurie des freien Mannes das Verbrechen der Körperverletzung dar. Eine Abhandlung über Körperverletzung im römischen Strafrechte muß sich daher wesentlich mit dem Begriffe und der Entwicklung der iniuria befassen.

3. Erst die sullanische lex Cornelia de iniuriis hat einzelne bemerkenswerte Fälle der iniuria, wie sie besonders die Kategorie der atrox iniuria aufweist, als qualifizierte aus dem Privatdelikte herausgehoben und als crimina publica behandelt. Später sind dann in der Kaiserzeit noch andere vereinzelt Fälle dem Privatdelikte der iniuria zu Gunsten der peinlichen Strafe abgerungen und unter die crimina extraordinaria

eingereicht worden (l. 45, D. XLVII, 10). Das Kriminalrecht der Römer ist ja überhaupt zu einem großen Teile langsam aus dem Privatrechte herausgewachsen, und nur allmählich hat der Gesichtspunkt des Bruches der öffentlichen Ordnung, wenigstens bei den meisten Delikten, den der privaten Rechtsverletzung abgelöst. Daher hat der Formalismus, welcher den Privatprozeß (*iudicium privatum*) beherrschte, den deliktischen, ebenso gut wie den rein zivilen, so daß einmal nur dann ein Anspruch gegeben schien, wenn der Verletzte aus einem ausdrücklichen Rechtssatze ein Klagerecht ableiten konnte, und andererseits die Rechtsordnung reagierte nur auf Antrag des Verletzten bzw. eines Dritten, welcher ein Interesse nachweisen konnte, auch noch lange im Kriminalprozeß obgewaltet, wie die *quaestiones perpetuae* beweisen. Erst die *extraordinaria cognitio* hat hier Wandel geschaffen.

§ 12. Begriffsbestimmung der iniuria in der Lex Dei.

1. Die Lehre von der iniuria ist eine der schwierigsten im deliktischen Teile des römischen Privatrechts. Die Römer sind nämlich niemals dazu gekommen, einen festen, einheitlichen Injurienbegriff aufzustellen. Inwieweit die iniuria aber ein praktischer Rechtsbegriff war, welchem Rechtsmittel entsprachen, ist auf Grund des uns überlieferten Materials nicht leicht genau abzugrenzen. Jedenfalls reichte der römische Begriff der iniuria viel weiter, als die private und später die öffentliche Injurienklage vermuten lassen.

2. Was die Begriffsbestimmung der iniuria durch die Lex Dei betrifft, so ist dafür maßgebend das c. 5 des tit. II, welches ein Exzerpt enthält aus einer verloren gegangenen Monographie des Paulus über die „*iniuriae*“. Das Exzerpt ist zwar am Anfange etwas verstümmelt überliefert, jedoch durch die Parallelstelle aus Pr. Inst. IV, 4 leicht zu rekonstruieren. Wertvoll ist dieses Exzerpt besonders deswegen, weil es die verschiedenen Wandlungen des Injurienbegriffes bei den Römern uns vor Augen stellt. Im § 5 wird das

Gesetz der XII Tafeln (tab. VIII, n. 4)¹ erwähnt: „*Qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito.*“ Diese lex wird als „*generalis*“ bezeichnet, während als Beispiel der „*leges speciales*“ aus demselben Rechtsbuche (tab. VIII, n. 3) die Bestimmung angeführt wird: „*Si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito sestertiorum.*“ Zur Vervollständigung sei noch hinzugefügt das in unserem Exzerpte nicht genannte Gesetz der XII Tafeln über die Verstümmelung (tab. VIII, n. 2): „*Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto.*“ Obligatorischer Vergleich war also in diesem Falle ausgeschlossen. Wenn der Täter sich nicht durch eine Geldsumme von der Talion lösen wollte, oder wenn die Parteien über die Höhe der Lösesumme nicht handels-einig wurden, dann trat subsidiär die Talion ein²: Aug' um Auge, Zahn um Zahn. Das ist bekanntlich der einzige Fall, wo sich in Rom die Privatrache des Verletzten bzw. seiner Sippe³, wenn nämlich der Verstümmelte persönlich zur Talion nicht mehr fähig war, erhalten hat unter gesetzlicher Zulassung und obrigkeitlicher Aufsicht (Gellius, Noct. Attic. XX, c. 1, §§ 37, 38). Aber schon in den Worten des Gesetzes: „*ni cum eo pacit*“ wird der Vergleich den Parteien nahegelegt. Außerdem erfahren wir aus der Erläuterung, welche Gellius (Noct. Att. XX, c. 1, § 34) den Juristen Sextus Caecilius dem Philosophen Favorinus über diese „*lex talionis*“ geben läßt, daß die Talion im Falle der Verstümmelung von

¹ Bruns, Fontes I 29.

² Vgl. Festus s. v. „*talio*“ bei Bruns, Fontes II 44: „... *permittit enim lex parem vindictam.*“

³ So sagt Cato in seinen *Origines* (l. IV): „*Si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur.*“ Vgl. Priscian, *Institutiones Grammaticae* l. VI, § 69 (bei Keil, *Grammatici Latini* II 254). Da nach den Worten Catos auch bei bloßem Knochenbruch die Talion eintritt, so ist die Bemerkung doch wohl auf ein zu Catos Zeit noch gültiges, latinisches Stadtrecht zu beschränken; denn die XII Tafeln haben die Talion nur bei Verstümmelung zugelassen. Vgl. Mommsen, *Röm. Strafrecht* 802 A. 2.

den Dezemvirn nur als Abschreckungsmittel gegen gewalttätige Menschen gedacht war.

Wir sehen also, daß bei Knochenbruch und „iniuria“ absolute eine gesetzlich fixierte Geldstrafe eintrat, welche die Abschätzung der ehemaligen Privatrache darstellte, und daß bei Verstümmelung eine Abfindung mit Geld wenigstens prinzipaliter intendiert war¹. Diese Bestimmungen der XII Tafeln spiegeln die Entwicklung wieder, welche ein allmähliches Zurückdrängen der Privatrache aufweist. Andererseits lehren sie uns die hohe Auffassung, welche die Römer vom Werte des Geldes hatten².

3. Wesentlich interessiert uns hier die Frage, was in der in unserem Exzerpte als „lex generalis“ bezeichneten Rechtsnorm der XII Tafeln die mit einer Buße von 25 Assen bedrohte „iniuria“ bedeute. Der Charakter der Delikte von Knochenbruch und Verstümmelung kann nicht zweifelhaft sein: sie sind eine Verletzung des Gutes der körperlichen Integrität. Aber was ist die „iniuria“? Sicherlich ist darunter nicht etwa die „Rechtswidrigkeit“ zu verstehen. Diese Deutung wäre unverträglich mit dem ganzen Zusammenhange. „Iniuria“ erscheint hier vielmehr offenbar schon als Kunstausdruck. Jedenfalls ist es überhaupt kein abstrakter Begriff; denn die ältere Gesetzgebung stellt keine abstrakten Begriffe auf, wie z. B. ein Blick auf die lex Aquilia beweist, sondern macht einzelne Hauptfälle namhaft. Meines Erachtens dienen die von Paulus in unserem Exzerpte gebrauchten Ausdrücke „lex generalis“ und „leges speciales“ zur Aufklärung, wenigstens darüber doch ganz sicher, was Paulus unter der „iniuria“ in tab. VIII,

¹ Die Worte des Gaius (Inst. III, 223): „Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat“ sind ungenau und geben kein klares Bild der gesetzlichen Bestimmung. Auch Hitzig, Iniuria 56, irrt, wenn er sagt, daß „die zwölf Tafeln für membrum ruptum Talion vorsehen“ und aus dieser Behauptung Schlüsse für die Vergleichung des griechischen und des römischen Rechtes zieht.

² Vgl. Jhering, Geist I 133 f; Kohler, Shakespeare, oft, besonders S. 30 ff.

n. 4 verstand. Der Ausdruck „generalis“ ist aufzufassen in demselben Sinne, wie die „sacramenti legis actio“ von Gaius (Inst. IV, 13) „generalis“ genannt wird, und wie Labeo (l. 15, § 26 D. XLVII, 10) vom „edictum generale“ spricht. „Generalis“ bezeichnet nämlich die Allgemeinheit im Gegensatze zu einzelnen, speziellen, namentlich anzuführenden Fällen. Aus der species kann man aber auf das genus schließen. Liegt nun im Falle des Knochenbruchs eine species vor, ist Knochenbruch eine Körperverletzung, so muß das genus die Körperverletzung schlechthin sein, das Sich-Vergreifen am Körper des Nächsten ganz im allgemeinen. Das Verhältnis der lex generalis zu den leges speciales ist dann dieses, daß erstere subsidiär eintritt, wenn letztere nicht anwendbar sind. „Iniuria“ bedeutet alsdann, da die drei leges (tab. VIII, n. 2, 3, 4) zweifellos zusammengehören, die Handgreiflichkeit. — Ebenso erklärt Gaius (Inst. III, 223). Nachdem er von Verstümmelung und Knochenbruch gesprochen und die Strafe dafür eine „poena iniuriarum“ genannt hat, fährt er fort: „propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta.“ In diesen Worten liegt nochmals angedeutet, daß Gaius auch Verstümmelung und Knochenbruch zu den „iniuriae“ zählt, daß es aber außerdem viele Fälle von körperlicher Mißhandlung gebe, welche von ihm ganz allgemein als „iniuriae“ bezeichnet werden. — So subsumiert auch der Jurist Sextus Caecilius in seinem Gespräch mit dem Philosophen Favorinus über die XII Tafeln Knochenbruch und Verstümmelung unter die „iniuriae“ (Gellius, Noct. Att. XX, c. 1, §§ 31 f). Diese Deutung von „iniuria“ als Handgreiflichkeit wird unterstützt durch den uns überlieferten, äußeren Anlaß (occasio legis) für die Entstehung der prätorischen actio iniuriarum aestimatoria, wie Gellius (a. a. O. § 13) ihn uns nach dem Zwölf-tafelkommentar des Labeo berichtet. Ein gewisser L. Veratius, ein reicher, übermütiger Herr, hatte sich nämlich das Vergnügen gemacht, bei einem Spaziergange jeden, der ihm begegnete, zu ohrfeigen. Ein nachfolgender Sklave zahlte als-

dann dem Geohrfeigten aus einer Börse 25 Asses „secundum duodecim tabulas“. — Ferner spricht die Strafenskala, welche für unsere „iniuria“ den zwölften Teil der Strafe für Knochenbruch festsetzt, dafür, daß die „iniuria“ eine ganz leichte, körperliche Mißhandlung darstelle, aber doch ein tätliches Sich-Vergreifen am Körper des Nächsten erfordere. Endlich sei darauf hingewiesen, daß man später von „iniuriae extra corpus“ sprach. Man hatte also die der älteren Zeit eigene, rein materialistische Anschauungsweise aufgegeben, daß die „iniuria“ den Körper zum Objekt haben müsse. Charakteristisch in dieser Beziehung ist die Aufzählung der Arten, wie Gaius (Inst. III, 220) die „iniuria“ zu stande kommen läßt. Eine positive, technische Bezeichnung für die „iniuriae extra corpus“ hatte man eben nicht; daher drückte man den Begriff aus durch den sprachlichen Gegensatz zu der bis dahin allein im Recht anerkannten „iniuria“, welche nur eine „iniuria in corpore“ oder „in corpus“ war.

Nach alledem ist der Schluß wohl begründet, daß die in unserem Exzerpte (§ 5 = tab. VIII, n. 4) genannte „iniuria“ nur die Handgreiflichkeit bedeute, daß also nach Zwölftafelrecht „iniuria“ begrifflich den Körper als Objekt gefordert habe. Das Bedenken, welches Karlowa¹ dagegen erhebt, beruht auf irrtümlicher Auffassung des „occidere sive carmen condere“. Dieses Delikt haben die XII Tafeln (tab. VIII, n. 1) nicht unter dem privatrechtlichen Gesichtspunkte der iniuria betrachtet, sondern als ein öffentliches, gegen den Frieden des Gemeinwesens gerichtetes angesehen und daher mit schwerer, kapitaler Strafe belegt². Allerdings kann nach dem vorliegenden Quellenmaterial nicht behauptet werden, daß die XII Tafeln selbst Verstümmelung und Knochenbruch „iniuriae“ genannt haben. Sicher haben sie nur die leichte, körperliche Mißhandlung, welche sie mit 25 Assen ahndeten, als „iniuria“

¹ Röm. Rechtsgeschichte II, 2, 798. Karlowa hat aber in II, 3, 1329 sein Bedenken aufgegeben.

² Cic., De re publ. IV, § 12 bei Aug., De Civ. Dei 2, 9.

bezeichnet. Der Schluß liegt aber doch sehr nahe, daß sie auch in Verstümmelung und Knochenbruch eine „iniuria“ gesehen haben. Die römischen Juristen der Kaiserzeit ziehen, wie angeführt, diese Delikte ohne weiteres unter die „iniuriae“, und zwar in einer Weise, als ob diese Subsumierung von alters her überliefert sei und auf den XII Tafeln selbst beruhe. Von irgend einer Beeinflussung der Doktrin durch das spätere prätorische Edikt gerade in dieser Sache ist nichts zu sehen. Die interessante Frage, welches der die drei Arten, Verstümmelung, Knochenbruch und „iniuria“ verbindende, einheitliche, höhere Gedanke sei, muß hier unerörtert bleiben¹. Nur das sei bemerkt, daß auch aus unserer Darlegung hervorgeht, was die Geschichte des Strafrechts überhaupt erweist, daß der Unterschied zwischen Körperverletzung und Realiniurie erst sehr spät erkannt worden ist, mit andern Worten, daß die Körperverletzung erst sehr spät als ein von der Injurie losgelöstes, selbständiges Verbrechen betrachtet worden ist.

Was die Verbaliniurie betrifft, so scheint diese nach den XII Tafeln überhaupt noch nicht als Straftat gegolten zu haben. Jedenfalls ist die Ansicht Jherings² irrig, als ob mit der „iniuria“ in tab. VIII, n. 4 die Verbaliniurie gemeint sei. Ihre anfängliche Nichtbeachtung im römischen Recht berührt sich eng mit der Idee der solonischen Gesetzgebung, in welcher es eine allgemeine Strafbestimmung über Verbalinjurien nicht gab. Auch im nachsolonischen Recht finden wir die Verbaliniurie sehr eingeschränkt. Man fürchtete eine Überspannung des Injurienbegriffs, man wollte dem freien, ungezügelter Worte nicht wehren und die übertriebene Empfindlichkeit bannen.

Gemäß der zur Zeit der XII Tafeln noch vorherrschenden, materiellen Auffassung des Delikts überhaupt ist wohl anzunehmen, daß damals als Tatbestandsmerkmal der „iniuria“

¹ Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II, 2, 791 ff. Anderer Ansicht ist Pernice, Labeo II 30.

² Geist II 425.

noch nicht gefordert wurde der dolus, oder individualisiert ausgedrückt, der animus iniuriandi, d. h. die auf eine solche iniuria gerichtete, widerrechtliche Absicht. Das Faktum an sich wird den Tatbestand gebildet haben. Die gesetzliche Strafe trat ein ohne Rücksicht auf die innere Natur der Handlung, aus welcher die iniuria entsprungen war. Zweifellos ist das eine sicher, daß bei der Verstümmelung, wenn der Täter die Talion nicht mit einer Geldsumme abkaufen wollte, nicht danach geforscht wurde, ob er „prudens imprudensve“ die Verletzung zugefügt hatte, sondern daß dann der Talion freier Lauf gelassen wurde. In diesem Zusammenhange erscheint die Talion als eine schwere, indirekt von der Obrigkeit gewollte Strafe, um wilde Ausbrüche von Menschen, die zu Gewalttätigkeiten neigen, einzudämmen, indem man sie am eigenen Leibe ihre Roheit fühlen ließ. Gerade dieses Moment hebt der Jurist Cäcilius bei Gellius (Noct. Att. XX, c. 1, § 34) hervor in seiner Erwiderung auf die Einwürfe des Philosophen Favorinus, welcher die Berechtigung der Talion neben dem Hinweis auf die mit ihr verbundene Härte und die Unmöglichkeit einer genauen, gerechten Wiederverletzung besonders für den Fall der fahrlässigen Verstümmelung mit der Frage bestritten hatte: Wie könne der Verletzte die Fahrlässigkeit des Täters nachahmen? (§§ 15 ff a. a. O.)

4. Wie das prätorische Edikt überhaupt die Privatdelikte entwickelte und fortbildete, so wurde durch dasselbe auch der Injurienbegriff der XII Tafeln weiter und reicher ausgestaltet. Lagen nämlich andere Arten von persönlicher Verletzung vor als körperliche Mißhandlung, so gab der Prätor auch für jene Tatbestände, welche weiter reichten, als das Zivilrecht festgesetzt hatte, eine Klage. So entstanden verschiedene Ediktsbestimmungen „de iniuriis“. Diese naturgemäße Entwicklung muß man sich vor Augen halten, wenn man die Frage nach dem Verhältnisse der einzelnen prätorischen Edikte „de iniuriis“ zueinander erörtern will, insbesondere, wenn man feststellen will, was Labeo (l. 15, § 26

D. h. t.) unter dem „generale edictum“ verstanden habe. Gerade der Text dieses Ediktes ist uns nicht überliefert¹, ebenso fehlt uns ein Kommentar, welcher mit Sicherheit als der des generale edictum angesprochen werden dürfte. Wir sind also auf Schlüsse angewiesen. Selbstverständlich werden die Prätores die „iniuria“ der XII Tafeln als Grundlage ihres Ediktes beibehalten haben; das ius honorarium stellt ja die Ausgestaltung des ius civile dar. In erster Linie wird daher „iniuria“ auch im prätorischen Edikte materiell das Sichvergreifen am Körper des Nächsten gewesen sein. Der Prätor wollte ja zunächst gar keinen neuen Injurienbegriff schaffen; es kam ihm vorderhand nur darauf an, den zur Lächerlichkeit gewordenen, festen Satz von 25 Assen, womit das Zwölftafelrecht jede Realinjurie außer Knochenbruch und Verstümmelung unterschiedslos ahndete, zu beseitigen und eine bewegliche, auf Abschätzung beruhende, den konkreten Umständen entsprechende, gerechte Strafe herbeizuführen. Es ist zu erwarten, daß eine etwaige formula für die Klage dieser „iniuria“ eine körperliche Mißhandlung, wenn auch noch so leichter Art, in der demonstratio enthalten haben wird. Wir verdanken nun dem Redaktor der Lex Dei die Überlieferung einer Klageformel, in der tatsächlich von einer Handgreiflichkeit die Rede ist. In c. 6 unseres Titels § 4 erwähnt Paulus, nachdem er verschiedene Arten von Körperverletzung angeführt hat, daß die formula gelautet habe: „quod Auli Agerii mala pugno percussa est.“² Der uns bereits aus der oben berichteten Historie des L. Veratius bekannte Fall der Maulschelle hat also das Schema zur Formel

¹ Der Grund, welchen Karlowa (Röm. Rechtsgeschichte II, 3, 1331) dafür angibt, daß nämlich „jenes Edikt durch die wirksamere lex Cornelia de iniuriis . . . in den Hintergrund gedrängt wurde, so daß die Kompilatoren verschmäht haben, es aufzunehmen“, dürfte wohl allseitig Beifall finden.

² Eine Anspielung auf die formula scheint auch bei Gaius, Inst. III, 220 vorzuliegen.

abgegeben. Der Schluß scheint zwingend, gerade auch wegen dieser uns in der Lex Dei überlieferten Formel, daß dasjenige Edikt, welches sich mit dieser „iniuria“ befaßt, von körperlicher Mißhandlung gesprochen habe. Ein solches Edikt ist aber nichts anderes als die prätorische Fortsetzung des Zwölftafelrechts der „iniuria“. Dieses Edikt wird naturgemäß in der Emanation der prätorischen Satzungen „de iniuriis“ auch das erste gewesen sein und stammt unzweifelhaft aus den Anfängen des Formularprozesses. Die andern Edikte: „De convicio“, „De atemptata pudicitia“, „Ne quid infamandi causa fiat“, „De iniuriis quae servis fiunt“ etc.¹, welche teils iniuriae extra corpus betreffen, teils die sog. mittelbare Injurie, haben sich erst allmählich um den alten Kern der „iniuria“ herumgruppiert. Diese prätorischen Gestaltungen zeigen uns, wie unter dem Schutze eines dehnbaren Wortlautes die iniuria sich von körperlicher Verletzung zur Personalverletzung im weitesten Sinne fortentwickelt hat. Jenes erste Edikt nun werden wir als das „generale edictum“ des Labeo ansprechen müssen. Allerdings hat sein Injurienbegriff zur Zeit des Labeo bereits eine Erweiterung über die Grenze der körperlichen Mißhandlung hinaus erfahren; denn sonst könnte Labeo (I. 15, § 26 D. h. t.) nicht sagen, daß das Spezialedikt „Ne quid infamandi causa fiat“ eigentlich überflüssig sei, da das „infamare“ bereits durch eine Klage aus dem „generale edictum“ bedroht sei. Ursprünglich aber muß der materielle Inhalt des ersten Edikts sich auf die iniuriae in corpus beschränkt haben, da nur so das Entstehen der Spezialedikte erklärt werden kann.

An diese durch die Edikte geschaffene, mehrgestaltige iniuria knüpfte die juristische Doktrin an, als sie daran ging, die iniuriae einzuteilen. So steht Paulus unzweifelhaft unter dem Einflusse der prätorischen Satzungen, wenn er in unserem Kollationsexzerpte (tit. II, c. 5, § 4) sagt, daß die iniuria

¹ Lenel, Edictum perpetuum 322—325.

möglich ist zuerst „in corpore“, wenn wir geschlagen werden, alsdann „verbis“¹, wenn wir eine Beschimpfung erleiden — so möge zunächst mal das „convicium“ übersetzt werden —, drittens „cum dignitas laeditur“, d. h. wenn die bestimmten Personen zukommende Amts- und Standeswürde verletzt wird². Es entfernt z. B. jemand die Begleiter, ohne welche sich verheiratete Frauen und Mädchen unter 17 Jahren anständigerweise öffentlich, vielleicht auf einem Besuchsgange (I. 15, § 16 D. h. t.), nicht zeigen dürfen. Dadurch bringt er sie in den Ruf der Unkeuschheit. Gerade in dieser Beziehung erstreckt das prätorische Edikt den Injurienbegriff auf jede Handlung, durch welche anständige, weibliche Personen sich in ihrer Ehrbarkeit verletzt fühlen konnten.

Die in unserem Exzerpte von Paulus gelehrte Dreiteilung der „iniuriae“ ist aber nicht einmal von ihm selbst konsequent festgehalten. In seinen Sentenzen beginnt er den Titel „De iniuriis“ (V, 4) mit den Worten: „Iniuriam patimur aut in corpus aut extra corpus“. Hier tritt Paulus also für eine Zweiteilung ein. Die römischen Juristen sind in dieser Beziehung überhaupt uneins. Jedenfalls ist nach der geschichtlichen Entwicklung des Injurienbegriffs die Zweiteilung, wenn sie auch bloß kontradiktorischer Natur ist, die einzig logische unter denen, welche die Juristen anführen. Ebenso uneins sind sie in der Subsumierung der einzelnen konkreten Fälle unter die einzelnen Edikte. So z. B. zieht Paulus (Sent. V, 4, 4) bereits die „interpellatio de stupro“ unter die iniuriae in corpus, während Labeo bei Ulpian (I. 1, § 2 D. h. t.) ein derartiges Vergehen unter die iniuriae ad infamiam rechnet.

¹ Die Lesart „verbis“ wird von allen Handschriften der Lex Dei überliefert. Vgl. auch die Einteilung Labeos (I. 1, § 1, D. XLVII, 10). Die von Huschke in seiner Ausgabe S. 653 f nach der Rhetorik ad Herennium IV, § 35 vorgeschlagene Konjektur „in auribus“ ist meines Erachtens überflüssig.

² In derselben Reihenfolge gibt Lenel (Edictum perpetuum §§ 190 191 192) die prätorischen Edikte wieder.

Die prätorische Injurie umfaßte im Gegensatze zu der der XII Tafeln, allerdings nicht gleich anfangs, sondern erst später, auch die Verbalinjurie, wie das Paulus in unserem Exzerpte (§ 4) ausdrücklich sagt. Die XII Tafeln hatten mit schwerer, kapitaler Strafe das „occentare“ oder „carmen¹ condere“ bedroht. Darunter waren Schmäherse verstanden, welche öffentlich vorgetragen wurden, so daß ihr verleumderischer, auf die Vernichtung des guten Namens einer Person gerichteter Inhalt im Volke weithin verbreitet wurde. Die Prätores knüpften auch hier an die Bestimmung der XII Tafeln an und stellten ein edictum de convicio auf. Das muß schon sehr früh geschehen sein, denn die aus sullanischer Zeit stammende Rhetorik ad Herennium bezeichnet „pulsatio“, das ist die körperliche Mißhandlung, und „convicium“ gleichsam als die älteren, aber durchaus nicht einzigen Arten der iniuria², und stellt sie gegenüber den Injurien, welche „aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant“ (II, § 41 und IV, § 35). „Convicium“ bedeutet nun im juristischen Sinne nach der l. 15, § 4 D. h. t. gegebenen Worterklärung die von einer Rotte ausgestoßene Schmäherung, welche aber nach dem ediktalen Zusatze: „adversus bonos mores“ erfolgt sein mußte, und welche besonders dann vorlag, wenn sie geschah „cum vociferatione“, wie der Kommentar sagt (l. 15, § 11 D. h. t.), d. h. mit Erhebung von Geschrei, um die öffentliche Aufmerksamkeit auf die Schmäherung zu lenken. Dieser ursprüngliche, im prätorischen Edikt selbst unzweifelhaft immer festgehaltene Begriff von „convicium“, welcher noch deutlich das „occentare“ der XII Tafeln wieder-

¹ Carmen ist wie venenum eine vox media. Die XII Tafeln sprachen daher von „malum carmen“; allerdings ist uns nur die Verbindung mit „incantare“ überliefert (tab. VIII, n. 1; Bruns, Fontes I 28). Es ist möglich, daß „malum carmen“ hier eine ganz technische Bedeutung hatte.

² Auch sonst werden „pulsare“ und „convicium dicere“ in derselben Weise zusammen genannt, so daß man den Eindruck gewinnt, als seien die beiden Delikte immer vereint überliefert, z. B. l. 3, § 1 D. h. t.

spiegelt¹, ist aber später bei den klassischen Juristen verflacht, so daß, wie Paulus in unserem Exzerpte beweist, „convicium“ einfach die uns durch Worte zugefügte iniuria bedeutet, eben die Beschimpfung, die Verbalinjurie. Vgl. besonders auch Gaius, Inst. III, 220 222. Das alte Verbrechen des „occentare“ der XII Tafeln wurde so durch die prätorische Satzung unter der Form des „convicium“ seines öffentlichen Charakters allmählich entkleidet und in das Privatdelikt der iniuria eingereiht.

Ferner werden wir auch darin einen Gegensatz der prätorischen und zivilrechtlichen iniuria erblicken können, daß erstere als Tatbestandsmerkmal den dolus erforderte, d. h. die auf eine derartige Verletzung gerichtete, widerrechtliche Absicht. Wie das furtum nicht möglich ist ohne den animus furandi („affectu“ heißt es § 7 Inst. IV, 1), so auch nicht die iniuria ohne den animus iniuriandi. Ulpian spricht dies aus in seinem Ediktskommentar (l. 3, § 1 D. h. t.) mit den Worten: „Cum enim iniuria ex affectu² facientis consistat.“ Daraus ergibt sich, daß wie ein fahrlässiger Diebstahl, so auch eine fahrlässige iniuria begrifflich unmöglich ist. Iniuria liegt daher im fortgebildeten Recht nicht vor, einmal wenn das tätige Subjekt eines dolus überhaupt nicht fähig ist, wie der furiosus oder infans (l. 3, § 1 D. h. t., Paulus, Sent. V, 4, 2), oder wenn der dolus nicht widerrechtlich war (l. 13, §§ 1 6 D. h. t.), z. B. im Falle zulässiger Selbsthilfe. — Je nach der Spezies des mehrgestaltigen Begriffs der „iniuria“ wird naturgemäß auch der animus iniuriandi verschieden gewesen sein. Dabei spielen die von unsern heutigen Anschauungen sehr abweichenden und durchaus nicht immer beständigen Vorstellungen der Römer über Ehre und personale Würde eine wesentliche Rolle. Nach

¹ Festus s. v. „occentassit“ bezeichnet „convicium“ geradezu als das moderne Wort für denselben Begriff. Vgl. Bruns, Fontes II 19.

² „Affectus“ scheint ein Lieblingswort der Kodifikatoren gewesen zu sein, stellt also eine Interpolation dar für animus, consilium, dolus. Vgl. Vocabul. iur. Rom. I 203.

römischer Auffassung ist bei gewissen Handlungen der Erfolg objektiv injuriös bzw. kontumeliös, so daß in diesen Fällen der dolus, jene Tat zu setzen, genügt, um die iniuria zu konsummieren, ohne daß noch etwa eine besondere Kränkungsabsicht, wie wir vermuten würden, erforderlich wäre. Daß aber die nach der lex Cornelia de iniuriis strafbaren Fälle den dolus im Täter erforderten, ist bei der juristischen Natur der sullanischen leges selbstverständlich.

Endlich zeigt sich auch darin ein entschiedener Fortschritt des prätorischen Rechts, daß nicht bloß der Täter, sondern alle bei der iniuria dolos Mitwirkenden haftbar sind. So sagt das Edikt „de convicio“: „cuiusve opera factum esse dicetur“ (l. 15, § 2 D. h. t.). Vgl. l. 11, Pr. l. 15, § 8 D. h. t. Daher ist auch gegen den Anstifter die Injurienklage möglich (l. 11, § 4 D. h. t.).

Bei einem Vergleich der prätorischen iniuria mit der zivilrechtlichen werden wir also sagen müssen, daß erstere in mancher Beziehung weiter greift als letztere, indem sie besonders auf die Personalverletzung im weitesten Sinne gestellt ist, in anderer Hinsicht aber wieder enger ist, indem sie den dolus als Tatbestandsmerkmal erfordert.

5. Die klassische, juristische Doktrin hat sich nun mit der Feststellung gerade des Begriffs der iniuria eingehend befaßt. Auch der Anfang unseres Kollationsexzerptes (c. 5) ist dieser Untersuchung gewidmet. Man schied den Begriff in einen allgemeinen und besondern, so daß man von iniuria generalis und specialis sprechen darf. So auch Paulus in unserem Exzerpte und Ulpian in seinem Ediktskommentar (l. 1 Pr. D. h. t.).

Was nun die iniuria generalis betrifft, so ist zunächst festzuhalten, daß es sich hier mehr um eine doktrinäre Abstraktion handelt als um einen praktischen Rechtsbegriff. In diesem allgemeinen Sinne bedeutet „iniuria“ nach unserem Exzerpte: „omne, quod non iure fit“. So aufgefaßt bildet „iniuria“ einfach die Negation von „ius“, das „Unrecht“

schlechthin. Gemeint ist aber nicht etwa das „Unrecht“ im sakralen oder ethischen Sinne als Gegensatz zum fas, sondern iniuria erstreckt sich nicht über die bürgerlich-staatlichen Verhältnisse hinaus. Abgesehen aber von dieser Schranke ist die iniuria generalis nicht weiter eingeengt. Iniuria liegt vor, wenn jemand gegen eine Norm des öffentlichen oder des privaten Rechts verstößt, ebenso wie wenn jemand handelt, ohne eine Befugnis zum rechtlichen Handeln zu haben. Es wird also nicht danach gefragt, ob das in „iniuria“ steckende „ius“ das Recht im objektiven oder subjektiven Sinne bedeutet. Ferner macht es für die iniuria generalis keinen Unterschied, ob das „Unrecht“ verschuldet ist oder nicht, mit andern Worten, iniuria bedeutet sowohl die subjektive, auf den verantwortlichen Willen des Täters zurückzuführende und von ihm zu vertretende Verschuldung, als die bloß objektive, rein tatsächliche Rechtsverletzung. Eine Periode solcher unterschiedsloser Auffassung des „Unrechts“ hat es, wie schon mehrmals hervorgehoben, auch im römischen Recht gegeben, indem man z. B. in älterer Zeit annahm, daß der gutgläubige Besitzer durch seine Besitznahme ebenso „iniuria“ begeht, wie der Dieb durch seinen Diebstahl¹. Der Schwerpunkt der Beurteilung lag eben nur beim Verletzten; man sah nur die Tatsache des „Unrechts“.

6. Diesem rein negativen, völlig unbestimmten Begriffe der iniuria generalis stellte die Doktrin gegenüber die positiven, greifbaren Gestaltungen der iniuria, welche wir als wirksame Rechtsbegriffe der Praxis in den einzelnen prätorischen Edikten finden. Immer aber wurde die Einheitlichkeit der nach den verschiedenen Edikten strafbaren Injurien festgehalten, wie das besonders hervorgeht aus der prozessualen Konnexität der iniuriae (l. 7, § 5 D. h. t.). So anerkannte die Doktrin im Gegensatz zu dem Injurienbegriff im allgemeinen einen solchen im besondern und nahm von letzterem drei

¹ Jhering, Schuldmoment 5 f.

Spielarten an. Paulus lehrt in § 1 unseres Exzerptes c. 5, daß im speziellen Sinne die iniuria soviel sei wie contumelia oder wie culpa oder wie iniquitas und iniustitia.

Iniuria ist also zunächst soviel wie contumelia. Diese wird wieder der griechischen ὕβρις gleichgestellt. Auch hieraus lernen wir wieder, daß das römische Recht in manchen Materien unter griechisch-rechtlichem Einflusse stand¹. Allein was verstanden die Griechen unter der ὕβρις? Nach den uns vorliegenden Quellen ist der strafrechtliche Begriff derselben unklar und verschwommen. Ὑβριζέειν εἰς τινα wird nach dem Wortlaut des von Hitzig² vorgelegten, in doppelter Form überlieferten Gesetzes gleichgestellt mit παράνομόν τι ποιῆν εἰς τινα, worunter man jeden rechtswidrigen Angriff auf eine Person ziehen könnte, was aber gewiß ebenso unrichtig wäre, als unter der „iniuria“ in tab. VIII, n. 4 die „Rechtswidrigkeit“ zu verstehen. Soweit sich der Begriff der ὕβρις im Rechtssinne, nicht nach der Vorstellung der griechischen Dichter und Theologen, aus den Quellen feststellen läßt, bezeichnet er eine Gewalttätigkeit gegen den Nächsten, welche aber mit der Absicht verbunden ist, ihn zu entehren, natürlich nach griechischem Ehrbegriff. Allmählich aber wird die Gesinnung, aus der die Gewalttätigkeit entspringt, die Absicht, nicht die äußere Erscheinung der Tat, das vorwiegende Moment. So fallen unter den Tatbestand der ὕβρις auch bloße Freiheitsberaubung, Attentate auf die sittliche Integrität, Handlungen, wie jemand ins Gesicht spucken usw. Ein tätliches Handeln wird aber immer gefordert. Der griechische Hybrisbegriff setzt sich also aus zwei Momenten zusammen.

¹ Auf diese Tatsache hat in jüngster Zeit noch Mommsen z. B. aufmerksam gemacht, indem er auf das in den XII Tafeln (tab. VIII, n. 4 bei Bruns, Fontes I 29) vorkommende griechische Lehnwort „poena“ hinwies. Vgl. Röm. Strafrecht 13. Man vergleiche auch die treffenden Ausführungen Ostoffs über die Etymologie von „poena“ bei Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II 790 A. 3.

² Iniuria 34.

Als Analogon dieser ὕβρις in der fortgeschrittenen Bedeutung finden wir nun bei den klassischen, römischen Juristen die „contumelia“, „quae a contemnendo dicta est“ (Pr. Inst. IV, 4). Labeo bedient sich aber, wie aus dem Schlusse des § 1 unseres Exzerptes hervorgeht, noch des griechischen Ausdruckes. Auch bei dem römischen Worte „contumelia“ muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß es sich um „contumelia“ nur im Rechtssinne handelt; denn das Wort an sich geht sprachlich und besonders auch ethisch weit über den juristischen Rahmen hinaus. Die juristischen Schriftsteller lassen manchmal die contumelia ganz und gar in der iniuria aufgehen, wenigstens scheinbar; so Ulpian l. 13, § 4 und l. 17, § 3 D. h. t.; Papinian l. 23, § 3 D. XLVIII, 5, und vielleicht auch Gaius, Inst. I, 141. Allein Paulus gibt in unserem Kollationsexzerpte (§ 3) in ausgezeichneter Weise die Beziehung von iniuria zu contumelia wieder, indem er von derjenigen iniuria spricht, „quae contumeliae causa fit“. Weniger klar ist Paulus in seinen Sentenzen (V, 4, 2 22). Hell tritt das Verhältnis von iniuria zu contumelia wieder hervor bei Ulpian in unserer Lex Dei (tit. VII, c. 3, § 4) und Gaius, Inst. III, 222. Auch schon Labeo (l. 13, § 4 D. h. t.) deutet das Verhältnis richtig an. In allen diesen Stellen erscheint die contumelia als eine Unterart der iniuria¹.

Fragen wir nach den konstitutiven Momenten der contumelia, so scheinen die Worte in § 3 unseres Exzerptes einen Anhalt zu bieten: „Hoc edictum ad eam iniuriam pertinet, quae contumeliae causa fit.“ Offenbar ist hier ein bestimmtes Edikt „de iniuriis“ markiert. In welchem Zusammenhange das „hoc“ steht, wissen wir nicht, da die paulinische Monographie, welcher unser Exzerpt entnommen ist, verloren gegangen ist und Parallelstellen nicht existieren. Da nun der materiell-rechtliche Inhalt der sog. Spezialedikte uns über-

¹ Weitere Belege besonders aus republikanischen Schriftstellern bringt Pernice, Labeo II 21 A. 1.

liefert und genau bekannt ist, so bleibt für die *contumelia* nur übrig das „generale edictum“, wie es Labeo nennt, dessen Wortlaut uns zwar nicht überliefert ist, welches aber nach unserer Kompilation tit. II, c. 6, § 4 die formula aufweist: „quod Auli Agerii mala pugno percussa est“. Das eine begriffbildende Moment wird daher die Handgreiflichkeit sein. — Das zweite Moment liegt im Worte selbst. *Contumelia a contemnendo dicta est*. Die *iniuria specialis*, welche die römischen Juristen mit „*contumelia*“ interpretierten, war also eine Personalverletzung, aber mit doppelter Nuance; denn einmal kam nur ein den Körper des Nächsten irgendwie zum Objekt nehmendes, aber immerhin doch tätliches Handeln in Betracht, andererseits aber muß dieses Handeln aus dem besondern *animus contemnendi* hervorgegangen sein. Neben der gewollten Tat der Handgreiflichkeit wird also bei der *contumelia* noch Gewicht gelegt auf die die Verachtung zum Ausdruck bringende Absicht.

Bereits oben (S. 126) war aber darauf hingewiesen worden, daß schon zu Labeos Zeit der von den XII Tafeln ins General-edikt übernommene, alte Begriff der *iniuria* im Sinne von Handgreiflichkeit eine Ausweitung über diesen Rahmen hinaus erfahren haben mußte. Auch für die *contumelia* wurden später die Grenzen weiter gesteckt, als eben angegeben. Wie z. B. aus den l. 11, § 9 und l. 12 D. h. t. angeführten Fällen hervorgeht, umfaßte die *contumelia* später insbesondere auch Tatbestände, welche die *existimatio* des römischen Bürgers, d. h. seine bürgerliche Rechtsstellung (l. 5, § 1 D. L, 13) zu verletzen geeignet waren. Da nun auch das griechische Recht eine Art der *Hybris* kennt, welche gegen die bürgerliche und staatsrechtliche Stellung des einzelnen Bürgers gerichtet war, wie Hitzig¹ angibt, so fällt die Parallele zwischen der *contumelia* der römischen Juristen und der *Hybris* der attischen Rechtsgelehrten ins Auge. Noch sei bemerkt, daß nach

¹ *Iniuria* 36 56.

tit. VII, c. 3, § 4 unserer Kompilation die *contumelia* gleichsam der Kernpunkt der *actio iniuriarum* ist.

7. *Iniuria* im speziellen Sinn wird von Paulus in unserem Exzerpte ferner vermisch mit der *culpa*, insbesondere wird hierbei auf die *lex Aquilia* hingewiesen. Diese handelt von der Beschädigung einer fremden Sache. Nach dem Wortlaute des Gesetzes war notwendige Voraussetzung für die Haftung, daß die Beschädigung, das *damnum*, „*iniuria*“, zu „Unrecht“ geschehen sei. Das aquilische Gesetz ist das einzige, bei welchem die „*iniuria*“ als besonderes Erfordernis ausdrücklich hervorgehoben wird. Was ist hier nun die *iniuria*? *Iniuria* im allgemeinen Sinn ist „*omne, quod non iure fit*“. Ursprünglich wird die *iniuria* auch bei der *lex Aquilia* im objektiven Sinne aufgefaßt worden sein als materielle, äußere Rechtsverletzung ohne irgend eine Beziehung zum handelnden Subjekte. Bald aber mußte man doch Fälle erleben, bei denen wohl tatsächlich, rein äußerlich eine Beschädigung eingetreten war, jedoch der Täter offenbar nicht schadenersatzpflichtig erscheinen konnte. In abstracto, objektiv, war das Recht verletzt, in concreto, subjektiv, war der Täter vielleicht gar befugt zum rechtswidrigen Handeln. Solche Fälle führt uns die *Lex Dei* in tit. VII, c. 3 an. Es hat jemand einen fremden Sklaven getötet, welcher räuberte. Der Täter, so heißt es „*lege Aquilia non tenetur, quia iniuria non occidit*“ (§ 1)¹. Ebenso verhält es sich im Falle der Notwehr (§ 2). Es wird daher später nicht bloß gefragt worden sein, ob die Tat, die Beschädigung rechtswidrig war, sondern auch, ob der Täter die Rechtsverletzung „*iniuria*“ begangen habe. Hier hat „*iniuria*“ offenbar einen ganz andern Sinn angenommen. Es bedeutet nämlich, ob der Täter ein Recht hatte zu seinem rechtswidrigen Handeln oder nicht, mit andern Worten, ob ihn ein Verschulden trifft. So wird von der *iniuria* gesagt, daß sie

¹ Dieses Beispiel ist von den Kodifikatoren nicht in die *Digesten* aufgenommen worden l. 3 D. IX, 2.

gleich der culpa sei, der Verschuldung an sich, ganz im allgemeinen, im Gegensatz zum erlaubten Handeln. Wir sehen also, wie „iniuria“ in der römischen Jurisprudenz ein Merkmal sowohl des objektiven, wie subjektiven Tatbestandes eines Delikts sein kann, mit andern Worten, ebenso Rechtswidrigkeit bedeuten kann wie Verschuldung. Diese Dehnbarkeit des Begriffs ist nur ermöglicht durch die Zusammensetzung des Wortes „iniuria“, wodurch eben bloß das Vorhandensein von „ius“ negiert wird, positiv aber nichts weiter bestimmt wird. Insbesondere wird innerhalb der Verschuldung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht differenziert. So sagt Gaius, Inst. III, 211: „Iniuria autem occidere intelligitur, cuius dolo aut culpa id acciderit . . . itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.“ Setzt also unser Exzerpt „iniuria“ im Sinne von „contra ius“ (tit. VII, c. 3, § 4) = „culpa“, so ist diese culpa das Verschulden schlechthin, nicht etwa die spätere culpa im technischen Sinne, die sog. aquilische, das ist die Außerachtlassung der allen in einer Rechtsgemeinschaft Lebenden obliegenden Sorgfalt (diligentia), im Gegensatze zum dolus.

8. Iniuria im speziellen Sinne bedeutet endlich soviel wie „iniustitia“, „iniquitas“. Paulus sagt in unserem Exzerpte, daß wir „iniuria“ erleiden, wenn der Prätor „non iure adversum nos pronuntiat“, d. h. wenn er z. B. eine ungerechte, unbillige formula erteilt, indem er einen Punkt anders darstellt, als die Partei ihn vorgetragen und beantragt hatte, oder etwas nicht hinzufügt usw. Bekanntlich waren im Interesse einer möglichst unparteiischen Justiz die Funktionen im Formularprozesse geteilt zwischen dem Prätor und dem Richter. Der Prozeß lag nicht in einer Hand. Der iudex war abhängig vom Prätor, an dessen formula er sich zu halten hatte, aber auch der Prätor bzw. die von ihm aufgestellte Formel wurde vom Richter bzw. den Parteien kontrolliert. Das Verfahren in iudicio gestaltete sich so manchmal zu einer Kritik des Verfahrens in iure. So konnte es vorkommen, daß

die eine Partei erklärte, sie hätte vor dem Prätor „iniuria“ erlitten im Sinne von „iniustitia“ oder „iniquitas“. Ganz im demselben Sinne sagt Cicero pro Tullio § 38: „... in iudicio queri praetoris iniquitatem, quod ‚de iniuria‘ (in formula) non addiderit“. Es ist also nicht wahr, fährt Paulus in unserem Exzerpte fort, was Labeo glaubte, daß „apud praetorem“ „iniuria“ immer nur die Hybris bedeute, welcher später die klassischen Juristen Roms die contumelia substituierten. Die Worte „apud praetorem“ „vor dem Prätor“ können hier nichts anderes bedeuten als „in iure“¹, womit der erste Teil des Formularprozesses gemeint ist, in welchem der Prätor den Anspruch des Klägers auf seine juristische Haltbarkeit hin zu prüfen hatte. Paulus legt also dem Labeo hier unter, daß dieser glaube, daß unter „iniuria apud praetorem“ immer nur die nach dem Generaledikte straffbare contumelia zu verstehen sei, während man doch von „iniuria apud praetorem“ auch noch im Sinne von „iniquitas, iniustitia apud praetorem“ sprechen könne. Man kann nun nicht gerade sagen, daß Paulus mit seiner Kritik Labeos eine große Weisheit ausspricht: denn diese Bedeutung von „iniuria apud praetorem“ würde Labeo sicher nicht in Abrede gestellt haben. Ganz irrig war die Ansicht, welche Pernice in der ersten Auflage seines Labeo² über unsere Stelle vorgetragen hatte, daß „selbst Handlungen, die nur dem Sittengesetze zuwiderlaufen, als iniuria bezeichnet“ werden. Iniuria bedeutet an unserer Kollationsstelle nicht das ethische Unrecht, sondern die Unbilligkeit, welche der aequitas widerstreitet. Vgl. Gaius, Inst. III, 25. In der zweiten Auflage hat Pernice diese Meinung nicht wiederholt.

9. Die allen aufgezählten Arten der iniuria gemeinsamen Momente erblickt Paulus, vorausgesetzt, daß die Texteskon-

¹ Pernice, Labeo II 28 A. 1, faßt die Worte unrichtig auf vom prätorischen Edikte. In diesem bedeutet aber „iniuria“ nach tit. VII, c. 3, § 4 unserer Kompilation gerade eben die contumelia.

² II (Halle 1878) 9 f.

jektur Lachmanns¹ richtig ist, in der Verletzung der guten Sitte („adversus bonos mores“) und darin, daß auch nur jemand ein Interesse habe, daß die iniuria nicht geschehe. Mit dieser einheitlichen Zusammenfassung und Hervorhebung zweier allen Arten der iniuria gemeinsam inhärierenden Momente steht Paulus allein da. Mit dem zweiten wird die iniuria so recht als ein Privatdelikt gekennzeichnet. Aber was bedeuten die Worte: „adversus bonos mores“? Labeo gibt im Kommentar des Ulpian zum Edikte „de convicio“ (l. 15, § 6 D. h. t.) eine erschöpfende Erklärung: „Adversus bonos mores sic accipiendum non eius qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis.“ Die Klausel „adversus bonos mores“ soll offenbar, wie das auch aus dem vorangehenden § 5 der zitierten Digestenstelle hervorgeht, einschränken. Ganz ebenso ist die Erklärung im Kommentar zum Spezialedikte „de atemptata pudicitia“ (l. 15, § 23 D. h. t.). Die Worte „adversus bonos mores“ bedeuten weder die Auffassung der Tat durch den Täter, noch haben sie mit Sittlichkeit und Moral im strengen Sinne des Wortes etwas zu tun, sondern die „boni mores“ sind nach Labeo die nach Ort und Zeit wechselnden Anschauungen von Sitte und Anstand, wie sie bei der Bürgerschaft einer bestimmten Stadt in einer bestimmten Periode herrschen. Was man nicht alles vom Standpunkte der „boni mores“ beurteilte, zeigt z. B. l. 1, § 1, D. XLVII, 11. Unzweifelhaft liegt in der Zulassung der Frage, ob etwas „adversus bonos mores“ geschehen sei, ein starkes, subjektives Moment. Wer soll die Antwort darauf geben? Natürlich nicht ein Einzelner, sondern die Gesamtheit („generaliter accipiendum“) bzw. ihr Vertreter, die Obrigkeit, also hier der Prätor. Dieser hatte, wenn das Edikt die Klausel trug, es in der Hand, die Klage zu verweigern. Würde

¹ Vgl. Textausgabe der Collatio von Mommsen 145. Lachmann hat aber selbst herausgefunden, daß die Konjektur sprachlich großes Bedenken hat, indem er ein „aliquid“ vor „fit“ einschieben wollte. Auch sachlich steht die Konjektur auf sehr schwachen Füßen.

Paulus mit seiner Ansicht recht haben, daß „commune omnibus iniuriis est, quod semper adversus bonos mores fit“ (§ 2 unseres Exzerptes), dann würde es immer in das subjektive Belieben des Prätors gestellt gewesen sein, ob er „boni mores“ verletzt glaubte oder nicht und dementsprechend die Klage zuließ oder verweigerte. Dem scheint aber meines Erachtens zu widerstreiten, daß nach dem Stande unserer Überlieferung die Klausel „adversus bonos mores“ sich nur bei drei Spezialedikten findet¹. Außerdem konnte doch bei einer handgreiflichen oder augenscheinlich animo contemnendi verübten Injurie ein Zweifel über die Zulässigkeit der Injurienklage gar nicht bestehen, letztere konnte daher in solchen Fällen gar nicht ins Ermessen des Prätors gestellt gewesen sein. Insbesondere gilt dies von der atrox iniuria.

10. Zum Schlusse sei noch kurz der Begriff der atrox iniuria erörtert. Der Kompilator der Lex Dei bringt in c. 2 unseres Titels ein Exzerpt aus Ulpian, in welchem jener Begriff formell und materiell zu bestimmen versucht wird. Das formelle Moment gehört dem Prozeßrechte an und wird unten bei der Injurienklage zur Besprechung gelangen. Materiell wird die atrocitas iniuriae geschlossen aus den näheren Umständen. „Colligi“, sagt Ulpian in unserem Exzerpte. Die Bezeichnung „atrox“ ist kein technischer Ausdruck und findet sich weder in irgend einer lex noch im prätorischen Edikte. Die Jurisprudenz hat ihn wohl erst in späterer Zeit aufgestellt, ebenso wie den gegenüberstehenden „levis“.

Nach den Worten Ulpians in unserer Stelle spiegelt sich in der atrocitas wider die Färbung des konkreten Falles. Atrox bezeichnet nämlich den Fall als einen qualifizierten und involviert daher einen höheren Grad der Strafbarkeit. Die atrocitas kann sich so mit jedem Delikte verbinden: aber nur die atrox iniuria hat sich zu einer festen, juristischen Kategorie herausgebildet, welche im späteren Rechte aus dem

¹ Lenel, Ed. perp. §§ 191 192 194.

Privatdelikte herausgehoben, ins öffentliche Strafrecht hinübergeleitet und mit krimineller Strafe geahndet wurde. — Fragen wir nach den die atrocitas eines Vergehens begründenden Umständen, so schätzt sie Quintilian in seiner „Institutio oratoria“ (VI 1, 15—17) ganz allgemein und vom rhetorischen Standpunkte aus ab nach „res, locus, tempus“¹. In der Frage, welche Momente speziell die atrocitas iniuriae hervorbringen, stimmen die Juristen nicht genau überein. Gaius (Inst. III, 225) nennt: „factum, locus, persona“ (vgl. § 9, Inst. IV, 4); Labeo (I. 7, § 8 D. h. t.): „persona, tempus, res“; Paulus (Sent. V, 4, 10) endlich: „locus, tempus, persona“. Aus unserem Kollationsexzerpte ist für die vorliegende Frage wenig zu entnehmen. Entweder hat Ulpian bloß das „factum“ berücksichtigt, oder aber, was viel wahrscheinlicher ist, der Redaktor der Lex Dei hat mit den Worten „Et reliqua“ die andern Momente, aus denen Ulpian sonst noch die atrocitas iniuriae gefolgert hat, einfach abgeschnitten. — Der Titel II ist überschrieben mit den Worten: „De atroci iniuria“. Wie anfangs bemerkt, versteht der Kompilator darunter die schwere Körperverletzung. In dieser Interpretation von „atrox iniuria“ befindet er sich in Übereinstimmung mit den klassischen Juristen, welche, soweit die „res“ oder das „factum“ als das die atrocitas begründende Moment für sie in Frage kommt, darunter wohl immer eine schwere, körperliche Mißhandlung verstehen, wie Ulpian in unserem Exzerpte ja das „verberari vel vulnerari“ beispielsweise anführt, eine Körperverletzung, welche wegen der Größe der Wunde und wegen der Wichtigkeit des Wundortes („vulneris magnitudo“, „locus vulneris“ I. 8 D. h. t.) als eine besonders schwere bezeichnet werden muß².

§ 13. Die actio iniuriarum.

1. Die Normen über die „iniuria“ beruhten teils auf der lex publica der XII Tafeln, teils auf dem prätorischen Edikte.

¹ Vgl. die Rhetorik ad Herenn. II 15.

² Vgl. I. 7, § 8 D. h. t. Derselbe Gesichtspunkt in § 224 R.Str.G.B.

Daher ist die „iniuriarum actio aut legitima aut honoraria“, wie es in unserer Kompilation tit. II, c. 5, § 5 heißt. Die Injurienklage ist entweder im ius civile begründet und in die Form der legis actio eingekleidet, das ist der zivilrechtlichen Klage alten Stils, oder sie gehört zu den durch den Prätor neu eingeführten. Losgelöst von den positiv-rechtlichen Bestimmungen des alten Volksgesetzes der XII Tafeln oder von den prätorischen Satzungen hat es in Rom niemals eine iniuriarum actio gegeben. Das Wort „iniuria“ in dieser Verbindung hat immer eine enge, praktisch-technische Bedeutung gehabt. Eine iniuriarum actio etwa im Sinne von Klage aus „Rechtswidrigkeit“ schlechthin haben die Römer niemals gekannt.

2. Es gibt also nur zwei Klagefundamente: die „lex“ und das ius honorarium. Dem scheint Paulus (Sent. V, 4, 6) zu widersprechen, wenn er die „iniuriarum actio“ eingeführt sein läßt „aut lege aut more aut mixto iure“, also drei Klagefundamente annimmt. Die Begriffe „lex“ und „mos“ sind klar: sie entsprechen nach den Ausführungen des Paulus in §§ 6 und 7 a. a. O. den Begriffen „legitima“ und „honoraria“ in unserem Kollationsexzerpte. Aber was ist „mixtum ius“? In § 8 fährt Paulus fort: „Mixto iure actio iniuriarum ex lege Cornelia constituitur“ und führt dann qualifizierte Fälle der iniuria, wie sie in der lex Cornelia angegeben waren, auf. Zur Vervollständigung mögen noch hinzutreten die Stellen § 8, Inst. IV, 4: „Sed et lex Cornelia de iniuriis loquitur et iniuriarum actionem introduxit“, und I. 5 Pr. D. XLVII, 10: „Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod etc. . . Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem.“ Daraus gewinnt man den Eindruck, als ob die lex Cornelia de iniuriis neben „lex“ und „mos“ ein eigenes Klagefundament gebildet habe, wie ja dies auch von den andern sullanischen Reformgesetzen gilt. Dann allerdings würde zwischen unserem Kollationsexzerpte aus Paulus und obiger Sentenzenstelle desselben Juristen bzw. den angeführten Zitaten aus der justinianischen Kodifikation ein Widerspruch bestehen.

Der Widerspruch ist aber meines Erachtens nur scheinbar. Die Worte „mixto iure“ in den Sentenzen des Paulus deuten nach dem Zusammenhange auf eine Vermischung hin, entweder zwischen „lex“ und „lex Cornelia“ oder zwischen „mos“ und „lex Cornelia“. Der erstere Fall kann nicht in Frage kommen, da die Injurienklage der XII Tafeln mit dem Emporkommen des Formularprozesses untergegangen ist (vgl. § 7, Inst. IV, 4). Daher kann mit „mixto iure“ nur die Mischung zwischen „mos“, d. h. dem prätorischen Edikte und der lex Cornelia gemeint sein. Eine Schwierigkeit bezüglich der Zeit besteht nicht: denn die prätorischen Edikte haben zweifellos zur Zeit Sullas schon bestanden. Die materiell-rechtlichen Normen der lex Cornelia sind ja offenbar nur eine Novelle zu den prätorischen Satzungen über die „iniuria“, oder genauer gesagt, zum sog. generale edictum, und diese Novelle scheint die zu Grunde liegenden Rechtsnormen bald ganz und gar verdrängt zu haben, so daß wohl aus diesem Umstände zu erklären ist, daß Tribonian den Wortlaut des generale edictum als einer veralteten Satzung uns gar nicht mehr überliefert hat¹. So scheint auch die actio ex lege Cornelia de iniuriis nichts weiter zu sein als eine prozessuale Novelle zur prätorischen Injurienklage. Die actio iniuriarum selbst beruhte nach wie vor auf dem „mos“, war eine „honoraria“, und die lex Cornelia hat nur für den Prozeß bestimmter, qualifizierter Arten der iniuria ein publicum iudicium geschaffen, wie das aus l. 12, § 4 D. XLVIII, 2 deutlich hervorgeht, eine eigene quaestio mit magistratischer Leitung dafür eingesetzt, und auch sonst prozessuale Neuerungen eingeführt, welche die Prätores auch bei ihren ästimatorischen Klagen auf dem Wege der Analogie („exemplum legis secutores“) befolgten, wie z. B. die Deferierung des Eides seitens des Klägers auf den Beklagten, daß er die Injurie nicht begangen

¹ Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II 1331.

habe (l. 5, § 8 D. XLVII, 10)¹. Ganz klar gibt Paulus (l. 42, § 1 D. III, 3) das Verhältnis wieder, wenn er sagt: „... nam etsi pro publica utilitate exercetur (sc. actio ex lege Cornelia), privata tamen est“, d. h. der Sache nach ist auch die actio ex lege Cornelia eine Privatklage, wie ja das auch besonders aus dem Umstände hervorgeht, daß sie nur dem Injurierten gegeben wird, also ein Antragsverfahren darstellt. Die äußere Form allerdings ist die des iudicium publicum. Des öffentlichen Interesses wegen untersteht sie einem Geschworenengericht mit magistratischem Vorsitz. So erscheint die actio ex lege Cornelia als ein wegen seines hervorragenden, öffentlichen Interesses privilegierter, d. h. auf die Basis des iudicium publicum gestellter Privatprozeß. Diese durch die sullanische lex eingeführte prozessuale Verschärfung hängt zusammen mit der reformatorischen Tendenz der sullanischen Gesetze überhaupt. Infolge der vielen politischen Unruhen und Wirren waren besonders in der gewaltigen Großstadt alle Bande der Ordnung gelöst, Roheits- und Gewalttätigkeitsdelikte an der Tagesordnung. Wollte Sulla die Rückkehr sozial geordneter Verhältnisse, so mußte er auch besonders gegen diese Verbrechen aufs schärfste einschreiten. Nicht mehr konnte, wenigstens bei besonders schweren Fällen der iniuria, bloß der Verletzte als Privatperson in Betracht kommen, sondern Sulla sah mit Recht in derartigen Vergehen einen

¹ Ob die lex Cornelia de iniuriis auch eine öffentliche, d. h. kriminelle Strafe angedroht habe, wie L. Günther (Körperverletzung 31) glaubt, oder ob die Geldstrafe als die allgemeine Injurienstrafe trotz des Geschworenengerichtes beibehalten wurde, wie Mommsen (Röm. Strafrecht 802) annimmt, ist bei dem gänzlichen Mangel irgend einer diesbezüglichen Nachricht schwer zu entscheiden. Allerdings scheint die Tendenz der energischen Unterdrückung der Gewalttätigkeitsdelikte, soweit sie von der lex Cornelia de iniuriis getroffen werden sollten, auf kriminelle Strafe hinzuweisen. Geldstrafe würde bei den oft vornehmen und reichen Rowdies der Großstadt wenig Erfolg gehabt haben. Die Bezugnahme Hitzigs (Iniuria 77) auf die Geldstrafe der lex Fabia de plagiaris ist hinfällig: denn für die habstüchtigen societates der Staatspächter war eben nur hohe Geldstrafe empfindlich.

Bruch des öffentlichen Friedens. Von diesem Gesichtspunkte aus erklärt sich die Aufnahme der Prozeßnovelle, d. i. der verschärften *actio ex lege Cornelia*, in die *actio iniuriarum* ohne Schwierigkeit.

Diese Prozeßnovelle hat nun aber nicht die zu Grunde liegende, prätorische Klage absorbiert, wie der materielle Inhalt der sullanischen *lex* das generale edictum verdrängt hat. Im Gegenteil: die *actio iniuriarum aestimatoria* als Privatklage ist neben der öffentlichen Klage immer bestehen geblieben. Trotz aller Verschärfungen *ex lege Cornelia* ist die *actio iniuriarum* eine „honoraria“ geblieben, wie sie in unserem Kollationsexzerpt genannt wird. Es handelt sich bei der *actio ex lege Cornelia* weder um eine neue Privatklage, wie Pithou in seinen Noten zu tit. I der *Collatio* (p. 73) annimmt, noch um eine neue, selbständige Kriminalklage, wie es nach den anfangs vorgetragenen Stellen den Anschein hat. Übrigens hat schon Cuiacius¹ das Verhältnis richtig dargestellt mit den Worten: „*Mixta iniuriarum actio est, quae lege Cornelia constituta et moribus recepta est.*“

3. Nachdem der Redaktor der *Lex Dei* am Ende des c. 5 unseres Titels im § 5 aus der oft erwähnten Monographie des Paulus die *actio legitima ex lege duodecim tabularum* angeführt und Anwendungsfälle hervorgehoben hat, reiht er in c. 6 aus derselben Monographie Vorschriften über die „*actio honoraria*“, die prätorische Injurienklage, an.

Zunächst tritt uns in der § 1 erwähnten Taxationsberechtigung des Klägers der Fortschritt entgegen, welchen die prätorische Klage gemacht hat gegenüber derjenigen des stadtrömischen *ius civile*.

Ursprünglich war es lediglich Sache des Geschädigten und seiner Sippe, sich an dem Schädiger und dessen Sippe durch Selbsthilfe zu rächen. Frühzeitig kam der Gedanke auf, daß man sich diese Rache durch Geld und Geldeswert abkaufen

¹ Bei Schulting, *Iurispr. anteius.* 440.

lassen könne. Die Festsetzung dieser Bußsumme lag beim Verletzten, bzw. sie kam durch freie Vereinbarung zu stande. Die Gewohnheit bildete allmählich feste Sätze in dieser Beziehung aus. Als dann die staatliche Gewalt die Selbsthilfe immer mehr zurückdrängte und die Reaktion gegen das Unrecht selbst in die Hand nahm, wurden auch diese festen, im Rechtsbewußtsein der Genossen eingebürgerten Sätze einfach mitübernommen und erlangten so in der Hand des Staates den Charakter der staatlichen Strafe. So verschwand allmählich die kapitale Lösung der durch die Verletzung geschaffenen Verwicklung, die obligatorische kam immer mehr empor, für arme Leute allerdings ersetzt durch die Schuldknechtschaft.

Ungefähr diese Entwicklungsstufe repräsentieren die XII Tafeln in ihren gesetzlichen Bestimmungen über Verstümmelung, Knochenbruch und „*iniuria*“. Wir sahen, wie bei der Verstümmelung wenigstens prinzipaliter eine Abfindung in Geld intendiert war, die Talion erst subsidiär eintrat, wie diese aber durchaus nicht ohne weiteres freigegeben war, sondern wie von seiten der Gemeinde durch die berufenen Organe erst darauf erkannt werden mußte. Bei Knochenbruch und „*iniuria*“ aber finden wir von vornherein eine feste Summe als Abfindung bzw. als Strafe gesetzlich normiert. Allein gerade diese letztere Einrichtung, das „System der festen Preise“, wie es Jhering¹ treffend genannt hat, konnte sich auf die Dauer nicht halten. Indem jede Ungleichheit sowohl rücksichtlich der sittlichen Verschuldung wie des Standes und der persönlichen Verhältnisse des Täters wie des Verletzten ignoriert wurde, führte diese abstrakte, äußerliche, mechanische Gleichmacherei zu den größten Ungerechtigkeiten und Absurditäten². Dazu kam, daß sich die sozialen wie wirt-

¹ Geist I 137.

² Gerade das Absurde tritt bei Gellius, *Noct. Att.* XX, 1, 13 recht hervor in der überleitenden Form. Nachdem die Anekdote des L. Veratius erzählt ist, wird fortgefahren: „*Propterea praetores postea hanc (sc. legem) abolescere et relinquere censuerunt.*“

schaftlichen Verhältnisse in der Folgezeit nach den XII Tafeln schnell und gründlich änderten. Eine in Geld festgesetzte Strafe muß ja ihren Charakter vollständig alterieren, wenn der Geldwert sinkt. Kurz und treffend hebt Gaius die Verschiedenheit der Zeiten hervor, wenn er Inst. III, 223 am Ende sagt: „Et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniariae poenae.“

Eine Reform tat dringend not. Die festen Schranken der XII Tafeln wurden auch in unserer Beziehung nach einem schönen Worte R. Leonhards¹ der späteren Zeit zu eng, wie der alte Mauerring. Vor allem mußte die durch die festen Sätze der alten *actio legitima* geschaffene, unerträglich gewordene Einheitlichkeit der Strafe bei Knochenbruch und „iniuria“ beseitigt werden. Um diesen Zweck zu erreichen, führte der Prätor, indem er das von den XII Tafeln wenigstens implicite dem Verstümmelten gewährte Recht der Selbstabschätzung der erlittenen Beschädigung zum Ausgangspunkte nahm und einen Schritt weiter ging, ganz allgemein die Abschätzung der erlittenen Verletzung seitens des Beschädigten ein. Dadurch erreichte er einmal, daß die mit einer fortgeschrittenen Zeit unvereinbare Talion endgültig, nun auch bei der Verstümmelung, beseitigt wurde; anderseits mußten bei Knochenbruch und „iniuria“ die alten, festen, gesetzlichen Strafsätze fallen. Damit war im Falle einer Verletzung jedweder Art die sich der Individualität des konkreten Falles anpassende, elastische und subjektive Abschätzung seitens des Verletzten ins Leben getreten. So entstand die *actio iniuriarum aestimatoria* des Prätors, welche daher in unserem Titel c. 5, § 5 „*actio honoraria*“ genannt wird, und welche den späteren Injurienprozeß beherrschte.

4. Die *actio iniuriarum honoraria* ist eine schätzbare Klage, d. h. nicht das Gesetz fixiert die Strafe, sondern dem Kläger selbst steht das Recht zu — und zwar „sine iudicis arbitrio“,

¹ Schutz der Ehre 8.

wie es in c. 2 unseres Titels heißt — abzuschätzen, welche Summe der Beklagte als Äquivalent für die Injurie zahlen soll. Der Richter verurteilt dann zu soviel, als der Kläger abgeschätzt hat oder auch zu weniger, ganz nach seinem Ermessen (Gaius, Inst. III, 224). Auf mehr aber darf er nicht erkennen; sonst zieht er sich selbst den Prozeß auf den Hals, und die Gegenpartei wird frei (Gaius ebd. IV, 52). Die Taxationssumme des Klägers darf aber nach c. 6, § 1 nicht kleiner sein, als das „*vadimonium*“ beträgt. Falls nämlich der Rechtshandel an dem Tage der *in ius vocatio* nicht beendet werden konnte, mußte die beklagte Partei solemniter versprechen, zu einem zweiten Termin vor Gericht zu erscheinen. Dieses Versprechen war in der Regel mit einer Konventionalstrafe als Bürgschaftssumme beschwert. „*Vadimonium*“ hieß dann ebenso das Versprechen wie die Geldsumme. Daraus ergibt sich, daß nicht etwa notwendig und bei allen Prozessen ein *vadimonium* versprochen wurde. Unsere Prozeßbestimmung in der Lex Dei bedeutet also: die *taxatio* des Klägers darf nicht kleiner sein als das *vadimonium*, vorausgesetzt natürlich, daß überhaupt ein solches abgeschlossen worden war. — Bekanntlich hat man in späterer Zeit andere Arten von Termin- oder Gestellungsbürgschaften gehabt, um den Fortgang des Prozesses zu sichern. Daraus erklärt sich, daß Tribonian in l. 7, Pr. D. XLVII, 10 die in unserer Stelle enthaltene Bestimmung des prätorischen Ediktes einfach gestrichen hat.

Es ist darüber gestritten worden, ob die von allen Hss überlieferte Lesart der Lex Dei „*minorem*“ richtig sei. Huschke¹ hat unter dem Beifall anderer² vorgeschlagen, „*maiolem*“ zu lesen. Der Kläger soll danach keine höhere Taxation beantragen, als das *vadimonium* beträgt. Diese Konjektur ist zu verwerfen, wenn es sich um die *iniuria* schlecht-

¹ Gaius, Beiträge 135—137.

² z. B. von Lenel, Ed. perp. 320; Hitzig, *Iniuria* 64.

hin handelt. Denn die von Gaius (Inst. IV, 186) uns klar überlieferten Bestimmungen des prätorischen Ediktes besagen, daß das vadimonium nicht mehr als die Hälfte des Wertes der Streitsache betragen dürfe, außer im Falle der *actio iudicati* und *depeni*, wobei sich der Kläger das vadimonium in der Höhe des Ganzen versprechen ließ. Da unser Kollations-exzerpt von der *iniuria* ganz im allgemeinen spricht, so ist die Lesart „*minorem*“ unbedingt beizubehalten. Derjenige also, welcher wegen Injurien klagt, muß als Abschätzung der Genugtuung eine Summe angeben, welche nicht kleiner ist, als das vadimonium beträgt. Würde nämlich der Kläger eine kleinere Summe angeben, so würde er damit zugeben, daß er sich von der beklagten Partei unehrlicher Weise im vadimonium habe zuviel versprechen lassen, und daß er den ihm vom Gegner zugeschobenen Kalumnieneid betreffend die Höhe des vadimonium falsch geschworen habe. Denn nach dem prätorischen Edikte darf das vadimonium sich höchstens auf die Hälfte des Wertes der Streitsache belaufen (Gaius ebd.)¹.

Einer besondern Bestimmung, welche ihren Rechtsgrund wohl in einem uns nicht weiter bekannten Edikt vorbehalten hatte, unterlag die Klage *ex atroci iniuria*. Hier pflegte der Prätor die Höhe des vadimonium festzusetzen. Tat er das, so war dadurch einerseits dem Kläger ein fester Maßstab für die ihm zustehende Taxation gegeben („*hac ipsa quantitate taxamus formulam*“ Gaius, Inst. III, 224), andererseits galt die prätorische Festsetzung allgemein als präjudiziell auch für den *iudex* (ebd.). Insofern also kann man sagen, daß der Prätor die *atrox iniuria* abzuschätzen pflege, nämlich im mittelbaren Sinne. So heißt es in c. 2 unseres Titels: „*Atroce[m] autem (iniuriam) aestimare solere praetorem.*“ Ob nun das vadimonium bei der *atrox iniuria* immer vorkam, die Verhandlung in *iure* immer zwei Termine aufwies, so daß hier immer eigentlich der Prätor abschätzte, bloß formell der Kläger,

¹ Diesen Punkt hat Hitzig, *Iniuria* 68 A. 3 (von S. 67) übersehen.

ist nicht klar zu ersehen. Allerdings erweckt die Art, wie Gaius (III, 224) hierüber spricht, diesen Eindruck. — Unzweifelhaft diente die Festsetzung des vadimonium durch den Prätor zur Beschleunigung des Verfahrens. Gerade die Klage *ex atroci iniuria* verdiente wegen des ihr eigentümlichen Beweisnotstandes diese Begünstigung. Erschien nämlich die beklagte Partei im zweiten Termin nicht, dann wurde sie einfach in die Summe des vadimonium verurteilt. Diese Summe stellte aber für den Verletzten das Äquivalent der *iniuria* dar, welche der Prätor, erforderlichenfalls durch sofortige Vornahme des Augenscheins (l. 2 D. II, 12), abgeschätzt hatte. So war das Verfahren wirklich ein summarisches.

Die vielen Unklarheiten in Bezug auf unsere Frage sind größtenteils darauf zurückzuführen, daß man unser Kollations-exzerpt und die Stelle bei Gaius (III, 224) nicht scharf genug voneinander sondert. Auch Mommsen¹ stellt irrtümlich beide Quellen zusammen. Es ist aber klar, daß die Worte des prätorischen Edikts in der Lex Dei: „*taxationem ponat non minorem quam quanti vadimonium fuerit*“ und die Worte des Gaius: „*hac ipsa quantitate taxamus formulam*“ nicht kongruent sind. Ersterer Satz ist dehnbar, weiter, negativ und bezieht sich auf die Klagen *ex iniuria* schlechthin, wie ja auch das Exzerpt mit den Worten beginnt: „*Qui autem iniuriarum agit*“, während der zweite bestimmt ist, genau umschrieben, positiv und sich nur auf die Klage *ex atroci iniuria* bezieht. — Wenn endlich Hitzig trotz seiner dankenswerten Aufklärungen in dieser komplizierten Sache den Irrtum begeht und in unserem Exzerpte liest: „*taxationem ponat non maiorem*“, so ist dieses ebenfalls nur daraus erklärlich, daß er in seiner Schrift über die *Iniuria* S. 67 die Worte auf die *atrox iniuria* anwendet. Freilich war bei dieser die klägerische Taxation nicht höher als die *summa vadimonii*,

¹ Röm. Strafrecht 803 A. 3.

sie war aber auch nicht niedriger, sie war eben gleich: „*haec ipsa quantitate taxamus formulam*“ sagt Gaius.

5. Wer wegen Injurien klagen will, der muß in iure genau angeben, was für eine iniuria ihm widerfahren sei („*certum dicat, quid iniuriae factum sit*“). Dieses Erfordernis hängt, wie Ulpian l. 7 Pr. D. LXVII, 10 hervorhebt, mit dem Charakter der Injurienklage zusammen. Diese ist nämlich eine *actio famosa*: den Verurteilten trifft außer der Geldstrafe die Infamie. Wenn dem Beklagten aber ein so schwerer Nachteil droht, dann ist es notwendig, daß die *demonstratio* ganz genau spezialisiert und ganz bestimmt abgefaßt sei. Reiche Leute scheinen sich übrigens durch die gewährte Möglichkeit der Stellvertretung gegen die Infamie schützen gekonnt zu haben (l. 6, § 2 D. III, 2).

In den §§ 2 ff des c. 6 werden nun nähere Erläuterungen über das „*certum dicere*“ gegeben. Der Kläger muß die Injurie mit ihrem Namen bezeichnen. Er darf nicht etwa behaupten, daß er disjunktive Arten von iniuria erlitten habe, sondern er muß die Injurie ganz individuell angeben. Erklärt er, mehrere Injurien erfahren zu haben, so muß er von allen nachweisen, daß er sie erlitten, ist aber genötigt, konnexe Injurien zu einer Klage zusammenzufassen. Die Beurteilung darüber, was in *concreto* als *certum*, was als *incertum* zu gelten habe, stand beim Prätor. Dieser mußte in die *demonstratio* der Formel aufnehmen, was nach seiner Überzeugung als „*certum*“ anzusehen war. Der Prätor hielt sich also etwa nicht bloß an den Vortrag des Klägers, nahm dessen Vorbringen nicht etwa formal, unbesehen in die Formel auf, sondern prüfte es materiell auf seine sachliche Wahrheit nach bester Gewissensüberzeugung. Die prozessuale Forderung des „*certum dicere*“ schließt endlich ein, daß der Kläger sowohl die verwundete Stelle als auch das verwundende Instrument präzise namhaft mache. Gerade diese beiden Erfordernisse weist die Musterformel auf, welche die iniuria nur unter dem Gesichtspunkte der Körperverletzung sieht:

„*quod Auli Agerii mala (Wundstelle) pugno (Instrument) percussa est*“. Irrelevant aber ist, ob die rechte oder linke Wange geschlagen worden sei, ob der Täter mit der rechten oder linken Hand die Verletzung verübt habe. In allen diesen strengen Bestimmungen, besonders darin, daß die Kognition über das Vorbringen des Klägers beim Prätor war, werden wir die Tendenz erblicken müssen, der mißbräuchlichen Ausbeutung der Injurienklage möglichst vorzubeugen. — Erwähnenswert ist endlich, daß der Kläger, wenn er unwahre Angaben über erlittene Verletzungen machte, insbesondere wenn er unehrlich behauptete, daß er mit der Faust nicht bloß auf die Wange geschlagen worden sei, sondern auch auf einen andern Teil des Körpers, den Prozeß verlor. Zwar ist diese Prozeßregel aus den Quellen nicht unmittelbar zu belegen, da die Stelle bei Gaius, Inst. IV, 60 lückenhaft ist. Aber die Analogie mit der von Gaius ebd. behandelten *actio depositi*, wenn die Formel in *factum* konzipiert war, legt den Schluß für die Injurienklage nahe.

6. Im letzten Paragraph des c. 6 hebt Paulus aus der Reihe der Einzelfälle der klagbaren Injurie, wie sie sich in den Spezialedikten finden, besonders hervor die iniuriae, welche die Infamierung des Nächsten bezwecken (vgl. l. 1, § 2 D. h. t.). Gerade diese Klasse der iniuriae zeigt so recht die Ausweitung des Injurienbegriffes im Laufe der Zeit und unter dem Einflusse der Verhältnisse. Mit dem Fortschritt der Kultur und der Verfeinerung des Gefühls wird auch das Ehrgefühl reicher, reizbarer und empfindlicher. Für Güter besonders ideeller Art verlangt das Individuum einen bis dahin nicht als notwendig empfundenen Schutz. So gab der Prätor die *actio iniuriarum* einem jeden, welcher dadurch verletzt war, daß etwas „*infamandi causa*“ gegen ihn geschehen war. Ulpian zählt (l. 15, § 27 D. h. t.) einzelne Fälle auf, bei denen dem Nächsten infamia erwächst. Die Arten, wie nach römischen Begriffen einer Person infamia bereitet werden konnte, waren so zahlreich, daß ihre erschöpfende Aufzählung unmöglich war.

„Die römische Empfindlichkeit reichte in diesem Punkte sehr weit“, sagt treffend Jörs¹. Die Anschauungen des wechselnden täglichen Lebens waren hier von größtem Einflusse.

Wie bei der iniuria als Körperverletzung, muß auch bei der iniuria ad infamiam im Prozesse vom Kläger genau angegeben werden, „quemadmodum infamatus sit“. Der Kläger muß auch hier „certum dicere“². Eine besonders qualifizierte Form der Infamierung war nun die Zusendung eines libellus famosus. Schon die XII Tafeln hatten das „carmen famosum“, d. h. das öffentliche, von Mund zu Mund gehende Schmähhied, welches dem Nächsten Schimpf und Schande bringen sollte, als eine Störung des öffentlichen Friedens, daher als eine Verletzung des Gemeinwesens aufgefaßt und mit kapitaler, öffentlicher Strafe bedroht. Von diesem carmen famosum gingen in das prätorische Recht zwei Ausläufer über. Einmal war das edictum de convicio offenbar eine prätorische Fortbildung des öffentlichen Schmähhiedes. Aber auch in dem Edikte: „ne quid infamandi causa fiat“ sehen wir, wie das alte carmen famosum wieder auflebt, und zwar in dem ebengenannten libellus famosus. Dieser trat mit dem fortschreitenden Schriftverkehr immer mehr in den Vordergrund und wurde mit Vorliebe zur Infamierung benützt. So erklärt es sich, daß wir auch in der Musterformel des genannten Einzelediktes, deren Überlieferung wir ebenfalls dem Redaktor der Lex Dei verdanken, den libellus finden. Mommsen hat nämlich mit glücklichem Blick die bis dahin als heillos verdorben angesehene Stelle unseres Kollationsexzerptes korrigiert und liest die Musterformel also: „quod Numerius Negidius libellum misit Aulo Agerio infamandi causa“³. Lenel⁴

¹ In Birkmeyers Rechtszyklopädie 147.

² Die Ansicht Lenels (Ed. perp. 320), wonach diese Prozeßvorschrift bloß zum Generaledikte gehört, ist daher irrig. Auch die Worte der Rubrik zu c. 6: „quemadmodum iniuriarum agatur“ beweisen das.

³ Collatio 146. Über die verschiedenen Versuche, die Stelle zu heilen, vgl. Mommsen ebd. zu Z. 14; Lenel, Ed. perp. 323.

⁴ Zeitschr. d. Sav. St. (Rom. Abt. XX) 1899, S. 31.

bemerkt hierzu, daß es „Auli Agerii infamandi causa“ heißen müsse. Die infamierende Bedeutung des libellus liege darin, daß man ihn dritten Personen zuschicke. Im übrigen aber wird Mommsens Konjektur aufs Beste gestützt und gesichert durch l. 15, § 29 D. h. t., Gaius, Inst. III, 220 und Paulus, Sent. V, 4, 1, wo der „libellus“ entweder allein oder neben „carmen“ und „convicia“ als Mittel der Infamierung bezeichnet wird.

7. Was die Frage der Gerichtsverfassung betrifft, wer in der actio iniuriarum zu richten hatte, so ist nach Gellius (Noct. Att. XX, 1, 13) unzweifelhaft, daß die Prätores den Injurienprozeß bei der Einführung der ästimatorischen Klage an die Rekuperatoren verwiesen haben. Andererseits wird später aber auch bloß ein iudex erwähnt. So auch in unserem Titel, wo es in c. 2 von der iniuria non atrox heißt, daß sie „sine iudicis arbitrio aestimatur“. Und Gaius spricht immer ganz allgemein nur vom iudex. Ob nun die Rekuperatoren später vom iudex abgelöst worden sind, oder ob dieser neben jenen tätig war, jene vielleicht für die Fälle der Körperverletzung, der alten „iniuria“ der XII Tafeln, dieser für die andern, später hinzugetretenen Arten der iniuria, dieses Verhältnis läßt sich sicher nicht feststellen. Aus unserem Titel c. 2 geht nur das eine hervor, daß die Judikation des Einzelrichters beim Injurienprozeß im 3. Jahrhundert des Prinzipates außer Zweifel steht¹.

§ 14. Die Noxalklage des c. 3 in tit. II.

1. Eine Reminiszenz aus der Zeit der Rache enthält die Forderung des Staatsrechts der Römer, daß derjenige, welcher sich nach ihren völkerrechtlichen Begriffen an einem fremden Volke vergangen habe, letzterem zur beliebigen Behandlung ausgeliefert werden müsse. Das war der Grundsatz der völkerrechtlichen Deditio. Ihr lag ein religiöses Motiv zu Grunde. Die deditio erfolgte nämlich, „ut populus religione solvatur“.

¹ Wlassak, Röm. Prozeßgesetze II 315.

Ein ganz ähnlicher Gedanke findet sich auf dem Gebiete des Privatrechts. Wer einem andern einen Schaden zugefügt hatte, wurde dem Beschädigten übergeben, damit dieser Rache nehme. Das war die Idee der privatrechtlichen *noxae datio*. Insbesondere liegt der Gedanke der persönlichen Genugtuung auch noch im klassischen Recht klar zu Tage in der eigenartigen Behandlung der Injurie des Sklaven. Ulpian gibt nämlich in seinem Ediktskommentar (I. 17, § 4 D. h. t.) dem Herrn, dessen *servus* eine Injurie begangen, an erster Stelle die *facultas*, den Sklaven demjenigen zur körperlichen Züchtigung zu überweisen, welcher die Injurie erlitten habe. Als Zweck dieser *verberatio* gibt der Jurist ausdrücklich an: „*ut ita satisfiat ei, qui iniuriam passus est*“. In der Idee der Rache liegen also unzweifelhaft die Wurzeln der späteren Noxalklagen.

2. Freilich hat sich die Natur dieser Klagen von dem Gedanken der persönlichen Vergeltung ziemlich frei gemacht und auch sonst anders gestaltet. An die Stelle der Auslieferung an den Beschädigten trat prinzipiell der pekuniäre Ersatz des in Geld abgeschätzten Schadens, die Übereignung wurde nur subsidiär beibehalten, für den Fall nämlich, daß man nicht zahlen wollte. Ferner beschränkte sich der Begriff der Noxalklagen insofern, als sie nur aus Delikten von hausuntertänigen Personen entsprangen. Endlich bezeichnete der Sprachgebrauch als „Schaden“ größtenteils nur die durch diese Personen verübten Sachbeschädigungen, obschon natürlich aus jedem Delikte eines abhängigen Individuums, insbesondere auch aus der *iniuria*, eine *actio noxalis* hervorgehen konnte.

3. Die *actio noxalis* der klassischen Zeit kann man daher definieren als die aus irgend einem Delikte einer hausuntertänigen Person entspringende, zuständige Deliktsklage, welche sich gegen den Hausvater resp. Hausherrn richtet, und welche ihn verpflichtet, entweder den von der abhängigen Person einem Dritten angerichteten Schaden zu ersetzen („*noxam*

sarcire“), oder aber, wenn er das nicht will, jenen Übeltäter dem Beschädigten zur beliebigen Behandlung, Bestrafung Ausnützung usw. auszuliefern („*noxae dare*“ = *ob noxam dare*). Der Ausdruck „*actio noxalis*“ ist also ein Sammelname. Die Noxalklage ist verschieden je nach dem von der abhängigen Person gegen einen Dritten begangenen Delikte. Sie richtet sich, und das ist ihr wesentlicher Charakter, nicht gegen den Frevler, sondern gegen denjenigen, zu dem dieser im genannten Abhängigkeitsverhältnis steht. Diese eigenartige Natur der römischen Noxalklagen findet ihre Erklärung in der hausherrlichen Gewalt, wie wir sie bei den Römern sehen. Der Hausherr gilt als Verletzer, wenn ein Hausuntertäniger etwas gegen einen Dritten delinquent, der Hausherr gilt als Verletzter, wenn einem Hausuntertänigen etwas zugefügt worden ist. Daher richtet sich im ersteren Falle die Klage des beschädigten Dritten gegen den Hausherrn, daher ist im zweiten Falle der Hausherr berechtigt zur Klage gegen den schädigenden Dritten. Das ist die aus der hausherrlichen Gewalt entspringende Passiv- und Aktivlegitimation des Hausherrn.

4. Der Kompilator der Lex Dei stellt uns nun in c. 3 unseres Titels, einem Exzerpte aus dem zweiten Buche von Papinians „*Definitiones*“, den Fall vor Augen, daß ein „*homo liber noxae deditus*“ sei, d. h. daß ein *filius familias* vom *pater familias* wegen eines von ihm angestifteten Schadens dem Beschädigten ausgeliefert worden sei. Der Zusammenhang unseres Exzerptes ist nicht bekannt; vielleicht ist anzunehmen, daß der „*homo liber*“ sich eine „*iniuria*“ oder „*iniuria atrox*“ hatte zuschulden kommen lassen, daß es sich daher um eine *iniuriarum noxalis actio* handle. Dann würde sich die Aufnahme dieses Exzerptes in unsern Titel seitens des Kompilators gut erklären lassen.

Nach Gaius, Inst. IV, 79 wurde der *filius familias* „*ex noxali causa*“, wenn der *pater familias* den Schaden nicht

ersetzen wollte, ins „mancipium“ des Beschädigten gegeben. Dieses war ein der Sklaverei ähnliches Gewaltverhältnis, unterschied sich aber von ihr einmal dadurch, daß es nur ein vorübergehendes war. Auch sonst waren ihm besondere Schranken gezogen. So z. B. mußte der *mancipatarius*, wenn er gegen denjenigen, welchen er in *mancipio* hatte, „contumeliose“ verfuhr, die *actio iniuriarum* gewärtigen (Gaius, Inst. I, 141).

Aus unserem Exzerpte erfahren wir, daß das *mancipium* des *homo liber*, welches auf *noxae datio* beruhte, von selbst erlosch, wenn der Manzipierte soviel verdient hatte, als der von ihm angerichtete Schaden betrug. Dieser Gedanke des Abarbeitens einer Schuld und zwar im Gewaltverhältnisse des Gläubigers, ist auch sonst verbreitet. Hitzig¹ berichtet dasselbe, was uns unser Exzerpt sagt, von griechischen Sklaven. Kohler² erwähnt, daß bei den Griechen selbst im Falle der Tötung es dem Totschläger erlaubt war, das verwirkte Lösegeld durch Selbsthingabe in die zeitweilige Knechtschaft der verletzten Familie abzuverdienen. — Weiter werden wir durch unser Exzerpt unterrichtet, daß, wenn der *mancipatarius* den Manzipierten nicht freilassen wollte, der Prätor mit Zwangsmitteln eingriff. Solche standen ihm in seiner magistratischen Disziplinargewalt zu Gebote. Erinnerung sei an die *multa* mit ihrer sukzessiven Steigerung bei fort-dauerndem Ungehorsam. Analog erzwang der Prätor die Freilassung des *servus*, wenn der Herr, nachdem er ihn bereits „*noxae dedit*“, den Schaden dem Verletzten hinterher ersetzt hatte (§ 3, Inst. IV, 8). Der Schluß liegt, wenigstens für das justinianische Recht, sachlich nahe und wird wohl auch durch die Worte (a. a. O.): „*nec minus perpetuum eius dominium a domino transfertur*“ insinuiert, daß auch der *servus*, wenn er übereignet worden war „*ob noxam*“, frei wurde, nachdem er den abgeschätzten Schaden abgearbeitet hatte.

¹ Iniuria 86.

² Shakespeare 142 A. 5.

5. Mit dieser freiwillig vorgenommenen oder vom Prätor erzwungenen *Manumission* des *ob noxam* Manzipierten, wenn er den Schaden abgearbeitet hat, ist das Verhältnis des *mancipatarius* zu dem *pater familias* *mancipans* definitiv und absolut gelöst. Insbesondere kann von einem „*fiduciae iudicium*“, mit welchem der Manzipatar noch haften soll, keine Rede sein. Die *mancipatio* war nicht „*fiduciae causa*“ vollzogen worden, d. h. ohne irgend welche klagbare Nebenabrede. Bei dem zu den verschiedensten Zwecken vorgenommenen Rechtsgeschäfte der Emanzipation des Haussohnes fügte nämlich der *pater familias* die „*lex*“ bei: „*ut sibi remancipetur*“ (Gaius, Inst. I, 140). Dadurch war der *mancipatarius* „*fiduciae causa*“ verpflichtet, nach dem dritten Verkaufe seitens des Vaters, wodurch der Haussohn definitiv, d. h. ohne Rückfall in die *patria potestas* nach Zwölftafelrecht frei wurde, ihn dem Vater zurückzuverkaufen, damit dieser der *parens manumissor* sei. Der Vater hätte die Freilassung nach dem dritten Verkaufe auch durch den Käufer herbeiführen lassen können: allein dann wäre er um die Vorteile gekommen, welche dem *manumissor* als *patronus* zustehen. — Indem Papinian in unserem Exzerpte die Worte hinzufügt: „*sed fiduciae iudicio non tenetur*“, will er also sagen, daß bei der *noxae datio* des *filius familias* von einer „*fiducia*“, einer klagbaren Nebenabrede wie bei der Emanzipation, keine Rede sein könne. Bei der *noxae datio* handelt es sich lediglich bloß um den Ersatz des angerichteten Schadens, welcher indirekt durch das Abarbeiten in *mancipio* bewirkt wird. Diesen Gedanken gibt Gaius in dankenswerter Schärfe wieder mit den Worten: „. . . *nam hunc (sc. filium a patre ex noxali causa mancipio datum) actor pro pecunia habet*“. (Inst. I, 140.)

6. Wenn Justinian im letzten Paragraph des Titels 8 „*de noxalibus actionibus*“ (Inst. IV) erwähnt, daß früher in derselben Weise wie die *servi* auch die *fili filiaeque familias* vom Hausvater, der nicht zahlen wollte, wegen angerichteten Schadens zeitweise an den Beschädigten übereignet wurden,

daß aber in neuerer Zeit diese Härte in Abgang gekommen sei, so folgt aus unserem Kollationsexzerpte, daß z. Z. Papinians die *noxae datio* der Hauskinder noch in Übung war. Aus der Beseitigung des *mancipium* der Hauskinder in fremden Häusern erklärt sich auch, daß die Kodifikatoren alle Stellen aus Gaius und den andern Juristen dementsprechend geändert haben.

§ 15. Die Körperverletzung eines fremden Sklaven.

Mittelbare Injurierung des Herrn. Die Konkurrenz der aquilischen und der Injurienklage.

1. In c. 4 unseres Titels überliefert uns der Kompilator der Lex Dei ein Exzerpt aus dem Ediktskommentar Ulpians über die rechtliche Behandlung des Falles, wenn ein fremder Sklave¹ verletzt worden ist. Aus der Einreihung dieses Exzerptes unter den Titel mit der Überschrift: „*De atroci iniuria*“ ergibt sich die ganze Denkweise des Redaktors in Bezug auf die Sklavenfrage. Für ihn macht es offenbar keinen Unterschied, ob ein Freier oder ein Sklave verletzt worden ist. Die Verletzung des fremden *servus* ist ihm keine bloße Sachbeschädigung mehr oder eine mittelbare Injurierung des Herrn. Ein römischer Autor der heidnischen Zeit würde bei seiner Stellung zum Sklavenstaat dieses Exzerpt niemals unter diesen Titel gezogen haben.

Drei Fragen werden in unserem Exzerpt berührt: einmal die schwere Körperverletzung eines fremden Sklaven, dann die dadurch nach römischer Rechtsanschauung bewirkte mittelbare Injurierung des Herrn, endlich die Konkurrenz der aquilischen und der Injurienklage. Diese drei Fragen sollen nacheinander kurz zur Erörterung gelangen.

2. Die Verletzung eines fremden Sklaven wurde durch ein Plebiszit geahndet, welches der Volkstribun Aquilius

¹ „*Hominis corpus*“ — „*homo*“ hier, wie der ganze Zusammenhang zeigt, im technischen Sinne von *servus*, nicht in dem naturrechtlichen von „Mensch“, wie die *Digesten* (l. 27, § 17 D. IX, 2) sagen: „*alicui*“.

rogiert hatte. Das Plebiszit, wohl eines der ersten, welche den *leges* völlig gleichgestellt wurden, d. h. nicht mehr an die vorgängige Genehmigung des Senates gebunden waren, führt den Namen: *lex Aquilia*. Die *lex* zerfällt in drei *capita*, von denen uns hier nur das erste und ganz besonders das dritte interessieren. Im ersten Kapitel wird bestimmt, daß, wer einen fremden Sklaven oder Sklavin oder ein vierfüßiges Tier, das zu den *pecudes* gehört, den Zug- und Lasttieren, unrechtmäßigerweise tötet, dem Herrn den höchsten Wert, welchen der getötete Sklave oder das getötete Stück Vieh in jenem Jahre gehabt hat, ersetzen soll. Damit waren die vornehmsten Bestandteile der beweglichen *res mancipi* des alten Römers vor unrechtmäßiger Vernichtung geschützt. Die Tötung des fremden Sklaven charakterisiert sich für jene Zeit als ein *privates Vermögensdelikt*, wie das besonders die Worte anzeigen: „*quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes ero dare damnas esto*“¹. Später allerdings griff bei doloser Tötung eines fremden Sklaven auch die *lex Cornelia de sicariis* ein. Vgl. besonders unsere Kompilation tit. I, c. 3, § 2 und Gaius, Inst. III, 213.

Was den Wortlaut des dritten Kapitels betrifft, so ist derselbe viel weniger deutlich überliefert, wie der des ersten. Ulpian sagt in seinem Ediktskommentar (l. 27, § 5 D. IX, 2): „*Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus XXX proximis, tantum aes ero dare damnas esto.*“² Spricht das c. 3 wirklich von „*ceterae res*“, so können eben damit nur alle andern Vermögensbestandteile des alten Römers gemeint sein mit Ausschluß der in c. 1 genannten „*servus quadrupesve pecus*“. Die Worte „*praeter hominem et pecudem*“ sind daher ganz überflüssig, und Über-

¹ L. 2 Pr. D. IX, 2. Vgl. Bruns, *Fontes* I 45.

² Vgl. Bruns a. a. O. I 46.

flüssiges hat in einer so alten lex nicht gestanden, abgesehen davon, daß der Zusatz ein modernes Gewand trägt. Durch das noch hinzugefügte Wort „occisos“ wird die ganze Interpolation sogar sinnstörend. Das c. 3 will die durch „urere, frangere, rumpere“ unrechtmäßig zugefügten Beschädigungen der „ceterae res“ ahnden, hat also mit dem „servus quadrupesve pecus“ überhaupt nichts mehr zu tun. Indem aber der Interpolant „occisos“ hinzusetzte, wollte er die andern Beschädigungen von „homo et pecus“, abgesehen von der Tötung, in dieses dritte Kapitel hineinziehen. Infolgedessen enthält die Stelle, so wie sie ist, einen heillosen Widerspruch. Daher müssen die Worte in der Ulpianschen Überlieferung: „praeter hominem et pecudem occisos“ gestrichen werden. — Aber auch so ist das Verhältnis von c. 3 zu c. 1 der lex noch unklar. Es bleibt nämlich eine Lücke, welche der Interpolant richtig herausgeföhlt hat. Das c. 1 spricht nur vom „occidere“ des servus und quadrupes pecus, das c. 3 behandelt das „urere, frangere, rumpere“ nur der „ceterae res“. Da drängt sich uns die Frage auf: Wo sieht denn die lex das „urere frangere rumpere“ des servus und quadrupes pecus vor? Es ist doch ganz ausgeschlossen, daß diese Fälle zu den Unmöglichkeiten gehörten, oder daß die lex sie außer acht gelassen haben sollte. Ganz klar gibt Gaius, Inst. III, 217 das Verhältnis wieder. Nach ihm enthielt das c. 3 Bestimmungen „de omni cetero damno“, d. h. abgesehen von der in c. 1 erwähnten Tötung des servus und quadrupes pecus. Das „omne ceterum damnus“ konnte nur, wie Gaius folgerichtig angibt, bestehen einmal im bloßen „vulnerare“ des servus und quadrupes pecus, ferner in „vulnerare vel occidere“ jedes andern quadrupes, welches nicht pecus ist, endlich im Beschädigen jedes andern entweder lebendigen oder leblosen Eigentumsstückes. So ist der Kreis geschlossen. Meines Erachtens liegt daher in den Worten: „Ceterarum rerum“ eine Korruptel vor, deren Heilung etwa in der Rich-

tung der Worte des Gaius: „De omni cetero damno“ von den Paläographen zu versuchen wäre¹.

Als Ersatz bestimmte das c. 3, daß dem Herrn der Höchstwert der zu Unrecht beschädigten Sache aus den letzten 30 Tagen zu ersetzen sei.

3. Wenn wir uns nun dazu wenden, das c. 4 unserer Lex Dei, welches sich mit dem dritten Kapitel der lex Aquilia befaßt, näher zu erörtern, so ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, daß die interpretatio die ursprünglichen Grenzen der lex in der Folgezeit weit überschritten hat, um den vollen Gedankeninhalt des Gesetzes zum Ausdruck zu bringen.

Was uns hier zunächst speziell interessiert, ist die Ausweitung der Bedeutung des Wortes „rumpere“. Die lex Aquilia enthielt im dritten Kapitel drei Arten von Beschädigung: „urere, frangere, rumpere“. Alle andern Arten waren also durch den Wortlaut der lex nicht beröhrt. „Frangere“ und „rumpere“ sind bereits in den XII Tafeln bezeugt (tab. VIII, n. 3 u. 2). Neu eingeföhrt ist „urere“. Die ausdehnende Interpretation hat sich nun besonders an das Wort „rumpere“ angelehnt und faßte es als „corrumpere“. Das ist schon von den „veteres“ geschehen (l. 27, § 13 D. IX, 2) und insbesondere von M. Jun. Brutus, dem von Cicero gefeierten Interpreten der lex Aquilia (l. 27, § 22 D. h. t.). So konnte dann allerdings Gaius (Inst. III, 217) sogar das in der lex bezeugte „ustum“ und „fractum“ schon in dem „ruptum“ für eingeschlossen erachten: „Ruptum enim intelligitur, quod quo-

¹ Eine ähnliche Schwierigkeit bot die von Bruns a. a. O. 25 unter tab. VI, n. 3 plazierte Bestimmung der XII Tafeln, wonach die Usukapionsfrist für den „fundus“ auf zwei Jahre, für die „ceterae res“ aber auf ein Jahr festgesetzt wurde. Wozu gehörten nun die in der lex nicht genannten aedes? Strenge genommen doch zu den „ceterae res“; aber die „aequitas“ stellte sie bald unter den „fundus“ mit zweijähriger Ersitzungsfrist. Vgl. Cic., Top. IV, § 23. — Wollte man also im obigen Texte in den Worten „Ceterarum rerum“ keine Korruptel annehmen, so hätte man in den „ceterae res“ der tab. VI, n. 3 ein Beispiel dafür, wie die Interpretation den strengen Gebrauch des alten Gesetzesausdruckes bald gesprengt hat.

quo modo corruptum est“ (vgl. l. 27, § 13 D. h. t.). So ließ man die *actio legis Aquiliae* in jedem Falle der Beschädigung einer Sache zu („*scissa, conlisa, effusa, quoquo modo vitata aut perempta atque deteriora facta*“ Gaius ebd.). In demselben Sinne dehnt unser Exzerpt im ersten Satze das legitime, technische Wort „*rumpere*“ bezüglich des fremden Sklaven aus auf: „*vulnerare*“, „*virgis vel loris vel pugnibus caedere*“, „*telo quoque aliovis genere scindere*“, „*tumorem facere*“.

Nach den weiteren Worten unseres Exzerptes ist, wenn ein fremder Sklave in eben geschilderter Weise verletzt worden, doch nur dann die *actio ex lege Aquilia* möglich, wenn „*damnum datum est*“. Was man darunter zu verstehen habe, sagt der folgende Satz ganz klar: der *servus* muß durch die Körperverletzung „*pretio vilior deteriorque*“ geworden sein, er muß eine Verminderung, eine Verschlechterung seines Wertes erfahren haben. Die Körperverletzung allein berechtigt also nicht zur aquilischen Klage, es muß eine Vermögensschädigung des Herrn durch Wertverminderung des Sklaven bewirkt worden sein. Das *damnum*, welches unser Exzerpt für den Tatbestand der *lex Aquilia* fordert, ist nicht mehr das ursprüngliche, welches sich beschränkte auf die Beschädigung der Sache selbst in Bezug auf ihre Substanz und Integrität. Auch rücksichtlich des *damnum*, welches in c. 3 der ursprünglichen *lex* nicht etwa abstrakt, begrifflich bestimmt, sondern durch Hauptfälle konkret dargestellt worden war, ist die Interpretation über die ursprüngliche Grenze hinausgegangen. Mittels einer in *factum*, nach dem Modell der *lex Aquilia* konzipierten Klagformel wurden auch Fälle eingeklagt, bei denen die Substanz der Sache gar nicht beschädigt, aber die Sache dem Herrn entzogen und ihm so ein Vermögensschaden zugefügt worden war. Umgekehrt — und das ist der Fall unseres Exzerptes — wurde die *lex Aquilia* als nicht zuständig angesehen, wenn zwar durch die Körperverletzung die Integrität des *servus* beeinträchtigt worden war, der Wert desselben aber als Bestandteil des Kapitals seines Herrn eine Einbuße

nicht erlitten hatte, der Herr also in seinem Vermögen nicht geschädigt worden war. Dann, so heißt es in unserem Exzerpt: „*Aquila cessat*.“ — Die Ansicht, welche Pernice¹ vortragen, daß „das Wort (*damnum*) sich nur auf die Gesamtheit des angetasteten Vermögens, nicht etwa auf die einzelne beschädigte Sache bezog“, ist richtig für die Zeit der fortbildenden Interpretation, wie unser Exzerpt zeigt, sicher aber irrig für die Zeit des Entstehens der *lex Aquilia*. Das römische Recht ist allemal vom Konkreten und zwar vom Zunächstliegenden, Handgreiflichen ausgegangen, ist immer von der materialistischen Anschauung zur geistigen Auffassung fortgeschritten. Daß das Wort „*damnum*“ ursprünglich sich auf eine bestimmte individuelle Sache bezogen haben muß, zeigt klar der Ausdruck: „*damnum corpore corpori datum*“. Freilich aber mußte die Sache im Eigentum jemand's stehen; sonst wäre ja überhaupt kein Privatdelikt zu stande gekommen.

4. Sowohl das erste als das dritte Kapitel der *lex Aquilia* schloß mit den Worten „*Damnatus esto*“. Damit war nicht eine gewöhnliche Verpflichtung auferlegt, sondern eine solche, wie sie aus einer rechtskräftigen Verurteilung sich ergibt. Die Folge davon war, wie l. 2, § 1 D. IX, 2 ausdrücklich sagt, daß die *actio ex lege Aquilia* gegen den Leugnenden aufs doppelte ging², gleich der *actio iudicati*. Gestand aber der Beklagte, also der Täter, so blieb es bei dem einfachen, in der *lex* näher bestimmten Schadenersatze (l. 23, § 10 D. h. t.).

Diese letztere Bestimmung nun ist uns auch in unserem Exzerpte überliefert worden, und zwar in der Rubrik zu demselben. Der Ediktstitel, unter dem unsere Quellenstelle aus Ulpian angegeben wird, lautet: „*Si fatebitur iniuria occisum esse, in simplum . . .*“, und nun kommen die von allen drei Hss überlieferten Worte: „*et cum diceret*“, Worte,

¹ Sachbeschädigung 94.

² In den Scholien zu den Basiliken wird diese Folgerung als eine Bestimmung der *lex* selbst angegeben. Vgl. Bruns, *Fontes* I 45.

welche offenbar verdorben sind. In tit. XII, c. 7, wo ebenfalls aus dem Ulpianischen Kommentar zu demselben Ediktstitel ein Exzerpt angeführt wird, schreiben die drei Hss: „et cum doceret“. Die Überlieferung ist also nicht einheitlich. Während manche, wie Bruns (Fontes I 210), daran verzweifeln, diese Korruptel zu heilen, haben andere vielfach Lösungsversuche gemacht, ohne daß aber einer von ihnen den allgemeinen Beifall gefunden hätte. Wenn zuletzt noch Mommsen in seiner Ausgabe der Collatio (S. 144) die Worte: „et cum diceret“ damit erklärt, als wollte der Redaktor auf diese Weise überleiten auf das nachfolgende Exzerpt, wie er oft die Exzerpte aus dem Pentateuch einführt mit den Worten: „Moyses dicit“, so ist auch dieser Versuch hinfällig: die Lex Dei bietet in keiner Rubrik zu einem Exzerpt eine Analogie dieser an und für sich ganz ungewöhnlichen Form. Man denke: cum mit dem coniunct. impf.! Es erscheint ausgeschlossen, den Worten „et cum diceret“ einen ansprechenden Sinn zu geben. Vielmehr ist es zweifellos, daß im Archetyp etwas anderes gestanden hat, wodurch die Überschrift des Ediktstitels korrekt zum Abschluß gebracht wurde. Denn darüber kann ebensowenig ein Zweifel obwalten, daß der Redaktor uns hier eine echte Überschrift zu einem Ediktsabschnitt geben will, in dem der Prätor für den Fall der confessio den Ersatz in simplum normiert. Aber wie hätte die Fortsetzung bzw. der Schluß lauten müssen? Da neige ich denn am meisten zu der Konjektur, welche Karlowa¹ gibt, wonach der Nachsatz gelautet habe: „in simplum in eum iudicium dabo.“ Freilich erheben sich auch so drei Schwierigkeiten. Werfen wir einen Blick auf den Index titulorum der justinianischen Kodifikation, so finden wir nirgends einen Titel, der einen Nachsatz enthielte. Ganz so gibt ja auch unser Kompilator die Titel an in tit. II, c. 6 rubr.: „... sub titulo quem admodum iniuriarum agatur“, und tit. VII, c. 3 rubr.: „sub

¹ Röm. Rechtsgeschichte II 803.

titulo si quadrupes pauperiem dederit“. Allein für erheblich wird man diesen Umstand wohl nicht halten dürfen. Ferner aber müßte man bei der Konjektur: „in simplum in eum iudicium dabo“ annehmen, daß es auch im Falle der confessio zu einem „iudicium“ in Bezug auf die lex Aquilia gekommen wäre. Dazu kam es aber doch nur, wenn der Beklagte leugnete. Wir müßten denn das Wort „iudicium“ in dem weiteren Sinne auffassen als gerichtliche Festsetzung des angestifteten Schadens. Endlich scheint der Ausdruck „iudicium dabo“ im Munde des Prätors bei einer Klage ex lege fremdartig. Gewöhnlich bedient sich der Prätor dieser Worte nur bei den honorarischen Klagen.

Würden wir die Worte „et cum diceret“ als authentisch dem Redaktor zuweisen, dann müßten wir behaupten, daß derselbe bei „in simplum“ den Ediktstitel abgebrochen habe. Das widerspricht aber durchaus seiner Gewohnheit. Er gibt vielmehr in den Rubriken die Quelle mitsamt dem Titel immer deutlich und getreu wieder. Eventuell konstruiert er einen vollständigen Satz. So in den Rubriken zu tit. I, cc. 2 8 9 10 12; tit. III, c. 2; tit. X, c. 3; tit. XI, c. 6; tit. XII, c. 6; tit. XVI, c. 2. Niemals bricht er eine Titelüberschrift in der Weise ab, daß sie unvollständig und vielleicht unverständlich würde. Auch daraus ergibt sich, daß der Autor mit „in simplum“ nicht geschlossen haben kann, sondern daß der Schluß in den handschriftlich korrumpierten Worten „et cum diceret“ stecken müsse.

5. War nun auch der servus genesen, und war er nach der Körperverletzung genau soviel wert wie vorher, so war doch dem Herrn insofern ein Schaden erwachsen, als er Kosten hatte aufwenden müssen für die Heilung der Wunden, und er durch das zeitweilige Brachliegen einer Arbeitskraft eine Einbuße erlitten hatte. Insoweit lag ein *damnum* vor, für welches der Herr mit der *actio ex lege Aquilia* Ersatz fordern konnte¹. Hier

¹ Die Hss der Lex Dei schreiben: „in haec nec mihi videri“; dadurch wird das Gegenteil von dem im Texte Gesagten irrig gelehrt.

sieht man so recht die Fortentwicklung des *damnum*-Begriffs zur reinen Vermögensbeschädigung. Daher konnte die *actio*, da es sich um kein *damnum* im eigentlichen Sinne der *lex* handelte, bloß eine *utilis* sein. — Mit derselben Klage konnte übrigens auch der „*liber homo*“ bei erlittener Körperverletzung den Ersatz für Erwerbsunfähigkeit bzw. -verminderung und Kurkosten eintreiben, ein Beispiel dafür, wie in der späteren Zeit eine ursprünglich für Sklaven und Sachen gegebene *lex* auch auf den *civis Romanus* Anwendung finden konnte. Bei diesem allerdings war die Motivierung dafür, daß er nur *utiliter*, nicht *directe* klagen könne, eine andere als beim *servus*; niemand sei, sagt Ulpian (I. 13 Pr. D. IX, 2), „*dominus membrorum suorum*“. Diese dem Freien eingeräumte Klage zeigt in noch hellerem Lichte als die entsprechende Klage bei der Verletzung des *servus* das spätere *damnum* als bloße Vermögensverminderung.

6. War nun kein *damnum* entstanden, dann, so heißt es in unserem Exzerpte, „*Aquila cessat iniuriarumque erit agendum*“. Kann denn nun aber bei der Verletzung eines fremden Sklaven überhaupt von einer „*iniuria*“, einer Personalverletzung, die Rede sein?

Nach Zivilrecht ist der Sklave keine Person, er hat kein „*caput*“ (§ 4, Inst. I, 16), er ist Objekt, nicht Subjekt des Rechtsverkehrs; er ist eine Sache, die im Eigentum des Herrn steht. Rechtlich kann also der Sklave nicht injuriert werden. Aber er ist doch ein „*homo*“, wenn auch ein „*homo vilissimus*“ (I. 17 Pr. D. IX, 4), also kann er tatsächlich injuriert werden. Die ihm zugefügte Injurie gilt dann aber rechtlich als dem Herrn zugefügt. Das ist das System der sog. „mittelbaren Injurie“, von welcher besonders Ulpian spricht I. 1, § 3 D. XLVII, 10. Das Mensch-Sein des *servus* wird in der mittelbaren Injurie klar anerkannt; denn sonst

Wunderbarerweise hat Mommsen in seiner Ausgabe (Collatio 144) das „*nec*“, eine leicht erklärliche Wiederholung des vorangehenden „*haec*“ nicht gestrichen.

müßte bei der Körperverletzung eines fremden Sklaven prinzipiell und allein die *actio legis Aquiliae* Platz greifen wie bei der Beschädigung einer *res*. Der Begriff der Person, welche fähig ist injuriert zu werden, ist, wie man sieht, von den Römern nicht im politischen, staatsrechtlichen Sinn aufgefaßt worden.

Die Begründung, warum der Herr bzw. Vater usw. als injuriert gilt, gibt Ulpian a. a. O. (I. 1, § 3): „*Spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint*“. Vgl. Gaius, Inst. III, 222. Der Grund liegt also in der Stellung des *dominus* bzw. *pater familias*. Durch die Injuriierung des *servus* sah sich der Herr in seinen Herrschaftsrechten gekränkt und beeinträchtigt, durch die Injuriierung der *liberi*, der *uxor*, der *sponsa* usw. war der *pater*, der *maritus*, der *sponsus* usw. in dem betreffenden Familienverhältnisse verletzt. Im ersteren Falle hatte, um sein Eigentum schützen zu können, der *dominus*, im zweiten Falle hatte, um seine pflichtmäßige Familiengesinnung, seine „*pietas*“, bekennen und wahren zu können, der *pater* usw. die Klage gegen den Injurianten des *servus*, der *filia* usw. — Da der Herr als injuriert galt, so hatte er auch die Klage, welche mit seinem Tode erlosch (I. 13 Pr. D. XLVII, 10), welche bei ihm aber verblieb, auch wenn er den *servus* freigelassen oder veräußert hatte (I. 29 D. h. t.). Diese *actio iniuriarum* ist also ganz verschieden von der *Noxalklage*, welche dem Sklaven von Herrn zu Herrn folgte und ihn auch in die Freiheit begleitete (§ 5, Inst. IV, 8). — Zum Tatbestande der *iniuria* gehörte der *animus iniuriandi*. Auch bei der mittelbaren Injurie mußte er vorhanden sein. Dazu war notwendig, daß der Täter das Herrschaftsverhältnis kannte. Verletzte er einen fremden Sklaven, ohne zu wissen, daß dieser im Eigentum eines bestimmten Herrn stehe, so hatte letzterer keine Injurienklage. Irrtum über den status des Sklaven wird auch hier entschuldigt haben; das kann wenigstens aus I. 3, § 4 D. h. t. entnommen werden. Die

Absicht, im servus den dominus zu injuriieren, konnte ganz offen zu Tage liegen; dann hatte der Herr die Klage „suo nomine“ (l. 15, § 35 D. h. t.). Aber auch aus der Schwere der dem Sklaven zugefügten Verletzung an sich konnte auf die Absicht, seinem Herrn „contumelia“ zu bereiten, geschlossen werden. Vgl. Gaius, Inst. III, 222. Hier haben wir eine auch im neueren Recht festgehaltene Reminiszenz der äußerlichen, objektiven Auffassung. Von diesem Gedanken ausgehend versprach der Prätor in einem besondern Edikte eine Klage geben zu wollen gegen denjenigen, welcher einen fremden Sklaven „verberaverit“, d. h. im Gegensatze zu „pulsare“: „cum dolore ceciderit“ (l. 5, § 1 D. h. t.). Für diesen Fall schwerer Verletzung war die Formel proponiert (Gaius a. a. O.). Es lag aber ganz im Ermessen des Prätors, ob er auch im Falle des „verberare“ die Klage gab oder nicht; er sicherte sich nämlich dieses subjektive Belieben durch die Klausel: „adversus bonos mores“ (l. 15, §§ 34 38 D. h. t.)¹. Interessant ist die Begründung, welche Ulpian dem prätorischen Spezialedikte beifügt (§ 35 a. a. O.): „Si vero non ad suggestionem domini id fecit, ipsi servo facta iniuria inulta a praetore relinqui non debuit, maxime si verberibus vel quaestione fieret (die im Edikt genannten Spezialfälle: „verberari“ und unerlaubte Folterung): hanc enim et servum sentire palam est.“ Darin liegt nun allerdings die Anerkennung der Persönlichkeit des Sklaven, nicht bloß seines Mensch-Seins. Pernice macht in seinem Labeo II (S. 36) vortrefflich darauf aufmerksam, daß die actio iniuriarum aus diesem Edikte gerade da gegeben ist, wo der Herr keinen Vermögensnachteil erleidet, sondern wo bloß die Persönlichkeit des servus in Frage kommt². Nach diesem Edikte konnte der Herr, um den Angriff auf die Persönlichkeit seines servus zu sühnen, klagen „servi nomine“, also ganz so wie bei den liberi.

¹ Lenel, Edictum perpetuum 323, § 194.

² Vgl. l. 25 D. h. t.; l. 27, § 28 D. IX, 2; im letzteren Falle war der puer castratus sogar „pretiosior“ geworden.

Auch das griechische Recht anerkannte, daß der Sklave injuriert werden könne. Es war die öffentliche Klage zugelassen wegen Hybris, auch wenn sie gegen einen Sklaven begangen worden war. Mannigfach sind die Gründe, welche die griechischen Juristen dafür beibringen. Nirgends aber wird die Bestrafung damit motiviert, daß die Verletzung des Sklaven eine Beleidigung des Eigentümers sei, einen Eingriff in seine Herrenrechte darstelle¹. Im griechischen Recht findet sich also, ganz im Gegensatze zum römischen, keine Spur der sog. mittelbaren Injuriierung des Herrn.

7. Die Worte unseres Exzerptes, daß, wenn der Täter durch die Körperverletzung den Sklaven in seinem Kapitalwerte für den Herrn nicht verschlechtert habe: „Aquila cessat iniuriarumque erit agendum“ bieten noch eine Frage, welche Erörterung erheischt. Indem die Kompilatoren in den Digesten (l. 27, § 17 D. IX, 2) obigen Worten noch hinzufügen: „dumtaxat: Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur“, wird das Thema noch genauer gekennzeichnet. Es fragt sich nämlich, ob aus dem einen deliktischen Handeln, dem „rumpere“, d. h. der Körperverletzung des fremden Sklaven, gegen den Täter sowohl die actio legis Aquiliae als die actio iniuriarum erhoben werden könne, vorausgesetzt, daß ein wirkliches damnum zugefügt worden ist, da „plura delicta in una re plures admittunt actiones“ (Modestinus l. 53, D. XLIV, 7), oder ob die eine Klage, wenn sie angestellt und durchgeführt worden ist, die andere konsumiere.

Wir betreten damit das „verrufene“ Gebiet der Klagenkonkurrenz, wie es Keller einmal genannt hat. Diese komplizierte Frage hat die römischen Juristen stark interessiert. Paulus hat ihr eine eigene Monographie gewidmet, den „liber singularis de concurrentibus actionibus“. Wir besitzen davon in den Digesten zwei Exzerpte: l. 34 D. XLIV, 7 und l. 89 D. XLVII, 2. Aus ersterer Stelle insbesondere ersehen

¹ Hitzig, Iniuria 43.

wir so recht, welche Meinungsverschiedenheiten in dieser Frage unter den römischen Juristen bestanden, vielleicht noch mehr, als wir nach dem vorliegenden Material glauben¹. Besonders erschwert den klaren Einblick in die verschiedenen Ansichten der Umstand, daß die Hand der Kompilatoren gerade im ersten Exzerpte besonders tätig gewesen ist. Dazu kommt noch, daß die Ausdrucksweise der römischen Juristen gerade in Bezug auf die Klagenkonkurrenz inkonsequent und unzuverlässig ist².

Bei der Frage der Klagenkonkurrenz aus einem Handeln kommt es vornehmlich darauf an, festzustellen, ob „eadem res“ vorliegt. Ist das der Fall, so gilt die Rechtsregel: „Bis de eadem re ne sit actio.“ Über dieselbe Sache soll nicht zweimal gestritten werden. Ist also die eine Klage angestellt und durchgeführt, so ist die andere Klage damit untergegangen. Es ist so, wie wenn überhaupt nur ein Klagenrecht vorgelegen hätte. Der Erhebung der zweiten Klage steht die *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* entgegen. In welchem Zeitpunkte des Prozesses, ob schon mit der Litiskontestation oder erst mit dem inappellablen Urteil der Anspruch zur zweiten Klage untergeht, ist für unsere Erörterung unerheblich. Diese Klagenkonkurrenz ist die alternative oder elektive. — Liegt aber „eadem res“ nicht vor, dann sind alle Klagen, welche aus dem einen Handeln entspringen und zuständig sind, möglich und können nacheinander erhoben werden. Das ist die kumulative Klagenkonkurrenz.

Aber was ist „eadem res“? Es liegt ein Handeln vor, „unum factum“, wodurch die Einheit und Identität der *causa* bedingt ist. „Eadem res“ ist dann anzunehmen, wenn una *eademque causa* doch nur eine juristische Beziehung schafft, wenn die aus dem *unum factum* entspringenden Klagen im Grunde genommen quantitativ und qualitativ ein und dasselbe

¹ Vgl. die Worte Hermogenians in l. 32 D. XLIV, 7: „post magnas varietates obtinuit.“

² Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II 986 ff.

juristische Interesse verfolgen, also gleichsam kongruente Kreise sind. „Eadem res“ liegt dann nicht vor, wenn aus ein und derselben *causa* mehrere juristische Beziehungen entspringen, von denen eine jede für sich rechtlicher Normierung unterworfen ist, wenn also die verschiedenen Klagen auf quantitativ und qualitativ voneinander verschiedene Ziele hin gerichtet sind, also gleichsam exzentrische Kreise verschiedener Größe vorstellen.

Die im Anschluß an unser Kollationsexzerpt zu erörternde Streitfrage lautet also: Kann aus dem einen „rumpere“ bei wirklichem *damnum* sowohl die aquilische als die Injurienklage seitens ein und desselben Verletzten angestellt werden, oder schließt die Erhebung der einen Klage die andere aus? Diese Frage fällt nach dem Gesagten zusammen mit der andern: Liegt „eadem res“ vor oder nicht? Darüber kann aber nur die Natur der beiden Klagen entscheiden.

Zunächst ist zu betonen, daß beide Klagen aus Privatdelikten stammen, wir haben daher eine Konkurrenz von zwei zivilrechtlichen Deliktssklagen, nicht von Kontrakts- oder Kriminalklagen.

Was nun die *actio legis Aquiliae* betrifft, so wird ihr Charakter meines Erachtens durch die Bestimmungen des ersten und dritten Kapitels der *lex* klar gelegt, wonach der Täter den höchsten Wert der getöteten oder beschädigten *res* in einem vom Zeitpunkte der Tat rückwärts liegenden Zeitraume dem Herrn ersetzen muß. Damit hat der Gesetzgeber selbst die Klage prinzipiell als eine Schadenersatzklage proklamiert¹. Die Leistung des Täters, des Beklagten,

¹ Mommsen (Röm. Strafrecht 826) kommt infolge seiner Deutung des Wortes „*damnum*“ im Sinne von „Leistung“ schon um dieses Wortes willen auf die Schadenersatznatur der aquilischen Klage. Es ist aber doch sehr zweifelhaft vom semasiologischen Standpunkte aus, ob „Leistung“ die ursprüngliche Bedeutung von „*damnum*“ sei. Wir müßten dann den bedenkliehen, nicht näher zu erklärenden Übergang von „Leistung“ zu „Schaden“ annehmen. Die Erklärung, welche Mommsen 13 A. 1 am Ende

hat an dem höchsten Werte der res in einem bestimmten Zeitraume einen festen Anhaltspunkt. Freilich wird dadurch nicht der effektive Schaden gekennzeichnet. Die aquilische Klage ist aber auch keine Kontraktklage, sondern eine Deliktklage. Die Leistung aus dem Delikte ist das ursprüngliche Lösegeld, die „poena“, wodurch die Privatrache in alter Zeit abgekauft worden war. Daß sich der Kläger mit dieser Summe für die erlittene Vermögensverminderung entschädigte, ist selbstverständlich. Aber erst im Laufe der Zeit tritt das Moment des Schadenersatzes bei bestimmten Delikten klar und selbständig hervor und drängt bald dasjenige der persönlichen Genugtuung zurück. Der Schadenersatz ist nicht mehr ein bloß ökonomischer, sondern wird ein juristischer, d. h. die Bestimmung des zu zahlenden Geldes geht juristisch dahin, den angestifteten Schaden zu ersetzen¹. So in der lex Aquilia. Andererseits darf es uns aber nicht wundernehmen, wenn in ihr neben dem Schadenersatze akzidentell pönale Elemente erscheinen, gleichsam als Überreste der alten, allen Delikten gemeinsamen Auffassung. So das Mehr über

dafür gibt, das Wort „sei von der Leistung des Ersatzes für die Schädigung auf die Schädigung selbst übertragen, dann allgemein und verflacht für jede Schädigung verwendet worden“, dürfte niemand befriedigen. Wir müßten dann ferner mit Pernice (Sachbeschädigung 94) insbesondere bei der lex Aquilia ein doppeltes „damnum“ auseinanderhalten: „das damnum, was die Grundlage der Klage bildet, und das, dessen Ersatz mit derselben gefordert wird“. Das ist doch aber eine sehr gekünstelte, für eine alte, römische lex aus dem Beginn des 3. Jahrhunderts v. Chr. unmögliche Sache. Andere schwere Bedenken, wie „damnum iniuria datum“ (Coll. tit. I, c. 4), „damna dare“ usw., übergehe ich. Mommsen hat sich neben seiner etymologischen Erklärung von damnum als Part. Praes. Pass. besonders durch die Formel „damnum decidere“ für die Bedeutung „Leistung“ einnehmen lassen. Aber „damnum decidere“ braucht doch gar nicht zu bedeuten „die Leistung festsetzen“, sondern es hat den Sinn: „die Höhe des erlittenen Schadens festsetzen“, ganz wie litem aestimare. Vgl. I. 62, § 1 D. XLVII, 2: „uti . . . aut damnum decidas aut pro noxae deditioe hominem relinuas.“ Das „damnum“ der lex Aquilia hat mit „Leistung“ nichts zu tun.

¹ Vgl. Landsberg, Iniuria 86 A. 2.

den effektiven Schaden hinaus¹, so die Unmöglichkeit der Klageerhebung gegen die Erben des Täters (§ 9, Inst. IV, 3), so die Multiplikation der Strafen beim concursus ad delictum (I. 11, § 2 D. IX, 2). Aber die vornehmlichste Bestimmung der aquilischen Klage ist der Ersatz des angestifteten Schadens, die Vergütung des gesamten Interesses eingeschlossen (Gaius, Inst. III, 212). So lehrt klar I. 7, § 1 D. XLVII, 10: „ . . . nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est.“²

Klarer liegt die Natur der actio iniuriarum vor uns. Sie ist unbestreitbar eine Pönalklage und hat diesen Charakter auch bewahrt. Es liegt in ihrem Wesen, daß sie auf persönliche Genugtuung geht. Gerade bei ihr schimmert die ursprüngliche, durch die Injurie ausgelöste Rache noch deutlich durch. Man denke an die von den XII Tafeln subsidiär noch beibehaltene Talion im Falle des membrum ruptum. Auch die Ästimationssumme der prätorischen Injurienklage zeigt deutlich den Strafcharakter, indem die Schwere der Injurie abgeschätzt wird, nicht etwa der vielleicht erlittene Vermögensverlust. Ferner sei darauf hingewiesen, daß der Herr die üblichen Folgen der actio iniuriarum noxalis dadurch ab-

¹ So wenigstens wird das Plus gedeutet vom § 9, Inst. IV, 3. Andere Auffassungen über den Charakter des Plus siehe bei R. Leonhard in Pauly-Wissowa RE. s. v. damnum IV 2065. Vielleicht steckt übrigens in dem Plus nichts anderes als das Interesse. Der Gesetzgeber wollte dem Kläger das Interesse über den effektiven Schaden hinaus verschaffen, worauf der Beschädigte doch wegen des widerrechtlichen Verhaltens des Beklagten einen billigen Anspruch hatte. Die Lehre vom Interesse bei der aquilischen Klage ist bekanntlich erst durch die Interpretation ausgebildet worden (§ 10, Inst. IV, 3). Sollte aber der Gesetzgeber selbst diese wichtige Sache nicht irgendwie zum Ausdruck gebracht haben?

² Wenn Gaius (Inst. IV, 9) sagt, daß die aquilische Klage „rem et poenam“ verfolge, so bezieht sich diese Bemerkung nach dem Zusammenhang der Stelle gar nicht auf die Natur der Klage, sondern auf den prozessualen Sonderfall, wonach der Täter, wenn er leugnete, wegen des „damnas esto“ der lex doppelten Schadenersatz zur Strafe leisten mußte.

wenden kann, daß er den Sklaven dem Beleidigten zur körperlichen Züchtigung überläßt, „ut ita satisfiat ei, qui iniuriam passus est“ (l. 17, § 4 D. XLVII, 10). Klar und bündig spricht Gaius ihre Strafnatur aus mit den Worten: „Poenam tantum persequimur, velut actione . . . iniuriarum“ (Inst. IV, 8). Natürlich trägt die Injurienklage dann auch alle die Merkmale, welche die Strafnatur mit sich bringt: sie ist aktiv wie passiv vor der Litiskontestation unvererblich (l. 13 Pr. D. h. t.); sie erzeugt Multiplikation der Strafen beim concursus ad delictum nach der Zahl der Teilnehmer (l. 34 D. h. t.)¹.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß die aquilische und die Injurienklage Klagen mit durchaus verschiedenen Zielen sind. Die juristische Bestimmung der ersteren ist, dem Geschädigten Ersatz zu verschaffen für die erlittene materielle Vermögensverminderung, die der zweiten, dem Injurierten für die angetane contumelia eine Genugtuung zu bereiten. Mag diese immerhin bloß in einer Geldsumme bestehen, so trägt sie durchaus den Charakter der genugtuenden, sühnenden Strafe. Daher besteht, wenn auch nur ein Handeln zu Grunde liegt, doch nicht „eadem res“. Die Regel: „Bis de eadem re ne sit actio“ ist unanwendbar. Begrifflich sind beide Klagen zuständig, und beide können, unabhängig voneinander, geltend gemacht werden. Wir haben hier die kumulative Klagenkonkurrenz. — Schon die Worte unseres Kollationsexzerptes in Verbindung mit der Wiedergabe in den Digesten (l. 27, § 17 D. IX, 2) lassen dieses Verhältnis der beiden Klagen zueinander hervortreten. Der Sinn ist nämlich der, daß wenn kein *damnum* eingetreten, die aquilische Klage zessiert und nur die Injurienklage erhoben werden kann; ist aber *damnum* bereitet, dann sind beide Klagen kumulativ anstellbar. Das ist auch die Lehre des klassischen

¹ Pernice besonders hat unter andern in seinem *Labeo* II 42—47 den pönalen Charakter der Injurienklage eingehend dargelegt.

Rechts. So Labeo (l. 15, § 46 D. XLVII, 10), welcher besonders klar die Kumulation lehrt mit den Worten: „*eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.*“¹ Ferner ist zu nennen Papinian (l. 6 Pr. D. XLVIII, 5)², Ulpian (l. 5, § 1 D. IX, 2)³. Man vergleiche noch l. 15 Pr. D. VI, 1; l. 25 D. XLVII, 10. Die Kumulation der Deliktssklagen aus ein und derselben Handlung überhaupt lehrte klar Ulpian (l. 2 Pr., §§ 4 5 6 D. XLVII, 1; l. 11, § 2 D. XI, 3) und auch noch Hermogenian (l. 32 D. XLIV, 7), einer der beiden jüngsten in den Digesten ausgezogenen Juristen. Die Konsumtionstheorie wird ebenso entschieden ganz allgemein abgelehnt (l. 60 D. XLIV, 7 und l. 130 D. L, 17).

Einiger besonderer Worte der Erklärung bedarf noch das vielbesprochene Principium zu l. 34 D. XLIV, 7 aus der Monographie des Paulus über die Klagenkonkurrenz. Als Tatbestand wird angegeben, daß gegen einen fremden Sklaven eine *atrox iniuria* („*verberari*“) verübt worden sei. Das eine Faktum begründet gegen den Täter sowohl die *actio legis Aquiliae* als die *actio iniuriarum*. Es fragt sich nun, in welchem Verhältnisse diese beiden aus ein und demselben Delikte entspringenden Klagen zueinander stehen. Darüber trägt Paulus drei Ansichten vor. Die einen lehren die Konsumtion. Andere wollen verschieden entscheiden, je nachdem die eine oder die andere Klage zuerst angestellt worden

¹ Der Tatbestand der Stelle Labeos liegt offenbar der c. 8 Cod. Iust. IX, 35 zu Grunde. Es beruht auf einer Ungenauigkeit bzw. Verwechslung, wenn diese Konstitution sagt, daß das Injurienedikt auf das *damnum* Rücksicht nehme.

² Die Worte: „*nec erit deneganda*“ weisen auf die Kumulation hin. Wenn auch der letzte Satz der Stelle interpoliert ist, wie das Wort „*crimen*“ zeigt, so ist der Sinn doch klar: schonungslos sollen alle zuständigen Klagen gegen den Schuldigen erhoben werden. Vgl. Eisele, Archiv f. ziv. Praxis LXXIX 342 f.

³ Die von ganz verschiedenen Gesichtspunkten und zu ganz verschiedenen Zwecken anzustellenden zwei Ästimationen beweisen die Existenz beider Klagen nebeneinander.

sei. Sie lassen also unbedingt weder die eine Klage durch die andere untergehen, noch auch beide nebeneinander bestehen. Beide Ansichten werden von Paulus abgewiesen. Man erwartet nun, daß Paulus klipp und klar die einzig logische, wissenschaftliche, von Labeo vorgetragene, von seinem Lehrer Papinian adoptierte Anschauung von der unbeschränkten Kumulation bekennen werde. Anstatt dessen erscheint die ganz neue Lehre von der Nachklage auf den Überschuß, d. h. wenn die weniger ergiebige Klage zuerst angestellt worden sei, dann könne noch auf das „amplius“, welches in der zweiten Klage stecke, geklagt werden. Es ist das Verdienst Eiseles¹, den tribonianischen Charakter an dieser Stelle nachgewiesen zu haben². Was uns hier als „paulinisch“ geboten wird, ist nachklassisches, justinianisches Recht. Vielleicht haben strafpolitische Erwägungen, welche sich bei der Fülle der Strafklagen vom praktischen Gesichtspunkte aus aufdrängten, diese Trübung der klassischen Lehre im Sinne der Anrechnung oder Absorption (poena maior absorbet minorem) verursacht. Begünstigend mußte dabei der Umstand mitwirken, daß beide Klagen auf eine Geldleistung gingen; so konnte leicht der qualitative Unterschied verwischt werden, und nur die Differenz in den Quantitäten trat deutlich hervor.

Wenn übrigens Mommsen³ glaubt, daß mit dem durchaus folgerichtigen Satze unseres Kollationsexzerptes: „si in nullo servum pretio viliorum deteriorumque fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum“ sich die Zulassung beider Klagen wegen „verberari“ des servus, wie sie von Labeo l. 15, § 46 D. XLVII, 10 gelehrt wird, nicht recht vertrage, da bei der sonstigen Behandlung dieser Frage zwischen un-

¹ Archiv f. ziv. Praxis LXXIX 336—344.

² Wie lange man die Stelle als echt angesehen, zeigt Pernice, welcher in seinem Buche von der „Sachbeschädigung“ S. 134 die „Auktorsität der klassischen, paulinischen Stelle“ noch besonders hervorhebt. In seinem Labeo II 46 hat er dann allerdings seine Anschauungen rektifiziert.

³ Röm. Strafrecht 829 A. 2; 890 A. 2.

schädlicher (Mommsen meint: ohne damnum) und beschädigender Züchtigung nicht unterschieden werde, und die doppelte Abschätzung praktisch wohl kaum durchführbar gewesen wäre, so ist zunächst zu bemerken, daß überall da, wo beim Tatbestand der atrox iniuria des servus alienus beide Klagen zugelassen werden, selbstverständlich ein aquilisches damnum vorausgesetzt wird. In unserer Stelle wird es aber ausdrücklich als nicht eingetreten bezeichnet, ergo zessiert die Aquilia. Warum soll ferner die doppelte Abschätzung praktisch nicht durchführbar gewesen sein? Mehrfach, so besonders in l. 5, § 1 D. IX, 2, werden ausdrücklich die beiden Ästimationen nebeneinander genannt, und der verschiedene Boden, aus dem sie hervorgehen, gekennzeichnet: „Duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae.“ Zwei Ästimationen haben wir auch bei der mittelbaren Injurie, wo durch denselben Akt Vater und Sohn beleidigt sind (l. 30, § 1 D. XLVII, 10). Mommsen sagt selbst (S. 799 A. 1), daß in diesem Falle beide Klagen unabhängig nebeneinander herlaufen, und die Ästimation ungleich ausfallen kann.

§ 16. Die Körperverletzung eines fremden Sklaven mit tödlichem Ausgange.

1. Das letzte Exzerpt in tit. II beschäftigt sich mit derjenigen Körperverletzung eines homo, d. h. eines servus, welche als Folge den Tod herbeiführt. Huschke¹ hält unsere Quellenstelle für deplaziert in tit. II und weist sie dem tit. I zu. Durch einen „parum intelligens“ soll dieses Exzerpt, weil sein Inhalt dem des c. 1 in tit. III ähnlich ist, gleichsam als Parallelstelle an den Rand des Anfangs des tit. III geschrieben worden sein und so seinen jetzigen Platz erhalten haben. Allein nach der ganzen Auffassung unseres Kompilators erscheint die Anführung unseres Exzerptes unter dem tit. II mit der Überschrift „De atroci iniuria“ wohl passend. Wie

¹ Iurisprud. antejust. 655 n. 10.

er in c. 4 eine Quellenstelle heranzog, in der von Körperverletzung eines Sklaven an sich die Rede war, so bringt er am Schlusse des ganzen Titels den besondern Fall, daß der servus an der erlittenen Körperverletzung hinterher stirbt. Wir werden diese Spezies der Körperverletzung eines Sklaven bezeichnen müssen als „Körperverletzung mit tödlichem Ausgange“.

Dieser qualifizierte Fall der Körperverletzung ist in der Geschichte des Strafrechts noch neueren Datums. Nach unserem Exzerpte ist es aber doch zweifellos, daß schon das römische Strafrecht diesen Fall abgesondert ins Auge gefaßt hat. Wenn Huschke unser Exzerpt dem tit. I zuweist, so will er damit sagen, daß unser Redaktor eine Körperverletzung mit tödlichem Ausgange als Tötungsdelikt aufgefaßt habe, und zwar als unvorsätzliche Tötung. Allein der meritorische Inhalt unseres Kapitels betrifft unzweifelhaft eine „atrox iniuria“, daher ist die Plazierung in tit. II durchaus gerechtfertigt. Sicher hat unser Kompilator in dem Exzerpte nichts anderes gesehen als eine schwere Körperverletzung, welche als Folge den Tod herbeiführt. — Es sei noch besonders darauf hingewiesen, daß es sich hier um die Körperverletzung eines fremden Sklaven handelt. Pithou¹ hat sich im Irrtum befunden, als er dieses Kapitel mehr dem folgenden, dem dritten Titel zuweisen wollte. Der tit. III handelt nur von den eigenen Sklaven. Ferner kommt nur die kriminelle Verfolgung der Tat in Betracht, wie sie auf dem sullanischen Mordgesetz basierte, nicht etwa irgend eine zivilrechtliche Haftung ex delicto. Die Rubrik „ad legem Corneliam de sicariis et veneficis“ weist klar darauf hin.

2. In dem durch unser Exzerpt uns überlieferten Rechtsätze handelt es sich um die schwierige Feststellung des Kausalzusammenhanges zwischen Wille und Erfolg. Eine klare Erkenntnis dieses Nexus ermangelte den Römern. Daher

¹ Ausgabe S. 81; abgedruckt von Schulting, Iurispr. antejust. 741 f.

behalf man sich mit einer auf einem rein äußerlich wahrnehmbaren Merkmale beruhenden Vermutung. Man wies nämlich den Richter an, den Kausalzusammenhang im einzelnen Falle beim Prozesse nicht anzunehmen, wenn der geschlagene Sklave aus dem Leben geschieden war nach einer Anzahl von Tagen, nachdem er seine täglichen, gewohnten Arbeiten wieder aufgenommen hatte. Unser Exzerpt drückt diese negative Vermutung aus mit den Worten: „Causa mortis idonea non videtur.“ Es wird uns nicht angegeben, wie hoch die Zahl dieser in den späteren, deutschen Strafrechten¹ als „kritische Tage“ oder „kritische Zeit“ bezeichneten Tage bei den Römern gewesen ist. Es erscheint demnach, daß ein festbestimmter Zeitraum überhaupt nicht anerkannt war, sondern daß die Beurteilung dem arbiträren Ermessen des Richters überlassen blieb. Umgekehrt genügte es für den Kausalnexus, wenn der verwundete Sklave seine täglichen Berufsarbeiten nicht wieder aufgenommen hatte. Selbstverständlich durfte aber nicht eine andere hinzugetretene Ursache des Todes erkennbar sein.

3. Diese gesetzlichen Vermutungen von der „causa mortis idonea“ bzw. „non idonea“ wurden aber vernichtet einmal durch den Beweis, daß der Täter den dolus gehabt hatte, den Sklaven ums Leben zu bringen, nicht etwa bloß ihn zu verletzen, und dann, daß der servus „letaliter“ verwundet worden war.

Es heißt in unserem Exzerpte: „nisi forte² fuerit ad necem caesus“. Das „ad necem caesus“ bedeutet hier nicht, daß der Sklave solange geschlagen worden ist, bis er tot zu-

¹ Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II 630.

² Huschke (Iurispr. antejust. 655) schreibt für „forte“: „furtim“ im Sinne von „latenter“. Die Tödlichkeit der Wunde habe sich erst später gezeigt. Diese Konjekture ist ebenso überflüssig wie irrig. „Forte“ gibt einen sehr guten Sinn: es deutet stark die Vernichtung der gesetzlichen Vermutung an. Dann aber hat „furtim“ niemals den Sinn von „latenter“, sondern bedeutet stets das absichtliche Geheimhalten. Man denke an die „furtim caesae arbores“ (l. 7 Pr. D. XLVII, 7).

sammenbrach — dieser Tatbestand würde direkt das Tötungsdelikt begründen —, sondern es hat denjenigen Sinn, welchen in c. 1 der lex Cornelia de sicariis die Worte ausdrücken: „hominis necandi causa“ (tit. I, c. 3, § 1). Ist erwiesen, daß die „voluntas necandi“ dem „caedere“ zu Grunde lag, dann haftet der Täter nach dem Mordgesetze. „In lege Cornelia dolus pro facto accipitur“ (l. 7 Pr. D. XLVIII, 8). Alle andern Umstände, ob der Tod sofort eintrat oder später, nach dauerndem Siechtum oder nach Wiederaufnahme der Berufsarbeit, sind unerheblich. So berührt sich das „ad necem caedere“ mit dem „causam mortis praebere“, von dem es heißt: „Nihil interest, occidat quis an causam mortis praebat“ (l. 15 D. l. c.).

4. Der zweite Fall, bei dem die gesetzliche Vermutung von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Kausalzusammenhanges zwischen Wille und Erfolg entkräftet wird, liegt dann vor, wenn der Sklave „letaliter vulneratus est“. Ein „letale vulnus“ ist zunächst eine Wunde, die wirklich den Tod herbeiführt: „letale“ im Sinne von „letiferum, mortiferum“. Wird also bewiesen, daß der Sklave eine Wunde empfangen, und daß er tatsächlich an dieser Wunde nach einiger Zeit gestorben ist, so haftet der Täter wie ein Mörder, selbst wenn auch der Sklave vielleicht noch einmal seine täglichen Arbeiten aufgenommen haben sollte. Diese Forderung, welche aus dem Wesen der Präsuntion sich ergibt, ist unabweislich. Der Gegenbeweis vernichtet die Vermutung. — „Letale vulnus“ faßten die Römer aber auch noch in einem andern Sinne. Das neuere, römische Strafrecht hat in manchen Beziehungen die objektive, rein äußerliche Auffassung bewahrt. Das gilt ganz besonders von den sog. todbringenden Waffen. Wenn jemand „gladium instrinxit“ oder „telo percussit“, so war kein Zweifel, daß er „occidendi animus“ besaß. So in unserer Kompilation tit. I, c. 6, § 3. Indem sich der Täter gerade einer solchen Waffe bediente, von der jedermann weiß, daß sie in der Regel todbringende Wunden schlägt, wurde ge-

setzlich seine Absicht vermutet, ein „letale vulnus“ dem Sklaven zuzufügen. Von der objektiven Natur des Instrumentes schloß man auf den subjektiven Willen des Täters. So läuft das „letaliter vulnerare“ über in das „ad necem caedere“. Bei ersterem wird der animus necandi aus dem Gebrauche bestimmter Waffen vermutet, beim zweiten liegt er offen zu Tage.

5. Daß diese Deutung von „ad necem caesus“ und „letaliter vulneratus“ richtig ist, beweist klar die Konstitution, welche Constantin im Jahre 319 erlassen, und welche uns der Codex Theodosianus c. 1 IX, 12 (= Cod. Iust. c. 1 IX, 14) überliefert. Es ist hier die Rede von der Behandlung der Sklaven durch ihre Herren. Es heißt von dem Herrn: „Tunc reus homicidii sit, si voluntate eum vel¹ ictu fustis aut lapidis occiderit, vel certe telo usus letale vulnus inflixerit.“ Noch schärfer hebt der Scholiast zu den Basiliken (LX, 59, 1) den Charakter der todbringenden Waffe hervor, wenn er sagt, daß der Herr, welcher seinen Sklaven mit Riemen oder Ruten peitscht, nicht haftbar sei, auch wenn der Sklave stirbt; schlägt er aber mit einem Schwerte oder einem Steine oder „παχῆϊ ξύλῳ“, d. h. einem „Totschläger“, dann haftet er. Es mache aber, so fährt er fort, keinen Unterschied, ob jemand seinen eigenen oder einen fremden Sklaven in dieser Weise ums Leben bringe.

¹ Dieses „vel“ fehlt im Cod. Iust., und dadurch wird der Sinn entstellt.

Zu tit. III der Lex Dei.

§ 17. Einleitende Bemerkungen.

1. An manchen Stellen des tit. II war bereits die Rede von Sklaven. Es handelte sich dabei immer um eine schwere Körperverletzung, wie auch die Titelüberschrift: „De atroci iniuria“ erwarten ließ. Zunächst wurde in c. 4 der Fall erwähnt, daß ein „homo“ schwer verletzt worden; daran knüpfte sich die Erörterung über die mittelbare Injuriierung des Herrn und die Zulässigkeit der aquilischen und Injurienklage. Ferner wurde in § 5 des c. 5 der alte Satz der XII Tafeln wiederholt, wonach der dem servus zugefügte Knochenbruch unterschiedslos mit 150 As geahndet wurde. Endlich behandelte das letzte Exzerpt, das c. 7, die Körperverletzung eines „homo“ mit tödlichem Ausgange.

In allen diesen Fällen war aber die Rede von fremden Sklaven. In tit. III stellt nun der Redaktor der Lex Dei Exzerpte zusammen, welche insbesondere den durch die späteren kaiserlichen Erlasse gewährleisteten Schutz der servi gegen Gewalttätigkeiten ihrer eigenen Herren uns vor Augen führen. In diesem Sinne überschreibt der Kompilator den tit. III mit den Worten „De iure et saevitia dominorum“. Da nach kaiserlichem Rechte (Gaius, Inst. I, 53) es keinen Unterschied für die strafrechtliche Beurteilung machte, ob jemand einen fremden Sklaven oder der Herr seinen eigenen „sine causa“ tötete, so erscheint die Plazierung des Exzerptes in c. 7, tit. II an den Schluß des Titels eine glückliche, indem so passend auf das c. 2 in tit. III hinübergelitet wird.

2. Neben andern hat Rudolf von Jhering in seinem „Geist des römischen Rechts“ (Teil II, Abtl. 1, 166 ff) die

Frage der römischen Sklaverei eingehend behandelt und hat meines Erachtens besonders nach zwei Seiten hin volle Klarheit geschaffen. Einmal weist er darauf hin, daß die wirtschaftliche Lage der Sklaven bei den Römern durchaus nicht nach dem abstrakten Rechte der Sklaverei beurteilt werden dürfe; man würde sonst zu einem völlig verkehrten Urteil gelangen. Andererseits zerstört er die Anschauung, als ob die Behandlung der römischen Sklaven jederzeit eine schreckliche gewesen sei, und als ob erst die kaiserliche Gesetzgebung lindernd und mildernd eingegriffen und die Lage der Sklaven zu einer mehr der Menschenwürde entsprechenden gestaltet habe.

§ 18. Entstehung und Ausbreitung der Sklaverei.

1. Die altlatinische Sage erzählt von dem goldenen Zeitalter Italiens, wo Saturn noch herrschte. Damals, so heißt es z. B. bei Macrobius¹: „Nondum quisque servitio vel libertate discriminabatur.“ Unter den Nachfolgern Saturns aber sei die goldene Zeit geschwunden. Der Unfriede habe sich breit gemacht unter den Menschen, die Habgier sei erwacht, und als Folge davon wären die Kriege gekommen, die Gefangenschaft und die Sklaverei. So sagt wörtlich Marcian² (§ 2, Inst. I, 2): „Bella etenim orta sunt et captivitates et servitutes.“ — Es wäre wohl verkehrt, wollte man in diesen Nachrichten nichts anderes sehen als dichterische Vorstellungen. Denn man kann auch andere Zeugen für die Unbekanntschaft der Urzeit mit der Sklaverei namhaft machen.

Uns interessiert in der Stelle Marcians bei der Frage nach der Entstehung der Sklaverei der Zusammenhang zwischen „captivitates“ und „servitutes“. Wie ist er zu erklären? Es

¹ Saturnalia I 7.

² Voigt (Ius natur. I 566 ff) versucht eine Palingenesie dieses Institutionentitels und kommt zu dem Schlusse, daß der oben zitierte § 2 dem ersten Buche der Institutionen Marcians entstamme.

ist eine allgemeine, antike Auffassung, daß der Staat nichts von seinen Untertanen Verschiedenes sei, nichts außer und über ihnen, sondern der Staat sind sie selbst¹. Daher erstreckt sich der Krieg gegen jeden einzelnen und gegen alle seine Habe. Wird der Staat besiegt, so ist auch die rein privatrechtliche Existenz jedes einzelnen Untertanen vernichtet: Leben und Freiheit, Ehre, Familie und Vermögen. Aus diesen Sätzen der bei den Völkern des Altertums geltenden Auffassung erklärt sich die barbarische Handlungsweise, daß die Kriegsgefangenen, nachdem sie im Triumphe aufgeführt worden, manchmal hinterher getötet wurden. Dazu hielt man sich für berechtigt: denn jeder Kriegsgefangene hatte an sich sein Leben verwirkt. Unter Umständen war das Motiv zu dieser grauenvollen Vernichtung jeglicher lebendiger und lebloser Kriegsbeute ein religiöses: man hatte vor der Schlacht einem Gotte das Gelübde gemacht, ihm alles, was man erobern würde, zu weihen, falls er den Sieg verleihe. Hatte der Gott die Voraussetzung des Gelübdes erfüllt, so erfolgte die prompte Einlösung des Gelobten. So heißt es in manchen lateinischen Weiheinschriften, wenn auch nicht gerade mit Bezug auf unsere Art Gelübde: „votum solvens merito“². Wurden aber die Kriegsgefangenen geschont, so fielen sie in die Sklaverei der Sieger. Von diesem Standpunkte aus betrachtet, ist dann allerdings die *servitus* eine Gnade. Damit erklärt sich die Ableitung, welche die klassischen Juristen und auch der hl. Augustin in seinem Werke über die „Stadt Gottes“ (l. XIX, c. 15) von „*servus*“ geben, indem sie es deuten als „*servatus*“ sc. bello³. Diesen Satz des bei den bekannten

¹ Jhering, Geist I 210.

² Vgl. Pernice, Zum röm. Sakralrecht I 1146; Caesar, De bell. gall. VI 17. Erinnert sei an die Niedermetzung der gefangenen Römer im Teutoburger Walde vor den Altären der germanischen Götter (Tacit., Annal. I 61).

³ So verkehrt diese Etymologie ist, so ist sie doch nicht wertlos für uns: sie zeigt uns nämlich die Anschauung, welche die Juristen und der hl. Augustin von der Entstehung der Sklaverei hatten.

Völkern des Altertums geltenden Rechts ließen die Römer bei ihrer Hochachtung vor dem Rechte auch gegen sich selbst gelten, indem der römische Bürger durch Kriegsgefangenschaft *capitis deminutio maxima* erlitt und sein Bürgerrecht suspendiert wurde.

Die ursprüngliche, historische Quelle der Sklaverei ist nach dem Gesagten die Unterwerfung im Kriege. Eine andere, ebenfalls aus allgemeiner, antiker Anschauung sich herleitende Entstehungsart in Friedenszeit war das Ergreifen des Angehörigen eines Staates, mit welchem die Römer weder „*amicitia*“ noch „*hospitium*“ noch „*foedus*“ hatten (l. 5, § 2 D. XLIX, 15). Ein solcher „Fremder“ war mit all seiner Habe rechtlos und okkupierbar. Auf andere zivil- und strafrechtliche Entstehungsformen der Sklaverei bzw. sklavenähnlicher Gewaltverhältnisse sei hier bloß hingewiesen¹.

2. Was nun die Ausbreitung der Sklaverei betrifft, so ist sie wesentlich gefördert worden durch den Handel mit Kriegsgefangenen. Als Rom seine siegreichen Feldzeichen über die Grenzen Italiens hinaustrug, in die Donauländer, nach Griechenland, nach Gallien, Germanien, Britannien, Spanien, Asien und Afrika, da wurden außerordentliche Massen von Gefangenen gemacht. Man lese die großen Zahlen, welche uns die römischen Geschichtschreiber berichten². Diese Kriegsgefangenen gingen, wie jede andere Kriegsbeute, in das Eigentum des römischen Staates über. Teilweise verwendete dieser sie selbst in seinen Diensten als „*servi publici*“, z. B. für öffentliche Bauten und Arbeiten. Zum größten Teile aber wurden sie zu Gunsten der Staatskasse verkauft („*sub corona venire*“)³ und kamen so in die Sklaverei eines Privaten. Der Verkauf fand entweder an Ort und Stelle statt, also auf dem Schlachtfelde nach errungenem Siege, oder nach Eroberung einer Stadt. Professionsmäßige Sklavenhändler folgten den römi-

¹ Vgl. Jörs in Birkmeyers Enzyklopädie 95.

² Wallon, Histoire II 35 ff.

³ Vgl. Gellius, Noct. Attic. VI 4.

schen Heeren wie Aasvögel in Feindesland¹. Oder aber die Gefangenen wurden auf den nächsten Markt gebracht und dort verkauft. So wurde der Sklavenhandel allmählich organisiert. Zu Delos und Rom bestanden große Sklavenmärkte. Gerade im Hinblick auf den Sklavenhandel mußte sich erst recht die Auffassung festsetzen, daß der Sklave wie das Stück Vieh eine verkäufliche Sache sei.

§ 19. Die rechtliche Stellung der Sklaven in Rom.

1. Bei der Beurteilung der rechtlichen Lage der Sklaven in Rom muß man vom römischen Hause ausgehen. Dieses war in der ältesten Zeit sowohl eine räumliche als wirtschaftliche wie rechtliche Einheit. Es umfaßte Haus und Hof, Weib und Kind, Sklave und Vieh, kurz alles, was sich im Hause befand. Das charakteristische Merkmal dieser Einheit war die absolute Unterordnung aller unter den Hausherrn. Der älteste Name für dieses römische Haus war „familia“. Damit war das Herrschaftsgebiet des Hausherrn bezeichnet². Er selbst hieß „pater familias“. „Pater“ bedeutet ursprünglich nicht „Erzeuger“, sondern „Ernährer, Schützer, Erhalter“³. Im pater familias konzentrierte sich alle Lebenskraft, alle Macht, alle Autorität, alle Würde. Die Macht des pater familias erstreckte sich absolut, d. h. ungebunden und uneingeschränkt, auf alle Bestandteile des Hauses. Erst im Laufe der Zeit differenzierten sich die einzelnen Machtverhältnisse, die ursprünglich nur eine Macht löste sich in verschiedene Zweige auf. Die Verschiedenheit, welche doch offenbar und naturgemäß unter den hausuntertänigen Personen bestand, mußte sich geltend machen und konnte auf die Dauer nicht ignoriert werden. Das sittliche Band, welches den Hausherrn mit seiner Ehefrau und seinen leiblichen Kindern verknüpfte,

¹ Adam, Sklaverei 9.

² Vgl. die Erörterung, welche Ulpian (l. 195, §§ 1 ff D. L, 16) von der „familia“ und ihren Bestandteilen gibt.

³ Corssen, Aussprache I 425.

bedingte zu allernächst eine Scheidung von den Sklaven. So zerfiel die ursprüngliche Einheit des Herrschaftsverhältnisses, es traten einzelne, voneinander verschiedene und abge sonderte Arten desselben hervor. Auf diese Weise entstand die „manus“ im speziellen Sinne, die patria potestas, das dominium, d. h. das Herrschaftsverhältnis des Hausherrn zur uxor, zu den liberi und zu den servi und den sonstigen res. Eine Erinnerung an die ehemalige Einheit erhielt sich sprachlich wenigstens in dem negativen Ausdrucke: „homines alieni iuris“, womit auch noch später alle hausuntertänigen Personen unterschiedslos, bloß nach ihrem Verhältnisse zum Hausherrn, bezeichnet wurden.

2. Das Gewaltverhältnis des Hausherrn zu den servi wie zu den res hieß also „dominium“¹. Es ist darunter das Eigentumsrecht im strengen, technischen Sinne zu verstehen. Der servus war Eigentumsobjekt und stand rechtlich der Sache gleich. Er gehörte nach klassischem Rechte zu den res Mancipi, d. h. zu denjenigen Bestandteilen des römischen Hauses, ohne welche dasselbe nicht bestehen konnte. Die servi waren neben den Zug- und Lasttieren die unentbehrliche Grundlage zum Wirtschaftsbetriebe (Ulpian, fragm. XIX, 1; vgl. l. 2, § 2 D. IX, 2). Der Charakter des servus als res zeigt sich so recht in den Konsequenzen. Wie an einer Sache, so war auch am servus Miteigentum möglich („servus communis“ ll. 24 ff D. X, 3), ebenso gutgläubiger Besitz (Ulpian, fragm. XIX, 21). Wie eine Sache, so konnte der servus gekauft und verkauft, verliehen und usukapiert, verpfändet, derelinquiert und legiert werden. An einem

¹ Bekanntlich sind die römischen Juristen keine hervorragenden Philologen, geschweige denn Etymologen. Sie haben sich oft durch ganz zufällige Assonanzen zu den gewagtesten Ableitungen verführen lassen. So stellen sie auch „dominium“ mit „domus“ zusammen, z. B. l. 195, § 2 D. L, 16. Auch R. Leonhard in seinem Artikel „Dominium“ in Pauly-Wissowa RE. IX. Halbband S. 1302 bezeichnet „dominium“ als „hausherrliches Recht“. Doch es ist erwiesen, daß beide Wurzeln nichts miteinander zu tun haben. Vgl. Jhering, Geist II 162.

servus konnte der eine Herr quiritarisches, der andere bonitarisches Eigentum besitzen (Gaius, Inst. I, 54; Ulpian, fragm. XIX, 20). Ebenso war der Nießbrauch am servus möglich („servus fructuarius“ Ulpian, fragm. XIX, 21; I. 26 D. VII, 1). Das Kind der Sklavin fiel bei strengem dominium in das Eigentum des Herrn, wie das Füllen der Stute dem Eigentümer der Stute zufällt. Der Herr konnte den Sklaven verheiraten, ihn wieder trennen von Weib und Kind, ihn zur Wollust gebrauchen, ihn züchtigen, ihn töten, kurz, alle die Formen, in welchen sich der römische Eigentumsbegriff als absolutes Herrschaftsverhältnis über die Sache äußerte oder doch äußern konnte, treffen wir in dem Gewaltverhältnis des Herrn zu seinem servus.

§ 20. Die wirtschaftliche und soziale Lage der römischen Sklaven.

1. Dieses rechtliche Verhältnis zwischen Herren und Sklaven, das dominium im technischen Sinne, ist aber, wenigstens im alten Rom, nicht in die Erscheinung getreten. Weder theoretisch noch praktisch ist damals der Begriff der Unfreiheit in seiner Vollständigkeit und mit allen Konsequenzen so herausgearbeitet worden wie in der späteren, republikanischen oder kaiserlichen Zeit. Der Sklave war damals mehr Arbeitsgehilfe als Sklave, eine Erscheinung, die wir auch sonst unter primitiven Kulturverhältnissen finden. Mit seinen Kindern und seinen Sklaven bestellte der alte Römer sein Feld. Damals füllte ja der Ackerbau das Leben des Römers aus, wenn er nicht im Kriege war. Er erfuhr so am eigenen Leibe und an seinem Fleisch und Blut die Schwere der Arbeit. Er mutete daher den Sklaven ebensowenig wie seinen Kindern und sich selbst mehr zu, als die Kräfte erlaubten. Die Sklaven aßen mit am Tische, wenn auch „infra mensam“, d. h. sitzend in subselliis, wie die Kinder des Hauses, nicht liegend. In gemeinsamer Freude und Heiterkeit feierten Jahrhunderte hindurch Herren und Sklaven in Rom das Fest der Saturnalien zur Erinnerung an das goldene Zeitalter Saturns mit

seiner Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit¹. So entstand eine menschliche, ja gemütvollte Beziehung zwischen Herren und Sklaven. Diese wurden als „familiares“ angesehen² und fühlten sich auch so. Solche Verhältnisse erzeugten wirkliche Liebe und herzliche Zuneigung, und wir finden in den Bürgerkriegen rührende Beweise der Treue von Sklaven gegen ihre proskribierten Herren. — Aus alledem ergibt sich, wie verkehrt es wäre, wollte man von dem abstrakten Recht der Sklaverei auf die reale, wirtschaftliche und soziale Lage ohne weiteres schließen.

2. Fragen wir nach den Gründen, weshalb in Wirklichkeit das Los der Sklaven im alten Rom ein verhältnismäßig günstiges war, so werden wir zunächst wohl auf die zeitlich wie örtlich allgemeine Erscheinung hinweisen dürfen, daß die Rechtsordnung die Verhältnisse innerhalb der Familie durchaus nicht völlig deckt oder ausschließlich beherrscht, sondern vielmehr den Gesetzen der Moral, der Religion und Sitte ein großer Spielraum verbleibt. Ja in vieler Beziehung hat das Recht innerhalb der Familie immer nur einen subsidiären Notbehelf abgegeben, und immer wird das Recht innerhalb des Hauses in verschiedener Richtung den Gesetzen der Moral und Religion weichen müssen. So geschieht es denn leicht, daß zwischen den rechtlichen Qualitäten bestimmter Verhältnisse in der Ehe, der Familie und dem Hause und ihrem wirklichen Sein im realen Leben ein Gegensatz besteht. Das ist auch von der altrömischen Familie zu sagen. Gerade bei den Römern waren wegen ihrer zarten und ausgebildeten „pietas“ die Verhältnisse des Hauses eine sehr spröde, ja undankbare

¹ Wissowa (Religion usw. 170) macht darauf aufmerksam, daß die Bewirtung der Sklaven durch ihre Herren bei den Saturnalien zahlreiche Analogien in griechischen Festgebräuchen findet, — ein Hinweis darauf, daß auch in der griechischen Urzeit die Sklaverei unbekannt war. Übrigens führt die Sage die Einsetzung der Saturnalien auf Numa zurück (Dirksen, Versuche 314). Vgl. Marquardt, Röm. Staatsverwaltung III 562 ff.

² Vgl. den von Plutarch (Cato maior c. 17) erzählten Zug des älteren Cato im Verkehr mit seinen Sklaven.

Materie für das Recht. In der Rechtsordnung stellte das römische Haus, im diametralen Gegensatze zu der republikanisch organisierten gens, ein durchaus despotisch regiertes Gemeinwesen dar: in der Wirklichkeit aber war es „ein patriarchalisch geleitetes Hauswesen, in welchem von oben herab zwar die Würde und die Hoheit der hausherrlichen Stellung gewährt, aber doch mit Milde und Gerechtigkeit das Regiment geführt wurde, von unten her dagegen ebenso Achtung wie Vertrauen und Hingebung dem Oberhaupte entgegengebracht, das ganze aber von den Banden der Zuneigung und des Wohlwollens umschlungen wurde.“¹ Wenn der Sklave im alten Rom in einen so gearteten Familien- und Lebenskreis eintrat, dann ist wohl zu begreifen, daß seine Lage nicht ungünstig war. Der Herr war eben ein gerechter und wohlwollender Gebieter, welchem daran lag, den guten Willen wie das Herz des Sklaven für sich zu gewinnen. Das abstrakte Rechtsverhältnis wurde korrigiert durch die Anforderungen der Sitte und des sittlichen Gefühls. Der Hausherr hatte in abstracto sicher eine unbeschränkte Freiheit, aber er durfte sie nur gerecht und maßvoll gebrauchen. Sonst erstand ihm in der Zensur, welche weder vor der väterlichen Gewalt noch weit weniger vor der des Hausherrn Halt machte, ein Richter und Rächer. So konnte das Unnatürliche, welches darin liegt, daß man an einem Mitmenschen „dominium“ im strengen Sinne haben könne, im alten Rom gar nicht recht zum Vorschein kommen.² — Nebenher werden sicher auch andere Erwägungen die tolerable Lage der Sklaven im alten Rom herbeigeführt haben. *Fortuna variabilis*: drohte bei den vielen Kriegen, welche die Römer führten, nicht auch jedem Römer die Gefangenschaft und damit das Los der Sklaverei? Zudem gehörten die Gefangenen in der älteren Zeit den Nach-

¹ Voigt, *Ius natur.* III 1167 und IV 4.

² Erinnert sei hierbei an die schönen Worte des Sachsenspieglers, welcher (III, 42, § 3) sagt, sein Sinn könne nicht begreifen, daß ein Mensch Eigentum des andern sein könne.

barvölkern an, oder sie waren vielmehr Stammesgenossen, wie ja sicher kriegsgefangene Latiner zur römischen Sklavenschaft in der ältesten Zeit ein erhebliches Kontingent gestellt haben¹. Auch der Hinblick auf die eigenen, in Feindeshand befindlichen Gefangenen mag die römischen Herren zur guten Behandlung ihrer Sklaven angeregt haben, um nicht etwa auf dem Wege der Reziprozität das Los ihrer Landsleute in Feindesland zu verschlimmern. — Endlich mag auch noch hingewiesen werden auf die beschränkte Zahl der Sklaven in jener älteren Zeit. Die Arbeit im Frieden war der Ackerbau. In den bescheidenen Grenzen, in denen sich damals der ländliche Besitz hielt, und bei der einfachen und sparsamen Lebensweise konnte auch die Zahl der Sklaven keine große sein. Ein Sklave für den Herrn, eine Sklavin für die Ehefrau genügten selbst in einem wohlhabenden Hause. Wie wichtig mußte aber nicht gerade dieses Moment sein für die persönliche Bekanntschaft und die daraus sich entwickelnden Beziehungen zwischen dem Herrn und den Sklaven. Die Verhältnisse jener alten Zeit und ihre Anschauungen schildert treffend Cicero pro Tullio § 9: „Apud maiores nostros cum et res et cupiditates minores et familiae non magnae magno metu continerentur, ut perraro fieret, ut homo occideretur, idque nefarium et singulare facinus putaretur.“ Diese Worte sind nach obigen Ausführungen sicher viel mehr als ein bloßes Lob der guten alten Zeit.

3. Allein diese Verhältnisse änderten sich allmählich gründlich. Mit den vielen siegreichen Kriegen in den außeritalischen Ländern stieg die Zahl der Sklaven ins Ungemessene. In demselben Maße, wie infolge dieser kriegerischen Erfolge Roms Reichtum wuchs, erhöhte sich auch die Zahl der Sklaven, welche nunmehr der einzelne Römer hatte. Man denke an die im alten Rom unerhörten Luxusklaven für die tausendfachen, auch gemeinsten, persönlichen Dienstleistungen bei

¹ Wissowa, *Religion* 201.

dem Herrn und der Herrin. Diese Sklaven waren von anderem Blute, von anderem Stamme, von anderer Rasse, zum größten Teil, vielleicht nur mit Ausnahme der griechischen, vollständige Barbaren. Unter diesen Umständen mußte das Zusammenleben der Herren mit den Sklaven aufhören, die persönlichen Beziehungen schwanden. Das Individuelle versank, das Funktionale trat an seine Stelle. Der Sklave wurde vom Tisch ferngehalten, er erhielt sein Deputat. Allerdings erhielt auch schon früher unter Umständen der Sklave, z. B. der verheiratete, bestimmte Rationen, aber diese waren so reichlich bemessen, daß er aus dem Verkaufe des Überschusses etwas erübrigen konnte, eine der Quellen des *peculium*. In der späteren Zeit jedoch konnten die Sklaven etwas sparen nur „*ventre fraudato*“, wie der charakteristische Ausdruck Senecas (ep. 80) lautet. — Dazu traten noch andere Umstände, welche die Lage der Sklaven ungünstig beeinflussten. Ihre Beschäftigung war eine ganz andere geworden. Während sie früher nur in der ländlichen Wirtschaft tätig waren und im Hause die erforderlichen Dienste verrichteten, wo sie jeden Tag mit ihrem Herrn zusammen arbeiteten oder wenigstens zusammen waren, wurden sie nunmehr in den unzähligen, mannigfaltigen Gestaltungen des modernen, römischen Lebens verwendet. Arbeiteten sie auf dem Lande — und hier wurden bei den großen und komplizierten Landwirtschaften die meisten Sklaven verwendet —, so standen sie unter einem *villicus*, der sie betrog, sie in die verrufenen, unterirdischen *ergastula* einsperrte. Diese Sklaven bildeten die berüchtigte „*familia rustica*“¹. Arbeiteten sie in der Stadt, so hießen sie die „*familia urbana*“ und wurden höchst vielfältig ausgenutzt. Begabte und gebildete Sklaven dienten den literarischen und künstlerischen Neigungen ihrer Herren. Ungleich häufiger aber geschah es, daß die Gaben und die technischen Fertigkeiten von den Herren in ebenso egoistischer wie brutaler

¹ Wallon, Histoire II 96 ff.

Weise ausgebeutet wurden in handwerksmäßigem, oft in direkt fabrikmäßigem Betriebe¹. Und nur wenige bevorzugte Sklaven kamen mit den Herren in persönliche Berührung. — Ohne zirkensische und gladiatorische Spiele, ohne Tierhetzen, ohne Theaterspiele und sonstige Schauspiele konnte und wollte der moderne Römer nicht mehr leben. Sklaven waren es besonders, welche im Zirkus, Amphitheater oder Theater dem Römer das Leben verschönten und angenehm machten. — Wer Sklaven hatte, war fast regelmäßig auch Sklavenhändler. In diesem „Artikel“ legte man sein Kapital am nutzbringendsten an. — Endlich diente das Institut der Sklaverei der sich immer mehr ausbreitenden, zügellosen Sinnenlust und leistete ehebrecherischen Neigungen römischer Hausfrauen am leichtesten Vorschub. Gar mancher vornehme Römer, der viel Geld gebrauchte, machte aus der Kastrierung seiner Sklaven und aus der Prostitution seiner Sklavinnen ein lukratives Geschäft. — War nun so der Sklave ausgenutzt bis auf die letzte Lebenskraft, wurde er alt oder krank, dann wurde er billig verkauft oder einfach derelinqüiert.

Diese menschliche Ware, welche man so vielseitig, angenehm und ergiebig verwerten konnte, empfahl sich um so mehr, da man um ihretwillen wenig Federlesens zu machen brauchte. War der Sklave nicht zufrieden, um so schlimmer für ihn: brutale Behandlung und schwere Züchtigungen wurden ihm zu teil. In dieser modernen Zeit brauchte man nichts mehr zu fürchten. Der Richter und Rächer aus der guten alten Zeit, die Zensur, war mit dem Wegfall der stadtrömischen Bürgerschätzung und der Ausdehnung des Zensus auf die Reichsbürger untergegangen, und damit auch das von ihr geübte „*regimen morum*“.

Aus allen diesen Verhältnissen erklärt es sich, daß nunmehr der wirkliche Abstand zwischen Herrn und Sklaven so

¹ Friedländer, Sittengeschichte III 294 ff. Durch die fabrikmäßige Arbeit der Sklaven wurde dem freien Manne, welcher in dem als banaisch (Cic., De off. I 42) betrachteten Handwerk sein Brot erwarb und schwer zu ringen hatte, die deloyalste Konkurrenz gemacht.

groß war, wie der abstrakt rechtliche. Durch nichts mehr behindert, zog der Herr für das reale Leben die volle Konsequenz aus der Lehre, daß er „dominium“ an seinem servus habe. Alle theoretischen Folgerungen wurden jetzt mehr oder weniger in die Praxis umgesetzt. Der Herr benützte seinen Sklaven wie jede andere in seinem Eigentum stehende Sache, ganz nach seinem Gutdünken und Willen. Er brauchte niemand Rechenschaft geben, wurde von niemand zur Rechenschaft gezogen. Bekannt ist das Wort Senecas: „Cum in servum omnia liceant. . .“¹ Zwischen dem Herrn und dem Sklaven gähnte eine unendliche Kluft. Ohne menschliche Teilnahme sah der Herr die Leiden und den bitteren Tod seines gequälten Sklaven. Kläger, Richter, Vollstrecker war der Herr in einer Person. Und die Motive seines Handelns waren Eigennutz, Sinnenlust und Laune. Ja auch die Laune! Der Herr, besonders die Herrin war in übler Stimmung, mit sich selbst unzufrieden: in den Qualen ihrer armen Sklaven weidete und tröstete sich ihr zerrütteter Sinn². Die von der Laune ganz abhängige, etwaige günstigere Lage manches Luxus- und Lieblingssklaven erhellt das gezeichnete, düstere Bild in nichts.

§ 21. Die juristische Begründung der Sklaverei aus dem ius gentium.

1. Wie jedes antike Staatswesen, so ging auch Rom von strengster, nationaler Exklusivität aus, sowohl in privat- wie öffentlich-rechtlicher Beziehung: das Recht fiel mit dem Staate völlig zusammen. Recht fand man nur in seiner Heimat. Der Nichtbürger, der Fremde war rechtlos. Doch dieses Prinzip konnte, als die politische Herrschaft Roms immer mehr um sich griff, und der durch sie bedingte und getragene Handelsverkehr international wurde, nicht mehr im alten

¹ De clement. II, c. 18, § 2; der Nachsatz lautet: „est aliquid, quod in hominem licere commune ius animantium vetet“. Seneca stellt also hier dem zu seiner Zeit praktischen Recht der Sklaverei das „commune ius animantium“ entgegen.

² Man lese die Schilderung in Böttigers „Sabina“ 66—78.

Umfange aufrecht erhalten werden. Der Handel mit seiner expansiven Tendenz verträgt keine solche rechtliche Schranke. Das Prinzip der starren, nationalen Isolierung des Rechts mußte an die Peregrinen Konzessionen machen. Von den strengen Forderungen des ius civile wurde im Rechte des Privatverkehrs, wenn es sich nicht gerade um Ehre und Erbrecht handelte, bald hier bald dort Abstand genommen. Das geschah auf dem Wege von Privilegien oder regelrechten Staatsverträgen. Erinnerung sei an die Verleihung der Zivität und des Kommerziums. So entstand allmählich ein internationales Privatrecht, welches die Römer „ius gentium“ nannten¹. In späterer Ausbildung faßte man das ius gentium als das „tunlichst denationalisierte Privatrecht“², welches alle homines, soweit sie nach antiker Auffassung Rechtssubjekte sein konnten, umspannte, d. h. alle Freien, ganz gleich, ob cives oder peregrini.

2. So wurde durch äußere Impulse das römische Recht allmählich umgestaltet. Bald versuchte man auch eine tiefere Begründung dieses ius gentium. Dazu verhalf die Erfahrung, welche lehrte, daß bestimmte Rechtsanschauungen, Rechtssätze und Rechtsinstitute sich auch bei denjenigen Völkern fanden, mit denen man in Berührung kam. Als Grund dieser Gemeinsamkeit betrachtete man bestimmte, sich auch bei andern Völkern findende, mit den römischen analoge Verhältnisse, welche bei ähnlicher Beurteilung durch den gesunden Menschenverstand auch zu analogen, rechtlichen Konsequenzen führen mußten. So ist das ius gentium das Recht, welches „apud omnes populos peraeque custoditur“ (Gaius, Inst. I, 1), ein Recht, welches sich kraft seiner Selbstverständlichkeit bei den

¹ Voigt lehrt in seinem „Ius naturale“ allenthalben, daß der Ausdruck „ius gentium“ auch das Völkerrecht bezeichnet habe, und zwar besonders wegen des mit dem internationalen Privatrecht gleichen Geltungsgebietes. Allein Barth (Stoa 167 A. 2) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß ius gentium das Völkerrecht erst seit dem 16. Jahrhundert bezeichne, z. B. bei H. Grotius.

² So Mommsen, Röm. Staatsrecht III 606.

verschiedensten Völkern geltend gemacht habe. Dieses Recht war aber den Römern kein spekulativ gefundenes, sondern ein positives, historisches. Es war ihnen der Komplex derjenigen positiv-rechtlichen Bestimmungen, welche im Laufe der Zeit unter dem Drange gleicher Verhältnisse bei den ihnen bekannten Völkern zum Durchbruch gekommen waren und so gleichsam auf stillschweigender, gegenseitiger Vereinbarung beruhten, also durch menschliche Satzung geschaffen waren. So sagt Cicero (Orat. part. 37, 130), daß das *ius gentium* beruhe auf „*conventa hominum et quasi consensus*“. Entsprechend wird § 2 Inst. I, 2 die Entstehungsform geschildert mit den Worten: „*Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt.*“ Freilich haben sich die Römer darüber auch nicht getäuscht, einmal, daß ihr *ius gentium* auf wirklich allgemeine Geltung keinen Anspruch machen könne, da sie ja doch nicht alle Völker kannten, und andererseits, daß die Grundlage des *ius gentium* keine absolute, unabänderliche sei, sondern eben nur in positiv rechtlichen Akten wurzle, in Privilegien und Staatsverträgen, daher nur relativ und abänderlich sei.

3. Zu den Einrichtungen nun, welche als Bestandteile des *ius gentium* angesehen wurden, und welche also bei den den Römern bekannten Völkern sich vorfanden, wurde die Sklaverei gerechnet. So lehrt Ulpian (l. 4 D. I, 1), daß die Sklaverei auf dem Wege des *ius gentium* in die Welt getreten sei, und Gaius (Inst. I, 52) sagt von der Sklaverei: „*Quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus. . . .*“ Vgl. ferner l. 4, § 1 D. I, 5: „*Servitus est constitutio iuris gentium.*“ Auch die mit der *servitus* zusammenhängenden, rechtlichen Fragen wurden dem *ius gentium* zugewiesen. So die Verfügung über Leben und Tod der Sklaven (Gaius, Inst. I, 52), die *manumissiones* (l. 4 D. I, 1) und die rechtliche Begründung der Sklaverei für das Kind durch den Sklavenstand der Mutter zur Zeit der Geburt (Gaius, Inst. I, 82). — Allerdings sprechen

die Römer auch von einer „*iusta servitus*“ im Sinne von „*legitima s.*“, d. h. einer *servitus*, welche den Vorschriften des *ius civile* gemäß sei. Vgl. Gaius a. a. O. 11 u. a. Die Römer hatten nämlich noch besondere, eben nur in ihren *leges* wurzelnde Bestimmungen, z. B. über die Begründung der Sklaverei. In solchen Fällen wich die entsprechende Regel des *ius gentium* der *lex des ius civile* (Gaius ebd. 83). Außerdem waren die Sätze des *ius gentium* überhaupt für die Römer in Wahrheit Rechtssätze nur, soweit sie von einem formal rechtsbildenden Faktor zu solchen erhoben worden waren. Man wird aber doch nicht sagen dürfen, daß die *servitus* nach der Ansicht der Römer nicht eine Institution des *ius gentium* gewesen sei.

§ 22. Der Widerspruch des *ius naturale* gegen die Sklaverei.

1. Gegen das Ende der Republik in Ciceros Zeitalter setzte bei den führenden Geistern Roms ein neues Leben ein. Die griechische Philosophie begann ihren Einfluß auszuüben. Gerade Cicero war es ja, welcher nach Aufgabe seiner staatsmännischen Tätigkeit in steten Verkehr mit griechischen Philosophen trat, sich dem Studium ihrer Werke ganz hingab und seinen Landsleuten die Kenntnis der griechischen Philosophie vermittelte, indem er sie auf römischen Boden verpflanzte und nach römischer Eigenart fortbildete. Diese Einwirkung der griechischen Philosophie zeigte sich naturgemäß auf allen Gebieten des geistigen Lebens in Rom, alles und alle bereichernd mit einer Fülle neuer Vorstellungen und Anregungen; besonders wirksam berührt wurden die Staats- und Rechtsanschauungen der Römer¹.

¹ Pernice (Labeo I 113 ff) schätzt den Einfluß der griechischen Philosophie in dieser Beziehung doch zu gering ein. Allerdings lassen sich bei solchen geistigen Flutbewegungen nur selten „wirklich positive Einwirkungen auf die Rechtsgestaltung“ (S. 114) nachweisen. Das Urteil, welches Pernice fällt (S. 113) in den Worten: „dilettantische Versuche“, ist aber hart und unhaltbar.

2. Hauptsächlich war es die Stoa, welche unter Ciceros Vermittlung in die gewohnten und althergebrachten Rechts- und Gesellschaftsanschauungen der Römer die ganz neue Idee von der „societas hominum“ einführte, d. h. die Vorstellung einer Gemeinsamkeit zwischen allen Menschen schlechthin. Die Stoiker glaubten nämlich, daß die menschliche Gesellschaft von Natur aus entstanden, nicht erst durch menschliche Satzungen geschaffen sei. Sie hielten neben der Vernunft die Gesellschaft als das zweite Geschenk des höchsten Gottes, durch das er die schwache Menschheit kräftigen wollte¹. Sie wiesen auf die offenkundige Gemeinsamkeit des Ursprungs, des Wesens und des Endes aller Menschen hin, auf die Teilnahme aller an bestimmten Gütern, kurz auf alle die allen Menschen ausschlußlos anhaftenden Merkmale und nannten die Summe dieser gemeinsamen Züge die „natura hominum“. So erschloß sich für die philosophischen Köpfe in Rom eine ganz neue Weltanschauung; speziell für die Staats- und Rechtslehre ergab sich die zur kosmopolitischen und absolut universalen Auffassung anleitende Folgerung, daß über dem jedem Volke eigentümlichen, nationalen Rechte (*ius civile*) ein höheres, alle Menschen ohne Ausnahme umfassendes, zu allen Zeiten gültiges Recht sich erhebe, ein Recht von ethisch absoluter Wahrheit, das *ius naturae* oder *naturale*, welches alle Wesen, die teilhaben an der *natura hominum*, umspanne, nicht bloß die Bürger und Freien, wie das *ius civile* und das *ius gentium*, — ein Recht ferner, welches die Menschen sich nicht selbst gesetzt, wie das *ius civile* und das *ius gentium*, sondern welches auf der Natur im stoischen Sinne beruhe, d. h. auf der *ratio naturalis*, welche das ganze Weltall regiere und eine Ordnung voll symmetrischer Harmonie aufbaue, — ein Recht endlich, welches die Menschen spekulativ zu erkennen, zu erfassen, zu ergründen berufen seien. Alle Menschen als solche sind Subjekte dieser Rechtsordnung, und der Grund

¹ Barth, Stoa 163.

dieser Rechtsgemeinschaft ist die *natura hominum*, welche sie alle tragen. Es ist bekannt, daß dieser stoischen Sozietätslehre die pantheistische Psychologie zu Grunde liegt, aus welcher sich notwendig die Gleichheit aller Menschen ergibt.

3. Infolge dieser Gesellschaftslehre konnte es nach der Stoa von Natur aus keine Sklaven geben. Daher lehrten auch die von der stoischen Philosophie durchdrungenen, römischen Juristen, daß die Sklaverei kein Zustand von Natur aus sei. Auch die Sklaven seien wegen ihrer menschlichen Natur Rechtssubjekte des *ius naturale*. Diese von den hervorragendsten Geistern vorgetragene und warm verteidigte Idee führte natürlich nicht sofort einen Umschwung in der Anschauung der Römer über die Sklaverei herbei, sondern es bedurfte längerer Zeit, bis diese Gedanken in immer weitere Kreise gedrungen waren. Der Boden war insofern schon etwas präpariert, als das *ius gentium* unter dem Einflusse der politischen und kommerziellen Verhältnisse das national-exklusive Staats- und Rechtsprinzip bereits siegreich durchbrochen und so gleichsam dem stoischen *ius naturale* vorgearbeitet hatte.

4. Daß der Sklave ein *homo* sei, haben die Römer natürlich nie geleugnet. Der älteste Beleg dafür ist die uralte Manzipations- und Vindikationsformel: „*Hunc hominem meum esse ex iure Quiritium aio.*“ Das Mensch-Sein des Sklaven wurde ferner anerkannt durch die Handlung der *manumissio*, die Entlassung aus der „*manus*“, womit in ältester Zeit die hausherrliche Gewalt schlechthin über die „*familia*“ und ihre Gesamtheit bezeichnet wurde. Schon die XII Tafeln haben Bestimmungen über die *statu liberi*, die Designiertfreien, enthalten (Ulpian, fragm. II, 4)¹. Ferner nahm man auch *manes serviles an*; es ist also die Ansicht Aristos bei Ulpian (l. 2 Pr. D. XI, 7) wohlbegründet, daß der Ort, wo der römische Sklave begraben wird, ein „*locus religiosus*“ sei, d. h. untauglich zu allem profanen Geschäfte. Das geistliche Recht

¹ Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II 135 f.

erklärte den Sklaven überhaupt im gewissen Umfange (Gelübde, Weihe, Eid, Grabweihe usw.) für rechts- und handlungsfähig bzw. verpflichtungsfähig, ein Moment, welches Wissowa übersehen zu haben scheint¹. Nicht genug kann ferner darauf hingewiesen werden, daß die XII Tafeln, in denen wir altes Gewohnheitsrecht vor uns haben, den Knochenbruch des servus mit der Hälfte der Strafe wie beim Freien ahndeten, daß also der Sklave damals einen Strafschutz in der Rechtsordnung genoß. Besonders gehört hierher auch die Empfänglichkeit des Sklaven für die iniuria, von der in tit. II die Rede war. — Was das Strafprozeßrecht betrifft, so wurden materiell die Aussagen des Unfreien über seine Handlungen wie über seine Wahrnehmungen ebenso zugelassen, wie die Aussagen des Freien. — Während ferner der gutgläubige Besitzer wie der Nießbraucher usw. die Früchte der Sache vor der *litis contestatio* behalten durfte, fiel doch das Kind der Sklavin nicht in sein Eigentum, so daß er es hätte behalten können, während er die Mutter herausgeben mußte („*dura separatio*“, I. 12, § 7 D. XXXIII, 7), sondern er mußte es mitsamt der Mutter restituieren (I. 10, § 2 D. XXIII, 3). — Endlich galt der bonitarische Eigentümer des servus, an welchem ja ein duplex dominium möglich war, nicht als „dominus“; denn: „*Domini appellatione continetur, qui habet proprietatem, etsi usus fructus alienus sit*“ (I. 1, § 1 D. XXIX, 5). Der bonitarische Eigentümer war aber doch auch „Herr“: dieses Gewaltverhältnis bezeichnete man mit dem das Menschsein mehr betonenden Ausdruck „*potestas*“. Besonders stark betonte gerade Gaius (Inst. I, 52 ff) die „*potestas domini*“ den Sklaven gegenüber. So wurde allmählich das „Herrenrecht“, die „*potestas*“, abgesondert vom „Eigentümerrecht“, dem „dominium“, und man bezeichnete nunmehr die Gewalt des Hausherrn über seine servi, oder vielmehr die Form des Eigen-

¹ Religion 51. Vgl. Pernice, Zum röm. Sakralrecht II 1173 ff.

tums am servus mit „*dominica potestas*“, das Eigentum über die Sachen mit „*dominium*“¹.

5. Trotz aller Korrekturen und glücklichen Inkonsequenzen des Eigentumsbegriffs blieb aber doch der Sklave eine res, wenn auch eine vernünftige. Wurde er homo genannt, so wurde damit nicht so sehr das Moment des Menschlichen im Gegensatz zum Sachlichen hervorgehoben, als vielmehr auf den absoluten Mangel jeder Rechtsfähigkeit hingewiesen, welcher nach antiker Auffassung den bloßen Menschen charakterisiert im Gegensatze zum Bürger. Der Sklave ist eben bloß homo, d. h. kein Rechtssubjekt.

6. Erst unter dem Einflusse der stoischen Gesellschaftslehre kamen die Römer zu der Erkenntnis, daß die Sklaverei gegen die menschliche Natur des Sklaven verstoße, ein Widerspruch gegen das *ius naturale* sei, an dem jeder Mensch Subjekt sei. Bis dahin hielten sie die Sklaverei als ein Produkt des *ius gentium*, glaubten, sie sei ein bei allen Völkern sich notwendig ergebendes, geschichtliches Gebilde und beruhigten sich dabei. Nachdem aber die Stoa ihnen die Idee der *societas hominum* erschlossen hatte, haben weder Philosophen noch Juristen Bedenken getragen, in aller Schärfe den Widerspruch dieser Institution mit der „*natura*“ im stoischen Sinne oder speziell mit der „*natura hominum*“ und dem *ius naturale* auszusprechen. Insbesondere heben sie nunmehr ausdrücklich hervor, daß die Sklaverei nicht von Anfang an bestanden habe, sondern erst nach und nach *iure gentium* aufgekommen sei. Damit konnten sie dann in schönster Weise anknüpfen an die alte Sage vom goldenen Zeitalter Saturns mit seiner allgemeinen Gleichheit, Freiheit und Brüderlichkeit. Uns interessieren hier besonders die römischen Juristen, von denen der eine mehr, der andere weniger bewußt sich an stoische Dogmen anlehnt. Bekannt ist die Definition, welche Florentin von der *servitus* gibt

¹ Diese Bedeutung von „*potestas*“ ist nicht ausschließlich; vgl. z. B. I. 4, § 6 D. XLI, 3.

(l. 4, § 1 D. I, 5 = § 2, Inst. I, 3): „Servitus autem est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.“ — Tryphonin sagt, indem er vom „naturale debitum“ spricht: (l. 64 D. XII, 6) „ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est. . .“ — Ulpian äußert sich über den Ursprung der manumissio (l. 4 D. I, 1): „Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita; sed posteaquam iure gentium servitus invasit. . .“ — Derselbe Jurist sagt über die Rechtsstellung der servi (l. 32 D. L, 17): „Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur; non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.“ — In der dem Marcian zugeschriebenen Institutionenstelle (§ 2, Inst. I, 2) heißt es: „. . . servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae. Iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur.“ — Endlich spricht Marcian (l. 2 D. XL, 11) von der Restitution des Geburtsrechts und fährt dann fort: „Illis enim utique natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, cum servus natus esset.“

7. Allerdings würde man sich sehr täuschen, wollte man glauben, daß diese theoretischen Proteste der Juristen eine wesentliche Änderung auf dem Gebiete des römischen Privatrechts zu Gunsten der Sklaven herbeigeführt hätten. Die Anerkennung der Rechtssubjektivität des servus blieb, wenigstens solange er servus war, auf das Gebiet des spekulativen ius naturale beschränkt. Die verschiedenen konkreten Beziehungen des Lebens auf vermögensrechtlichem wie familienrechtlichem Gebiete, welche die Sklaven eingingen, und welche nach ius civile und nach ius gentium jedes rechtlichen Charakters entbehrten, entwickelten sich nunmehr als Institute des ius naturale, ganz parallel laufend den entsprechenden Instituten des positiven Rechts. Prädiziert wurden sie als „naturalia“ bzw. „servilia“. So sehen wir die obligatio natu-

ralis, das debitum naturale, die cognatio naturalis, die liberi naturales usw.¹ Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Adoption des ius naturale die einzige Quelle dieser Institute sei². Praktischen Wert gewannen diese theoretischen Lehren erst im Augenblicke der Freilassung. Die während der Zeit der servitus begründeten, rechtlichen Beziehungen zeitigten nunmehr ihre Früchte. So z. B. wurde, obschon nach ius civile der Satz galt: „in personam servilem nulla cadit obligatio“ (l. 22 Pr. D. L, 17), der servus doch naturaliter obligiert. Daher konnte, wenn jemand „servi nomine“ oder er selbst gezahlt hatte, das Gezahlte nicht zurückgefordert werden. Außerdem konnte aus demselben Grunde auch ein Bürge für die Schuld des servus eintreten (l. 13 Pr. D. XII, 6). Manchmal wurde auf dem Wege der Interpretation von den Juristen das positive Recht in Bezug auf die Sklaven umgestaltet im Sinne des stoischen ius naturale. Ein klassisches Beispiel hierfür bietet l. 12, § 4 D. XLVIII, 2. Diejenigen nämlich, welche ihre Eltern, Blutsverwandte, Patrone usw. töten, trifft die schwere Strafe der lex Pompeia de paricidis. Der Jurist fährt nun fort: „Quae in servos, quantum ad verba pertinet, non cadunt“ — natürlich! Denn der servus hatte rechtlich keine Eltern usw. „Sed“, so heißt es weiter, „cum natura communis est, similiter et in eos animadvertetur.“

8. Am Schlusse dieses Paragraphen möge noch kurz die viel umstrittene, für das Thema dieses Paragraphen sehr instruktive Frage erörtert werden, welche Stellung eigentlich

¹ Es sei darauf aufmerksam gemacht, daß die römischen Juristen mit dem Ausdruck „naturalis“ auch die entsprechenden Rechtsverhältnisse auf dem Boden des ius gentium bezeichnen im Gegensatz zu der obligatio civilis usw. im strengen Sinne des ius civile. (Vgl. Savigny, System I 418 f.) Da die servi auch nach ius gentium rechtlos waren, so folgt, daß, wenn gesagt wird: „Naturaliter servus obligatur“, das Wort „naturaliter“ noch in einem andern Sinne gebraucht sein muß, eben im Sinne des ius naturale.

² Z. B. über die Entstehung der Naturalobligation vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II 111 f.

Gaius zur Sklaverei eingenommen habe, oder genauer gefragt, ob Gaius die Sklaverei vom Standpunkte des *ius gentium* aus betrachtet, sie also toleriert habe, oder ob er von der stoischen Lehre beeinflusst, sie verurteilt habe. Diese Frage hängt mit der andern Frage zusammen, ob zur Zeit des Gaius schon die Dreiteilung des Rechts bestanden habe, nämlich in *ius civile*, *ius gentium* und *ius naturale*, oder ob noch die Zweiteilung herrschend war in *ius civile* und *ius gentium*. Savigny (System I, 420) meint, es sei am geratensten, die Vorstellungsweise des Ulpian von der Dreiteilung des Rechts als eine Kuriosität auf sich beruhen zu lassen und die Zweiteilung des Gaius als die im römischen Recht herrschende anzusehen. Dernburg (Pandekten I, 46) vertritt die gemäßigtere Anschauung, daß erst die späteren klassischen Juristen zu einer Dreiteilung gekommen seien, während Ad. Schmidt (bei Dernburg a. a. O.) im diametralen Gegensatz zu Savigny der Ansicht ist, daß die römischen Juristen der Kaiserzeit sämtlich der Dreiteilung gehuldigt hätten, namentlich auch Gaius. — Es ist sehr schwer, in dieser Frage zu einer allseits befriedigenden Auffassung zu gelangen. Schon Cicero hat, wie Voigt¹ nachweist, gelehrt, daß zwischen *ius gentium* und *ius naturale* keine vollständige Gleichheit der Satzungen bestehe, geschweige denn eine Identität der Begriffe. Dann aber haben später lebende Juristen, besonders eben Gaius, das *ius naturale* vom *ius gentium* nicht geschieden, sondern beide kombiniert, oder soll man sagen, konfundiert. Schwerlich ist zu behaupten, daß sie sie identifiziert haben. Verschiedene Umstände konnten zu dieser verwirrenden Kombination führen. Einmal die Gemeingültigkeit beider Rechte. Und doch ist die Gemeingültigkeit offenbar eine sehr verschiedene. Bei dem *ius gentium* ist sie unzweifelhaft eine relative in doppelter Hinsicht, da sie sich einerseits doch eben nur auf die den Römern bekannten Völker erstreckte,

¹ *Ius naturale* I 215 ff 542—546 Beilage II.

und die Römer konnten sich über die Unvollständigkeit ihrer Induktion nicht täuschen —, und andererseits umspannte sie doch nur die Freien mit Ausschluß der Unfreien. Bei dem *ius naturale* ist die Gemeingültigkeit nach beiden Seiten hin begrifflich eine absolute. — Ferner führt Gaius (Inst. I, 1) das *ius gentium* auf die „*naturalis ratio*“ zurück. Aber gerade diese ist auch die Basis der stoischen Lehre vom *ius naturale*, von der Gleichheit aller Menschen. Gewiß laufen die Begriffe ineinander über. Die Richtung, welche das *ius gentium* eingeschlagen hatte, wurde durch das *ius naturale* nur erheblich verstärkt, und das, was unbewußt und unausgesprochen im *ius gentium* eigentlich lag, wurde durch das *ius naturale* klar und bewußt definiert. — Mit der Frage, ob zur Zeit des Gaius die Zwei- oder Dreiteilung geherrscht habe, kommen wir also in unserer Erörterung zu keinem Resultat.

Um zu einer Ansicht über die Stellung des Gaius zur Sklaverei zu gelangen, müssen wir vielmehr jene Stellen aus seinen Institutionen heranziehen, in denen er *ex professo* von der Sklaverei spricht, das ist lib. I, §§ 52—54. In Übereinstimmung mit allen andern Juristen bezeichnet er die Sklaverei als ein Institut des *ius gentium*. Er erwähnt im § 53 kaiserliche Konstitutionen zum Schutze der Sklaven gegen die *saevitia* ihrer Herren. Er billigt diese Erlasse mit der Begründung: „*Male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigiis interdicatur bonorum suorum administratio.*“ Also nicht aus humanen, naturrechtlichen Gründen heißt Gaius die kaiserlichen Maßnahmen gut, sondern aus der sittlichen, ehemals vom Zensor geforderten Rücksicht, daß wir unser „*ius*“ nicht „*male*“ gebrauchen dürfen. Was ferner das angeführte Beispiel des *prodigus* vermuten ließ, daß Gaius die Sklaven mit den „*bona*“ auf dieselbe Stufe stelle, wird mit klaren Worten im § 54 gesagt, in welchem der Charakter des *servus* als „*res*“ in schärfster Weise hervorgehoben wird durch den Hinweis auf die Möglichkeit des *duplex dominium*

an ihm und des dadurch bedingten Auseinanderfallens von dominium und potestas. Vgl. ferner Inst. III, 166.

In diesen Ausführungen des Gaius wird wohl niemand eine Spur von Anerkennung der Rechtsfähigkeit des Sklaven entdecken können. Gaius lehrt strikte und streng die Lehre des positiven Rechts, daß der Sklave eine res ist. Da nun die Sklaverei gerade jenes Institut des ius gentium ist, welchem das ius naturale den heftigsten Widerspruch entgegenzusetzen mußte, so war gerade an dieser Stelle seiner Institutionen dem Gaius die Gelegenheit geboten, ebenso wie den andern Juristen, im Namen der „natura“ gegen die Sklaverei zu protestieren. Er tut es nicht. Gegenüber diesen unangreifbaren Feststellungen verschlägt es nichts, wenn Gaius (Inst. I, 8) die servi aus einem bisher nicht erkenntlich gewordenen Grunde zu den personae zählt¹, oder wenn er insbesondere immer die „potestas domini“ gegen die Sklaven hervorhebt.

§ 23. Die das Institut der Sklaverei reformierenden Bestrebungen im allgemeinen.

1. Wir hatten die Entwicklung der wirtschaftlichen und sozialen Lage der römischen Sklaven bis in jene Zeit verfolgt, wo das Los derselben ein bedauernswertes genannt werden mußte. Damit waren wir an jenem Zeitpunkte angelangt, wo der Staat einschritt, sei es aus Prinzipien der Humanität, sei es aus bloß sittenpolizeilichem Interesse. Die Zeit war gekommen, wo die Rücksicht auf das Gemeinwesen es unabweisbar forderte, daß die öffentliche Gewalt beschränkend in die Autonomie der Herren eingriff. Wir sehen von nun an, wie der Staat immer mehr und mehr sich mit den Herren in die Gerichts- und Strafgewalt über die Sklaven teilt. Die einst absolute Jurisdiktion der Herren wurde gesetzlich eingeengt, und wichtige Partien der häuslichen Strafsjurisdiktion gingen von den Herren auf Organe des Staates über. Die

¹ Vgl. Ad. Schmidt, Das Hauskind 2, und Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte I 100 ff.

kaiserlichen Reformen bedeuten so tatsächlich ein Abbröckeln der Hauszucht zu Gunsten der öffentlichen Gewalt, wenn auch formell erstere durchaus aufrecht erhalten werden sollte¹.

2. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß bei diesen reformatorischen Maßnahmen wohlervorbene Rechte der Herren beschnitten wurden bzw. ganz untergingen. Aber gerade auch hier, bei den Reformen zu Gunsten der Sklaven, zeigt sich das römische Recht auf der Höhe. Nicht die rücksichtslose Verwirklichung von auch noch so wohl erworbenen Rechten ist das letzte und höchste Postulat der Gerechtigkeitsidee, sondern die Ausrottung von tatsächlich und allgemein als ungerecht erkannten und daher zu Unrecht bestehenden Zuständen. Führen iura quaesita zu schreiendem Unrechte, so ist der Beweis geliefert, daß der innere Kern jener Rechte abgestorben und nur die äußere Schale geblieben ist. Auch die Rechtsordnung ist in dauerndem Flusse, um bei den Wandlungen der Geschichte die Idee der Gerechtigkeit auch unter den veränderten Verhältnissen, soweit es geht, zu realisieren. Das Recht folgt der Entwicklung. In früherer Zeit war die Zensur gleichsam das Ventil, welches die hausherrliche Gewalt über die Sklaven regulierte und die absolute Gewalt auf das rechte Maß zurückführte. Als mit dem Untergange der Zensur auch die allgemeine Aufsicht über die Sitten aufhörte, stellte sich gebieterisch die Notwendigkeit heraus, zum Schutze der Sklaven besondere Gesetze zu erlassen.

3. Die verschiedensten Zeitumstände und Verhältnisse trafen zusammen, um einschneidende Reformen im Institute der Sklaverei ins Leben zu rufen. Bereits wurde auf die Verbreitung des Reichtums, die Zunahme des Luxus, das Wachsen der Sklavenzahl, den Untergang der Zensur, die Einwirkung der Rechtslehren der Stoa hingewiesen. Es steht fest, daß mehrere Kaiser mit der Stoa direkt in Verbindung standen. So zählte z. B. Hadrian nach dem Bericht seines

¹ Ein frappanter Beleg dafür findet sich I. 6, § 3 D. XXIX, 5.

Biographen Spartian (c. 15) den großen Stoiker Epiktet aus Phrygien zu seinen vertrautesten Freunden. Marc Aurel, den man den Stoiker auf dem Cäsarenthrone nennt, folgte gerade in den für unser Thema wichtigen Sätzen seinem Lehrer, dem genannten Epiktet. Es erscheint daher plausibel, daß die betreffenden Kaiser, geradezu durch ihr philosophisches Bekenntnis zur Stoa veranlaßt, ihre reformatorischen Maßnahmen zu Gunsten der Sklaven getroffen haben. Freilich sind die Lehren der Stoa, besonders ihre Rechts- und Gesellschaftslehre, den Römern nie in Fleisch und Blut übergegangen. Das römische Recht hat in praxi nie den Satz anerkannt, daß der Mensch als solcher frei ist. Erst das Christentum führte die Lehre von der Gemeinsamkeit und der Brüderlichkeit der Menschen von der einsamen Höhe eines Philosophems mitten ins Leben und in das Herz des Volkes hinein. Daher hat auch die reformatorische Bewegung unter den Kaisern keine totale, vor allem keine prinzipielle Änderung der Lage der Sklaven hervorgebracht. Das kann uns aber nicht hindern, der Stoa einen großen Teil des Verdienstes an dem Zustandekommen der kaiserlichen Reformen zu vindizieren.

4. Nach dem Gesagten wird es erklärlich erscheinen, daß die ganze Bewegung sich unter zwei Gesichtspunkten vollzog, welche auch in den kaiserlichen Erlassen immer klar zu Tage treten. Auf der einen Seite wurde nämlich das dingliche Recht, welches den juristischen Grundstock des Instituts der Sklaverei bildete, durchaus nicht aufgehoben. Der Sklave ist und bleibt Eigentumsobjekt, juristisch eine res. Das starre, strenge Eigentümerrecht wird vollinhaltlich gewahrt. Das geht klar hervor aus der Tatsache, daß noch Justinian in seinen Institutionen (§ 2, Inst. I, 8) kaiserliche Maßnahmen zu Gunsten der Sklaven verteidigt mit den Worten: „Et recte: expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur.“ Im öffentlichen Interesse liege es also, daß niemand sein Eigentum mißbrauche. Es ist das derselbe Grund, den schon Gaius (Inst. I, 53) mit etwas andern Worten angegeben

hatte. — Auf der andern Seite aber wird das Mensch-Sein des Sklaven in der „potestas domini“ anerkannt, d. h. in der Verfügungsgewalt des Herrn über die Person des Sklaven. Das „dominium“ äußert sich hier als „potestas“ (l. 215 D. L, 16). Die „potestas domini“ soll ungeschmälert erhalten bleiben. „Dominorum potestatem in suos servos inlibatam esse oportet“, heißt es am Beginn des Reskriptes des Kaisers Pius in unserem Titel c. 3, § 2. Insbesondere wird das Züchtigungsrecht dem Herrn ausdrücklich zugesichert. Wenn nun aber auch unverkürzt, so solle doch die potestas domini nicht absolut schrankenlos sein. Der Staat schreite ein ebenso gegen die grausame Behandlung der Sklaven wie gegen ihre sittliche Korruption und Ausbeutung, gegen Willkürhandlungen und Grausamkeiten der Sklavenjustiz, kurz gegen die skrupellose Ausübung eines absoluten Herrschaftsrechtes über die Sklaven als Personen, als Menschen.

§ 24. Die kaiserlichen Schutzmaßregeln zu Gunsten der Sklaven im einzelnen, speziell die in tit. III der Lex Dei erwähnten.

1. Der Barbarei, ausgenutzte oder kranke Sklaven zu verstoßen, sie einfach zu derelinquieren, d. h. das Eigentum an ihnen aufzugeben und sie so dem Hungertode preiszugeben, machte ein Edikt des Kaisers Claudius ein Ende. Wie sein Biograph berichtet¹, sollte ein wegen „gravis infirmitas“ derelinquierter Sklave die latinische Freiheit haben (l. 2 D. XL, 8); Justinian verwandelte für diesen Fall die latinische Freiheit in die „civitas Romana“ (c. un. Cod. Iust. VII, 6). Hatte aber der Herr einen solchen arbeitsunfähig gewordenen Sklaven getötet, so konnte die Mordklage erhoben werden. — Die Herren hatten ferner das Recht, ihre Sklaven zu den öffentlichen Tierhetzen herzugeben, der sog. Volksfesthinrichtung, wie Mommsen sie nennt. Dieses „ad bestias dare“ kam der sichern Tötung gleich; die Verurteilung „ad bestias“ galt als geschärftes Todesurteil. Die Gründe für diese Grausam-

¹ Sueton, Claud. 25.

keit waren teils geschäftlicher Art, wie das aus l. 11, § 1 D. XLVIII, 8 hervorgeht, teils wurde auf diese Weise das Urteil, welches einen Sklaven im Hausgerichte wegen *res capitalis* getroffen hatte, vollstreckt¹. Ein petronisches Gesetz aus dem Anfang der Kaiserzeit und Senatskonsulte, welche dazu ergingen, nahmen den Herren die Macht, ihre Sklaven „*suo arbitrio*“ zum Kampfe mit den wilden Tieren preiszugeben. In jedem Falle mußte der hausherrliche Spruch vom ordentlichen Gerichte nochmals überprüft werden (l. 11, § 2 D. XLVIII, 8). — Noch unbeschränkter war das Recht der Herren, ihre Sklaven in die Arena an einen Fechtmeister (*lanista*) zu verkaufen, nicht zum Tode, sondern zum Kampfe. Der Gladiatorenhandel war ein gewinnbringendes Geschäft geworden². Hadrian verbot nun, ohne Angabe des Grundes, also aus Laune usw. einen Sklaven in die Fechtschule zu verkaufen³. — Hatte die *actio de servo corrupto* des prätorischen Edikts den fremden Sklaven und die fremde Sklavin gegen moralische Korruption zu schützen gesucht (D. XI, 3), so nahmen sich die Kaiser nunmehr nach dieser Richtung hin auch der Sklaven gegen ihre eigenen Herren an. Insbesondere wurden die Sklaven geschützt gegen die geschlechtliche Ruinierung durch ihre Herren zum Zwecke der gewinnstüchtigen Ausbeutung. So verbot Hadrian den Verkauf einer Sklavin an den Kuppler (*leno*)⁴. Da die Wirtshäuser sehr häufig Orte der Prostitution waren, und die Gastwirte zugleich Kuppler, so bestimmte eine Konstitution des Alexander Severus, um eine Umgehung des Hadrianschen Verbots zu verhindern, daß eine Sklavin unter der Bedingung „*ne prostituatur*“ nicht in ein Wirtshaus verkauft werden sollte, wo sie ja doch prostituiert würde „*sub specie ministrandi*“ (c. 3 Cod. Iust. IV, 56). Wollte der Herr seine Sklavin verkaufen, sie aber schützen gegen die Prostitution, so verkaufte er sie unter der Be-

¹ Vgl. Gellius, Noct. Att. V 14, § 27.

² Vgl. Friedländer, Sittengeschichte II 375.

³ Spartianus, Hadrian c. 17. ⁴ Ebd. 18.

dingung: „*ne prostituatur*“ und bestimmte in einem *pactum* entweder, „*ut si prostituta fuerit, libera sit*“, oder „*ut si prostituta fuerit, abducendi sive manus iniciendi potestas sit*“. Im ersteren Falle wurde dann die prostituierte *ancilla* frei „*ex lege venditionis*“ (l. 6 D. XL, 8). Sie erlangte die *libertas Iuniana* und wurde „*liberta*“ des Verkäufers (l. 10, § 1, Satz 1 D. II, 4). Ein Dekret Vespasians bestimmte noch, daß die unter diesem Vorbehalte verkaufte Sklavin, wenn sie nachher vom Käufer ohne Bedingung weiter verkauft und dann prostituiert worden sei, ebenfalls frei sein sollte „*ex lege venditionis*“ und zum Patron ihren ersten Verkäufer haben sollte (l. 7 Pr. D. XXXVII, 14). Der Käufer, welcher gegen das *pactum* gefehlt hatte, wurde als *manumissor* angesehen und hatte daher keinen Regreß gegen den Verkäufer (l. 34 Pr. D. XXI, 2). Im zweiten Falle hatte der Herr die von einer Konstitution Hadrians ausdrücklich noch näher beschriebene Macht, die gegen die *lex venditionis* prostituierte Sklavin einfach fortzunehmen¹, eventuell half der *praefectus urbis* (c. 1 Cod. Iust. IV, 56). Hatte der Verkäufer die Sklavin zwar befreit, aber hinterher selbst prostituiert, so wurde sie frei, der Verkäufer hatte aber selbstverständlich nicht die Ehre des Patrons (l. 10, § 1, Satz 2 D. II, 4; vgl. c. 1, § 4 Cod. Iust. VII, 6). Dasselbe galt, wenn der Verkäufer die prostituierte Sklavin nicht weggenommen, sondern die Macht hierzu gegen Geld verkauft (l. 7 D. XL, 8) oder die Prostitution wenigstens geduldet hatte (c. 1 Cod. Iust. IV, 56). Justinian erhöhte unter der Bedingung, daß gewisse Formalitäten beobachtet würden, in beiden Fällen die latinische Freiheit zur *civitas Romana* (c. 1, § 4 Cod. Iust. VII, 6). — Wie die Sklavinnen, so wurden auch die Sklaven geschlechtlich ausgebeutet und ihre sittliche Würde mit Füßen getreten.

¹ Voigt (Röm. Rechtsgeschichte II 441) meint, daß die Sklavin auch im zweiten Falle ohne weiteres frei wurde. Allein dann wäre ja zwischen dem ersten und dem zweiten *pactum* kein Unterschied.

Da der puer castratus „pretiosior“ wurde¹, so war besonders die Kastration sehr verbreitet. Domitian verbot dieselbe, ganz gleich ob bei Freien oder Sklaven, ob mit oder ohne Einwilligung. Ein Senatskonsult, wahrscheinlich aus dem Jahre 83, bestimmte, daß derjenige, welcher einen Sklaven zur Kastration übergeben, mit der Konfiskation der Hälfte seiner Güter bestraft werden sollte (l. 6 D. XLVIII, 8). Ein anderes Senatskonsult setzte auf dieses Verbrechen die Strafe des sullanischen Mordgesetzes (l. 3, § 4 D. h. t.; vgl. ferner Paul. Sent. V, 23, 13). Durch ein Reskript Hadrians wurden diese Strafen erneuert und verschärft (l. 4, § 2 D. h. t.). Der Schutz der Sklaven und Sklavinnen gegen die geschlechtliche Ausbeutung seitens der eigenen Herren wurde vom Kaiser Severus dem Pflichtenkreise des praefectus urbi einverleibt (l. 1, § 8 letzter Satz D. I, 12).

2. In die Kategorie dieser kaiserlichen Erlasse zum Schutze der Sklaven fallen nun, nach Motiv wie Inhalt, die Exzerpte, welche uns in tit. III unserer Lex Dei, cc. 2 3 4, mitgeteilt werden. In c. 2 wird uns aus dem fünften Buche der Sentenzen des Paulus eine Stelle überliefert als Kommentar zur lex Cornelia de sicariis. In c. 3 gibt Ulpian zwei Reskripte des Kaisers Pius wieder und begleitet sie mit Erklärungen. C. 4 endlich enthält eine Konstitution der Kaiser Diokletian und Maximian aus dem Jahre 285.

Zunächst wird in den beiden cc. 2 und 4 das in der potestas domini liegende Züchtigungsrecht über die Sklaven anerkannt und zwar in der weitesten Ausdehnung, so daß, wenn der Sklave nur infolge der übermäßigen Züchtigung, sei es unmittelbar unter den Schlägen wegbleibt (c. 2), oder schwer erkrankt hinterher stirbt (c. 4), gegen den Herrn die Mordklage nicht erhoben werden kann, wenn dieser nicht etwa gehandelt hat mit der offenbaren Absicht, den Sklaven zu töten (c. 2: „nisi id dolo fiat“), oder wenn er seine „inno-

¹ Daher konnte, wenn ein fremder Sklave kastriert worden war, nicht mit der aquilischen Klage vorgegangen werden, sondern nur mit der Injurienklage (l. 27, § 28 D. IX, 2).

centia“, d. h. das Fehlen jener Tötungsabsicht, nicht auf Treue und Glauben beweisen kann (c. 4)¹. Paulus setzt in c. 2 ausdrücklich als Begründung für das Unterbleiben der Mordklage hinzu, daß den Herren schon ein ganz gehöriges Maß im Züchtigen ihrer Sklaven zustehen müsse, um sie im Zaume zu halten². Und das in c. 3 an erster Stelle mitgeteilte Reskript des Kaisers Antoninus Pius hebt gleich am Anfang ebenfalls diese ungeschmälerte potestas der Herren über ihre Sklaven hervor; der Kaiser denke nicht daran, den Herren in dieser Beziehung etwas an ihren Rechten wegnehmen zu wollen. — Aus diesen Ausführungen ergibt sich, speziell aus c. 2, daß, wenn der Herr seinen Sklaven in der Absicht, ihn zu töten, gezüchtigt hatte, die Mordklage gegen ihn angestrengt werden konnte. Früher war die Tötung des eigenen Sklaven, ob mit oder ohne Grund, ohne strafrechtliche Ahndung geblieben; der Herr schädigte sich ja selbst. Ja entmenschten Weibern hatte es freigestanden, aus purer Laune Sklaven zum Kreuzestode zu verdammen³. Da verbot Hadrian den Herren die Tötung ihrer Sklaven in jedem Falle und übertrug Kapitalprozesse gegen verdächtige Sklaven den ordentlichen Gerichten, welche bei erwiesener Schuld die Strafe zu exekutieren hätten⁴. Aber Hadrian konnte mit diesem Verbote nicht durchdringen⁵. Die ganze Kaiserzeit hindurch hat der Herr immer das Recht gehabt, den Sklaven „ob facinus, hoc est, merentem“ (l. 53, § 3 D. XXX) zu töten, und erst recht, wenn er ihn „in facinore“ (l. 96 D. XLV, 1)

¹ Vgl. Jac. Gothofred, Cod. Theod. II 81 im Kommentar zu Cod. Theod. IX 12.

² Die von Huschke vorgeschlagene Konjektur „tamen“ für „enim“ (Jurispr. anteist. 656) verfehlt den Sinn.

³ Friedländer, Sittengeschichte I 481.

⁴ Spartianus, Hadrian c. 18: „Servos a dominis occidi vetuit eosque iussit damnari per iudices, si digni essent.“

⁵ Mommsen (Röm. Strafrecht 617 A. 2) denkt daher an eine bloße Ermahnung des Kaisers an die Herren, die ihnen schuldhaft erscheinenden Sklaven an die ordentlichen Gerichte zur strafrechtlichen Untersuchung abzugeben. Vgl. Geib, Röm. Kriminalprozeß 459.

traf. Diese Befugnis ist justinianisches Recht geblieben, wie aus den angeführten Digestenstellen hervorgeht. Eine „causa“ mußte also vorliegen, wenn der Herr straflos bleiben sollte; das „facinus“ der Sklaven war diese „causa“. Krankheit, Alter, Arbeitsunfähigkeit usw. gaben also keine „causa“ ab. Wenn nun aber der Herr seinen Sklaven „sine causa“ getötet hatte, so war er nach der Konstitution des Antoninus Pius in demselben Maße für seine Tat haftbar, wie wenn er einen fremden Sklaven getötet hätte, d. h. die Mordklage traf ihn. So Gaius (Inst. I, 53) von Justinian übernommen (§ 2 Inst. I, 8 und I. 1, § 2 D. I, 6). Natürlich unterblieb gegen den eigenen Herrn die zivilrechtliche Schadenersatzklage ex lege Aquilia. — Es ergibt sich aber weiter noch, daß es sich um eine wirkliche Züchtigung, eine castigatio, zum Zwecke der emendatio handeln mußte. Es waren also Fehler, Vergehen des Sklaven, von denen er durch die Züchtigung geheilt werden sollte. Castigatio war „eine pädagogische Strafe“¹.

Abgesehen von dem Züchtigungsrechte, wird die potestas domini über die Sklaven durch zwei in c. 3 mitgeteilte Reskripte des Kaisers Antoninus Pius eingeschränkt, besonders in drei Fällen: bei „saevitia“, bei „fames“ und bei „intolerabilis iniuria“ (§ 2). Das erste Reskript ist an den Prokonsul der Baetica gerichtet, Aurelius Marcian, das zweite ist erlassen auf die Bittschrift eines gewissen Alfus Julius. Letzteres kann, da die Namen der Konsuln angegeben sind, datiert werden, es stammt aus dem Jahre 152. — „Saevitia“ ist die brutale, grausame Behandlung, wie sie dem Wütenden eigen ist. Gleich darauf, in § 3, schließt der Kaiser in den Worten: „durius habitos quam aequum est“ die „saevitia“ sicher ein. In dem zweiten Reskripte weisen auf sie hin die Worte und Wendungen: „moderatione“ (§ 5), „iuste ac temperate tuos tractare“ (§ 6), „atrociore dominationem saevitia exercere“ (§ 6). Ulpian gibt am Anfang des Exzerptes den Begriff scharf in

¹ Siehe den Artikel s. h. v. in Pauly-Wissowa RE. III 1760 f.

verbaler Wendung wieder („in servum saevierit“ § 1) und I. 1, § 8 D. I, 12 fügt er der „saevitia“ als parallel an die „durtia“. Gaius (Inst. I, 53) erläutert den Begriff noch weiter mit den Worten: „supra modum et sine causa in servos suos saevire“, und er spricht von der „maior asperitas dominorum“, welche eingeschränkt werden sollte. In § 4 des c. 3 unseres Titels gibt Ulpian eine Illustration zu dieser „saevitia“, indem er mitteilt, daß Hadrian eine Matrone, welche aus den geringfügigsten Ursachen ihre Sklavinnen auf das härteste und grausamste behandelt hatte, auf fünf Jahre verbannte. — „Fames“ ist das Hungernlassen des Sklaven. Im zweiten Reskript hat der Kaiser diese Barbarei im Auge, wenn er schreibt: „sufficientibus praebitis“ (§ 5) und „imparem te impendiis esse“ (§ 6). Das Motiv zu dieser „fames, qua eos premant“ (I. 1, § 8 D. I, 12), war die Habsucht der Herren¹. — Was endlich „intolerabilis iniuria“ sei, oder wie der Kaiser gleich darauf sagt (§ 3): „infami iniuria affectos“, erklärt Ulpian in den einleitenden Worten dieses Exzerptes also: „ad impudicitiam turpemque violationem compellat“ (§ 1). Ganz ähnlich drückt er sich aus in der schon zitierten Digestenstelle (I. 1, § 8 D. I, 12). Seneca (a. a. O.) bezeichnet denselben Begriff mit „libido“. Da ferner in dem ersten und zweiten kaiserlichen Reskript „saevitia“ (§ 2) und „moderatione“ (§ 5), ferner „fames“ (§ 2) und „sufficientibus praebitis“ (§ 2) korrespondieren, so erfordert es meines Erachtens die Symmetrie, daß auch „intolerabilis iniuria“ (§ 2) und „iustis operibus“ (§ 5) sich entsprechen, wenn auch letzterer Ausdruck etwas vage ist.

Als Motiv zu diesem Schutze der Sklaven gibt der Kaiser die Wahrung der Interessen der domini an (§ 2). Die Herren sollen abgehalten werden, im Zorn oder aus Laune sich selbst einen Vermögensschaden zuzufügen durch Wertverminderung ihrer Sklaven. Diese Schonung des im Sklaven verkörperten

¹ Schon Cicero (De offic. I 13 41) hatte von den Herren gefordert: „iusta praebenda“. Seneca (De benefic. III 22, § 3) deckt das Motiv auf: „... in praebendis ad victum necessariis avaritiam compescat“.

Eigentums der domini seitens der Obrigkeit finden wir auch sonst als Motiv, z. B. bei der Abgabe des wegen eines öffentlichen Deliktes zur öffentlichen Strafe verurteilten Sklaven an den Herrn zur Exekution, oder bei der Verteidigung des angeklagten Sklaven durch seinen eigenen Herrn im öffentlichen Strafprozesse. Der Staat schützte die Eigentümerinteressen. Dazu trat noch ein anderes, mehr soziales und politisches Motiv. Die Herren sollten sich nicht ihren Sklaven so verhaßt machen¹, sie nicht zur Verzweiflung bringen und zu wilder Rache treiben. Gerade die brutale Behandlung war schon mehrfach Anlaß gewesen zu gefährlichen Aufständen. Der Kaiser deutet diese sozialen Unruhen meines Erachtens im zweiten Reskripte mit den Worten an: „ne . . . necesse habeat proconsul, ne quid tumultuosius contra accidat, praevēnīre“ (§ 6). Es wäre aber sicher verkehrt, wollte man glauben, daß für den Kaiser das Interesse der Herren das ausschlaggebende Motiv zu seinen Reskripten war. Aber politisch klug handelte er: denn die Hervorkehrung ihres eigenen Interesses mußte die Herren mit der tief einschneidenden kaiserlichen Gesetzgebung befreunden.

Das erste kaiserliche Reskript enthält dann noch einen wertvollen Beitrag zur Lehre vom römischen Asylrechte vor der christlichen Kaiserzeit. Das Reskript erging auf eine Anfrage des Prokonsuls der Baetica anläßlich eines speziellen Falles. Einem gewissen Julius Sabinus waren Sklaven entlaufen. Waren nämlich die Qualen unerträglich geworden, so suchten die gemarterten Sklaven ihr Heil in der Flucht, welche aber schon gleich am Beginn mit den allergrößten Schwierigkeiten verknüpft war. Die Herren hatten nämlich, da jeder Sklave fluchtverdächtig war, die weitestgehenden Vorkehrungen gegen Fluchtversuche getroffen. Und selbst wenn das Entweichen geglückt war, wohin sollten die Unglücklichen fliehen? Jeder Freie, welcher bei der Flucht

¹ Seneca (De clement. I 18, § 5): „... domini crudeles tota civitate commonstrantur invisique et detestabiles sunt.“

eines Sklaven irgendwie behilflich war, konnte wegen Mit-täterschaft, sei es als fur, sei es als plagiator, zur Verantwortung gezogen werden¹. Binnen 20 Tagen mußten die „fugitivi“ entweder den Herren zurückgegeben oder den Magistraten angezeigt bzw. vorgeführt werden; sonst trat nach einem Senatskonsulte (l. 1 Pr. u. § 1 D. XI, 4) die Strafe der Hehlerei ein: denn jeder „fugitivus“, — und als solcher galt der Sklave, sobald er seinen Plan dem Herrn zu entfliehen irgendwie zu realisieren begonnen hatte (l. 225 D. L, 16) — wurde rechtlich als eine res furtiva angesehen. Ferner ließen nicht bloß die Herren die fugitivi verfolgen, sondern auch die Behörden, zu deren Obliegenheiten das Einfangen der flüchtigen Sklaven gehörte, sandten Häscher aus, darunter selbst Soldaten. Zur Durchsuchung von Häusern, Landgütern usw., selbst kaiserlichen Besitzes, wurde den Herren von der Behörde die weitestgehende Erlaubnis gegeben. Strafe traf diejenigen, welche bei der Durchsuchung nicht behilflich waren oder sie nicht zuließen (l. 1, § 2 u. l. 3 D. XI, 4). Wehe aber dem fugitivus, wenn er wieder eingefangen und zu seinem Herrn zurückgebracht wurde!² — In unserem Falle war es nun den entlaufenen Sklaven gelungen, „ad statuum“ sc. Caesaris zu fliehen (§ 3). Da weist der Kaiser den Prokonsul an, die Klagen jener Sklaven zu untersuchen, und zwar insbesondere, ob sie „durius quam aequum est“ gehalten worden seien, und damit meint der Kaiser die „saevitia“ bzw. die „fames“, oder ob sie „infamis iniuria“ erduldet hätten (§ 3). — Wir haben in diesen Reskripten die Anerkennung eines gewissen Asylrechts, allerdings nicht in dem Sinne eines Schutzes der Person vor der Strafgewalt. Die römische Republik

¹ Mommsen (Röm. Strafrecht 746 A. 2) weist mit Rücksicht auf Gellius (Noct. Att. XI, 18, 14) darauf hin, wie eine aus bloßem Mitleid mit dem flüchtigen Sklaven gewährte Hilfe den Freien nicht als Mittäter erscheinen ließ. Es hatte nämlich jemand einen flüchtigen Sklaven unter seinen Mantel versteckt.

² Vgl. Marquardt, Privatleben 180 A. 4.

hatte, ganz im Gegensatze zu den hellenischen Staaten¹, von irgendwelchen Asylrechten nichts wissen wollen, soweit wenigstens die Überlieferung historisch ist. Legenden erzählen allerdings von Asylen in früherer Zeit zu Rom. In der Zeit des Prinzipats aber bildete der Kaiserkultus den Ansatz für Gestaltung eines Asylrechts. In der Zuflucht zu dem Bildnis oder der Statue des Kaisers erblickte man einen Appell an die das Reich schirmende und leitende Gottheit. Von der Kaiserstatue ging wie von einem Heiligtum göttliche Hilfe für den Bedrückten aus. Es war, als strahlte der Sonnenblick kaiserlicher Begnadigung auf die armen, unglücklichen Sklaven von der Statue des Cäsars hernieder. Diese Auffassung, mag sie auch zum guten Teile politischer Art gewesen sein, paßte gut in die von der menschenfreundlichen Philosophie der Stoa durchwärmte Zeitrichtung hinein und kam den Sklaven zu gute. Unser kaiserliches Reskript ist nun die gesetzliche Basis geworden, auf welcher die späteren Juristen, Gaius² und besonders Ulpian, ihre Lehren vom Asylrechte vortrugen. Letzterer zog aus unserem Reskripte zwei Folgerungen: erstens, daß derjenige, welcher „ad statuam Caesaris“ geflohen, kein „fugitivus“ sei im Sinne des ädilizischen Ediktes, da ihm der „animus fugiendi“ fehle (l. 17, § 12 D. XXI, 1), und zweitens, daß der praefectus urbi die Pflicht habe, „servos, qui ad statuas confugerint“, mit ihren Klagen über ihre Herren anzuhören (l. 1, § 1 D. I, 12).

Als Strafe für die „saevitia“ usw. setzte der Kaiser in unserem Reskripte fest, daß die wegen solcher Behandlung flüchtigen Sklaven nicht mehr in die Gewalt ihrer rohen Herren zurückkehren sollten (§ 3), auch nicht mehr von ihren Herren umständlich requiriert werden dürften (§ 6), sondern daß sie vielmehr unter behördlichem Zwange von ihnen an andere Herren verkauft werden müßten (§§ 3 und 6; vgl.

¹ Vgl. den Artikel „Asylon“ in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie II 1881 ff.

² Inst. I 53, abgeändert übernommen von Justinian (§ 2, Inst. I, 8).

Gaius, Inst. I, 53), und zwar unter Bedingungen, welche für den Sklaven günstig wären, so daß den brutalen Herren eben nur der Kaufpreis verbleiben solle (§ 2, Inst. I, 8).

Was die prozessuale Seite betrifft, so waren die Klagen der servi wegen „saevitia“ usw., welche sie beim praefectus urbi vortragen durften, rechtlich keine accusatio gegen ihre Herren, wie dieses ausdrücklich hervorgehoben wird (l. 1, § 8 D. I, 12). Die Sklaven wurden rechtlich ignoriert und konnten daher niemals „nisi ex causis receptis“ (D. a. a. O.) eine solche quasimagistratische Funktion ausüben, wie es bei der accusatio der Ankläger tat. Ihr Vorbringen war eine denuntiatio, welche der praefectus urbi annehmen mußte der Regel zuwider, wonach belastende Aussagen der Sklaven gegen ihre eigenen Herren ausgeschlossen waren (l. 18, § 5 D. XLVIII, 18). Das Verfahren, welches der Stadtpräfekt gegen solche Herren einleitete, war ein formloses Kognitionalverfahren („Ideoque cognosce de querellis eorum . . .“ c. 3, § 3). Die Klagen mußten ferner in einer für die Herren nicht verletzenden Form, mit Ehrerbietung, vorgebracht werden („qui iuste deprecantur“, c. 3, § 2 = „si verecunde expostulent“, l. 1, § 8 D. I, 12). — Was endlich die Zuständigkeit betrifft, so war in Rom der praefectus urbi, das Haupt der stadtrömischen Polizei, das Organ, welches sich mit den Klagen der Sklaven befaßte, in der Provinz war es der praeses provinciae, der Provinzialstatthalter („quae sint partes praesidis“, c. 3, § 1). Mit diesem Namen wurde in der späteren Terminologie (l. 1 D. XVIII, 1) der höchste Beamte der Provinz bezeichnet ohne Rücksicht auf seine sonstige Stellung, z. B. auf seine Eigenschaft als Prokonsul („ne . . . necesse habeat proconsul . . .“ c. 3, § 6). Man kann also wohl sagen, daß mutatis mutandis unter dem Prinzipate der Stadtpräfekt und der Provinzialstatthalter ungefähr dieselbe Aufgabe hatten wie die Zensoren in der guten republikanischen Zeit, nämlich die staatliche Kontrolle wahrzunehmen über die Ausübung der potestas dominorum in servos.

SEMINÁRNÍ

Hist.-práv.

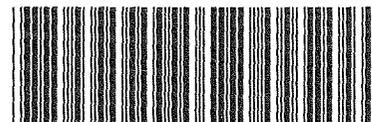


KNIHOVNA

oddělení

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S03272