

EIN UNFALL BEIM „PRELLEN“

Kulturgeschichte eines Volksbrauchs und Rechtsgeschichte der fahrlässigen Tötung

Auf Schulhöfen oder Sportstätten kann man es bisweilen beobachten: Jugendliche stehen, zwei Reihen bildend, einander anblickend gegenüber; paarweise den gegenüberstehenden Partner an den Händen gefaßt, nehmen sie einen von ihnen auf ihre Arme, schleudern ihn in die Höhe und fangen ihn wieder auf, um ihn erneut emporzuschleudern. In Schweden gehört der alte Schulbrauch des Hochwerfens oder „Högens“ zu den ausgelassenen Feiern der Abiturienten, mit dem sie auch ihre weiblichen Mitschülerinnen selbst nicht als Angehörige des Königshauses verschonen¹⁾. Unter Verwendung eines starken Tuches, eines Teppichs, eines Lakens, einer Zeltbahn, läßt sich dieses Spiel vervollkommen. Die Eskimos in Alaska benützen zu dieser Volksbelustigung große Planen aus zusammengenähten Walroßhäuten, die zahlreiche Personen an den Rändern festhalten und auf denen geübte Springer erstaunliche Höhen erzielen²⁾. Seine Vollendung findet dieser Sport im modernen Trampolin-Turnen.

Das aus purer Lebensfreude oft leidenschaftlich betriebene Spiel des Prellens hat eine lange Geschichte, die bis in die Antike zurückreicht. Der übermütige Volksbrauch ist lustig, aber auch nicht ganz ungefährlich. Zur Regierungszeit des römischen Kaisers Hadrian (117–138 n. Chr.) ereignete sich dabei in Spanien ein tödlicher Unfall. Der anschauliche Bericht darüber eignet sich in einzigartiger Weise als Leitfall zur Einführung in die Geschichte der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Rechtsfolgen einer fahrlässigen Tötung. Wir betrachten im folgenden zunächst die Textquelle und berichten anschließend über die Sachgeschichte des Volksbrauchs und die Wortgeschichte des Aus-

1) Zum Bild einer derart emporgeschleuderten schwedischen Prinzessin in der deutschen Tagespresse L. Schmidt, Jaggelschützen und Fuchsprellen, Österr. Zeitschr. f. Volkskunde 71 (1968) 1 ff., 23 f.

2) Eindrucksvolles Farbfoto kürzlich in: „Zeit-Magazin“ Nr. 8 vom 17. 2. 1978 S. 14–15.

drucks „Prellen“. Den Abschluß bildet ein dogmengeschichtlicher Überblick über die strafbaren Fahrlässigkeitsdelikte von der römischen Antike bis heute.

I. Der Prozeßbericht

1. Text³⁾.

Collatio legum Mosaicarum et Romanarum I, 11
(Ulpianus libro 7. de officio proconsulis sub titulo de sicariis et veneficis):

§ 1. Cum quidam per lasciviam causam mortis praebuisset, comprobatum est factum Taurini Egnatii proconsulis Baeticae a divo Hadriano quod eum in quinquennium relegasset.

§ 2. Verba consultationis et rescripti ita se habent: „Inter Claudium, optime imperator, et Evaristum cognovi, quod Claudius Lupi filius in convivio, dum sago iactatur, culpa Marii Evaristi ita male acceptus fuerit, ut post diem quintum moreretur. Atque apparebat, nullam inimicitiam cum Evaristo ei fuisse. Tamen cupiditatis culpam coercendam credidi, ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur. Ideoque Mario Evaristo urbe, Italia et provincia Baetica in quinquennium interdixi; et decrevi, ut impendi causa HS. duo milia patri iuvenis persolveret Evaristus, quod manifesta erat eius paupertas. Velis rescribere.“

§ 3. Verba rescripti: „Poenam Marii Evaristi recte, Taurine, moderatus es ad modum culpae: refert enim et in maioribus delictis, consulto aliquid admittatur, an casu“.

§ 4. Et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut iustam provocare debet aut temperamentummittere.

2. Übersetzung

„Vergleich der mosaischen und römischen Gesetze“ I, 11
(Ulpian im 7. Buch über das Amt des Prokonsuls unter dem Titel über die Mörder und Giftmischer):

§ 1. Als jemand durch Leichtsinns den Tod (eines Menschen) verursacht hatte, billigte der (inzwischen) verstorbene (Kaiser) Hadrian die Verfügung des Prokonsuls der Provinz Baetica (in Süds Spanien) Ignatius Taurinus, der den Täter für fünf Jahre verbannte.

§ 2. Die Worte der Anfrage und der Antwort lauten wie folgt: „Zwischen Claudius, bester Kaiser, und Evaristus habe ich festgestellt, daß Claudius, der Sohn des Lupus, bei einem Gastmahle, während er auf einem Mantel geprellt wurde, durch die Schuld des Marius Evaristus so schlecht aufgefangen wurde, daß er am vierten Tage danach starb. Es hat sich herausgestellt, daß keine Feindschaft zwischen ihm und Evaristus bestand. Dennoch glaubte ich die aus Übermut (begangene) Fahrlässigkeit bestrafen zu müssen, damit die übrigen jungen Leute dieses Alters gebessert würden.“

3) Fundstelle: Riccobono/Baviera u.a., Fontes iuris Romani antejustiniani (Florenz 1940/1964) II 547f.

Deshalb habe ich den Marius Evaristus auf fünf Jahre aus der Stadt Rom, aus Italien und aus der Provinz Baetica verbannt und angeordnet, daß Evaristus zwecks Erstattung der Kosten zweitausend Sesterzen an den Vater des (getöteten) Jünglings zahlen solle, weil dessen Armut erwiesen war. Mögest Du bitte antworten.“

§ 3. Die Worte des Reskripts: „Die Strafe des Marius Evaristus hast Du, Taurinus, zu Recht nach dem Grade der Schuld bemessen. Auch bei schwereren Delikten kommt es nämlich darauf an, ob etwas absichtlich begangen wurde oder (eher) zufällig.“

§ 4. Und fürwahr es muß bei allen Straftaten diese Unterscheidung entweder die rechtmäßige Strafe nach sich ziehen oder eine Milderung bewirken.

3. Herkunft der Quelle

Die Collatio ist eine Sammlung von Auszügen u. a. aus Schriften der in der Spätantike bekanntesten klassischen römischen Juristen⁴⁾, die ein anonymen Verfasser im 4. Jahrhundert n. Chr. exzerpierte und denen er in etwas oberflächlicher Weise Bibelzitate aus dem Alten Testament gegenüberstellte. Zu welchem Zweck diese Sammlung hauptsächlich strafrechtlicher Exzerpte angelegt wurde, ist unklar⁵⁾. Vielleicht wollte der Epitomator die Übereinstimmung des heidnischen römischen Rechts mit den christlichen Geboten des Pentateuch nachweisen; ein Anliegen, das an Bedeutung gewann, nachdem das Christentum unter Theodosius I. 381 n. Chr. zur Staatsreligion erklärt worden war. Für den Rechtshistoriker liegt der Wert der im 16. Jahrhundert wiederentdeckten Sammlung wie bei anderen vorjustinianischen Quellen in den erweiterten Erkenntnissen über das vor dem Erlaß des Corpus iuris civilis (529–533 n. Chr.) geltende Recht und in den dadurch gegebenen Vergleichsmöglichkeiten zwischen klassischem und justinianischem Rechtzustand⁶⁾.

Die Collatio beginnt mit den Tötungsdelikten und enthält darin einen besonderen Abschnitt über unabsichtliche Tötungen („*De casualibus homicidis*“). Das hier zu betrachtende Fragment ist der zehnbändigen Monographie des spätklassischen Juristen Domitius Ulpianus über die Amtspflichten der Provinzstatthalter entnommen⁷⁾, die neben dem privatrechtlichen Grundriß der „Institutionen“ des Gaius das meistgelesene Lehrbuch zum

4) Nämlich der fünf sog. Zitierjuristen *Gaius*, *Papinian*, *Paulus*, *Ulpian* und *Modestin*. Nur deren Rechtsansichten durften nach dem Zitiergesetz von 426 n. Chr. noch vor Gericht zitiert werden und erlangten damit gesetzliche Kraft; vgl. Dulceit/Schwarz/Waldstein, Römische Rechtsgeschichte⁶ (1975) § 42 II.

5) Vgl. dazu die reichen Angaben bei F. Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft (Weimar 1961) 394 ff. und L. Wenger, Die Quellen des römischen Rechts (Wien 1953) 545 ff.

6) Vgl. unten III 1 bei Fn. 70. Zur Konfrontation der Collatiotexte mit den entsprechenden Digestenstellen F. Wieacker, Textstufen klassischer Juristen (Göttingen 1959/1975) 391 ff. (auch zum vorliegenden Text).

7) Wiedergabe aller erhaltenen Fragmente in der mutmaßlichen ursprünglichen Reihenfolge bei O. Lenel, Palingenesia iuris civilis (1889, Neudr. Graz 1960) II 966–991; unser Text dort unter Nr. 2197.

öffentlichen Recht darstellte⁸⁾. Ulpian war der produktivste Schriftsteller unter den römischen Juristen; etwa ein Drittel aller erhaltenen Fragmente von Juristenschriften stammt aus seiner Feder⁹⁾. Als Inhaber hoher Staatsämter und Mitglied des kaiserlichen Rates hatte Ulpian Zugang zu den Reichsarchiven, aus deren Akten er die für die Amtsführung der Statthalter wichtigsten urkundlichen Vorfälle auswählte, ordnete und kommentierte. Bei Abfassung des straf- und verwaltungsrechtlichen Handbuchs zur Zeit der Alleinregierung des Kaisers Caracalla (212–217 n. Chr.)¹⁰⁾ lag der hier interessierende spanische Vorfall bereits ein knappes Jahrhundert zurück.

II. Interpretation

1. *Überblick.* Der in vier Abschnitte untergliederte Text enthält in § 1 einführende Bemerkungen Ulpians über die Art des Vergehens, über die an dem Briefwechsel beteiligten Personen und über die gegen den Angeklagten verhängte Strafe. Der wichtige § 2 bringt den Wortlaut der vom Statthalter an den Kaiser gerichteten Anfrage; darin werden der Sachverhalt geschildert und die für die Entscheidung maßgeblichen Gründe skizziert. Im § 3 folgt Hadrians bestätigende Antwort, an die Ulpian in § 4 noch eine allgemeine Bemerkung anschließt.

2. *Sachverhalt.* Der Vorfall ereignete sich zwischen 117 und 138 n. Chr. in der südspanischen Provinz Baetica, die nach dem Fluß Baetis benannt ist, welcher heute, seit der Besetzung durch die Araber, Guadalquivir heißt¹¹⁾. Bei einem Gastmahl prellten junge Leute den Claudius Lupus – wahrscheinlich einen Tischgenossen – auf einem *sagum*. Das war ein ärmelloser Mantel, genauer ein viereckiges Stück Tuch aus grobem Stoff, meist mit einem Ausschnitt oder einer Kapuze für den Kopf, wie ihn vor allem die römischen Soldaten als Umhang trugen¹²⁾. Durch ein Versehen des Angeklagten, Marius Evaristus, wurde der Geprellte so schlecht aufgefangen, daß er unglücklich zu Boden fiel; dabei wurde er so schwer verletzt, daß er vier Tage danach starb. Der über den Vorfall zu Gericht sitzende Statthalter klärt

8) Zu den Instruktionsschriften für die Magistrate im allgemeinen und zu Ulpians Werk im besonderen Schulz (o. Fn. 5) 309 ff.

9) M. Kaser, Römische Rechtsgeschichte² (Göttingen 1967) 195 f., 247.

10) Vgl. H. Fitting, Alter und Folge der Schriften römischer Juristen (1908, Neudr. Osnabrück 1965) 119.

11) Hübner, Art. Baetis, in Pauly/Wissowa, Realencyclopädie der class. Altertumswiss. 2 (1896) 2763 f.

12) Marquardt/Mau, Das Privatleben der Römer (1886/1964) II 561, 565 ff.; Fiebiger, in Pauly-Wissowa I A (1920) 1754 f.; Der Kleine Pauly, Lexikon der Antike IV (1972) 1499.

den Sachverhalt bemerkenswert sorgfältig auf. Eine Verurteilung aufgrund des von Cornelius Sulla erlassenen Gesetzes gegen die Mörder und Giftmischer, der *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, in deren Zusammenhang Ulpian den Fall erörtert, setzte ein vorsätzliches Handeln (*dolus malus*) des Angeklagten voraus¹³). Vorsatz war hier nicht von vornherein auszuschließen: Unter dem Anschein eines schlichten Versehens konnte sich eine boshafte Schädigungsabsicht des Angeklagten verbergen. Der Statthalter vernimmt nun die übrigen bei dem Prellspiel aktiv Beteiligten sowie die belustigten Zuschauer als Zeugen; sie sagen übereinstimmend aus, daß keine Feindschaft zwischen dem Getöteten und dem Schuldigen bestanden hatte. Im Wege des Indizienbeweises schließt der Statthalter hieraus auf den fehlenden Vorsatz des Angeklagten¹⁴).

Anders deutete den Sachverhalt Karl Binding¹⁵). Er ging aus von der These, daß die Römer fahrlässige Vergehen niemals bestraft hätten. Wo dies dennoch den Anschein habe, seien die Quellen nicht im Sinne von Fahrlässigkeit aufzufassen, sondern als besonders schwere Schuld (*culpa lata*), die dem modernen Begriff des *dolus eventualis* gleichzusetzen sei. Für den vorliegenden Fall folgte Binding aus den Worten *lascivia* und *cupiditatis culpa* im Text, daß der Angeklagte zwar nicht den Tod des Geprellten beabsichtigt habe, aber doch aus Bosheit oder Frivolität, um ihm einen schlimmen Streich zu spielen oder einen Denkkzettel zu erteilen, ihn mutwillig habe zu Boden fallen lassen.

Im Schrifttum wurden Bindings Thesen jedoch einhellig abgelehnt, seine Auffassung von den Fahrlässigkeitsdelikten im allgemeinen¹⁶) ebenso wie seine Ausdeutung des konkreten Sachverhalts¹⁷). Hätte sich der Fall so

13) S. etwa Dig. 48, 8, 7; Hitzig, Das Tötungsverbrechen im römischen Recht, Schweizer Zeitschr. f. Strafrecht 9 (1896) 16 ff.

14) Vorhandene oder fehlende Feindschaft (*inimicitia*) erwähnt als Indiz zur Abgrenzung der vorsätzlichen von der fahrlässigen Brandstiftung auch Callistratus Dig. 48, 19, 28, 12.

15) Binding bemühte sich in seinem grundlegenden Handbuch „Die Normen und ihre Übertretung“ sehr um eine Klärung auch der römischen Grundbegriffe *dolus* und *culpa*; vgl. II 2² (Leipzig 1916; Neudr. 1965) 633–783; zum Prellfall S. 761 ff.

16) S. namentlich A. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend historischer und dogmatischer Darstellung I 1 (Leipzig 1895) 100–110; C. Ferrini, Diritto penale romano (Milano 1899) 101, 109 ff.; Beschütz, Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre (Breslau 1907) 53 ff.; auch (wenn gleich bedenklich) O. Lenel, SavZ 38 (1917) 263 ff.

17) A. Pernice, M. A. Labeo: Das römische Privatrecht II¹ (Halle 1878) 381 f. Fn. 17; C. Chr. Burckhardt, Sinn und Umfang der Gleichstellung von *dolus* und *lata culpa* (Göttingen 1885) 144 f. m. Fn. 3; Löffler a. a. O. 105 f.; G. v. Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV (Tübingen 1920) 244 f.

zugetragen, wie Binding ihn sich vorstellte, dann hätte der Statthalter eine Feindschaft zwischen Täter und Opfer nicht so bestimmt verneinen können; und bei einem absichtlichen Fallenlassen hätte er nicht geschrieben *ita male acceptus est*. Auch der um Stellungnahme gebetene Kaiser schließt in seiner Antwort (§ 3) ein absichtliches Handeln (*consulto admittere*) aus.

Worin das Verschulden des Marius Evaristus genaugenommen bestand, kann man nur vermuten¹⁸⁾. Am wahrscheinlichsten ist, daß er aus Nachlässigkeit, Unaufmerksamkeit oder Trunkenheit den Mantel nicht fest genug hielt, so daß er ihm entglitt. Ulpian nennt dies (§ 1) *lascivia*, der Statthalter (§ 2) *cupiditatis culpa*. Entgegen Binding handelt es sich also nur um einen bedauernswerten Unfall bei diesem „beliebten Sport der römischen Goldjugend“¹⁹⁾, der trotz unbestreitbarer Unannehmlichkeiten für den Geprellten eine im ganzen doch harmlose und volkstümliche Neckerei darstellte. Unter *lascivia* (und *cupiditatis culpa*) ist daher nichts anderes zu verstehen als der in der angeheiterten Laune des gastlichen Gelages (wo man gewiß auch reichlich Wein trank)²⁰⁾ betriebene übermütige Scherz, die tolle Leidenschaft oder zügellose Ausgelassenheit²¹⁾. Das unter Karl V. 1532 erlassene Reichsstrafgesetzbuch, die stark vom römischen Recht beeinflusste Peinliche Gerichtsordnung (PGO) oder *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC)²²⁾, verwendet hierfür den neuerdings in der jüngeren Generation wieder in Mode gekommenen Ausdruck „Geilheit“²³⁾.

18) Anschauliche Überlegungen dazu bei Beseler a. a. O.

19) Pernice a. a. O. (Fn. 17).

20) Zum oft übertriebenen Luxus bei den römischen Gastmählern etwa A. Forbiger, *Hellas und Rom I*²⁾ (Leipzig 1876) 142 ff., 152 f.; Marquardt/Mau (o. Fn. 12) I 289 ff., bes. 337 ff.; zu den Neckereien der Gäste A. Gleichen-Russwurm, *Elegantiae, Geschichte der vornehmen Welt im klass. Altertum* (Stuttgart 1912) 442.

21) Zu dieser Bedeutung von *lascivia, luxuria, cupiditas* im Sinne (grober) Fahrlässigkeit Pernice 380 ff.; Burckhardt 142 ff.; Löffler 83 f., 99–110. – Daube, *A meaning of cupiditas*, *Studi De Francisci I* (Milano 1956) 123 ff. übersetzt *cupiditas* mit „wantonness“, „reckless sportiveness“, „unrestrained yielding to one's instincts or impulses“.

22) Zu ihr und ihrem Schöpfer Schwarzenberg, der auch ihre Vorläuferin, die Bambergische Halsgerichtsordnung, verfaßte, s. Eb. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*³⁾ (Göttingen 1965) 125 ff.

23) Art. 146 sieht Strafmilderung vor für Tötungen, die „wider des thätters willen auß geylheit oder unfursichtigkeit geschehen“. Geilheit meint grobe (nicht notwendig bewußte) Fahrlässigkeit; s. H. Kollmann, *Die Schuldauffassung der Carolina*, *Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss.* (ZStW) 34 (1913) 605, 631 ff. „Geil“ bedeutet ursprünglich ausgelassen,

3. *Das Strafurteil.* Obschon der Prellunfall mangels Vorsatzes demnach nicht unter das sullanische Mordgesetz zu subsumieren war, spricht der Statthalter den Angeklagten dennoch nicht frei, sondern er bestraft ihn mit fünfjähriger Verbannung (*relegatio, interdictio*)²⁴), milder als im Falle eines Mordes. Das Erfordernis der gesetzlich vorbestimmten Strafe, dieses jetzt in Art. 103 Abs. II GG enthaltene Grundrecht *nullum crimen, nulla poena sine lege*, wie Feuerbach es 1801 prägnant formulierte²⁵), galt in der römischen Antike in dieser Form nicht²⁶). Zwar wurde die Todesstrafe nur auf gesetzlicher Grundlage verhängt²⁷). Zur Ahndung minder schwerer Vergehen, die das geschriebene Recht nicht erfaßte, hatten die Gerichtsmagistrate jedoch eine darüber weit hinausgehende, ihrem Ermessen anvertraute Strafkompetenz²⁸). An feste Tatbestände war diese Koerzitionsgewalt ebensowenig gebunden wie die Disziplinargewalt zur Ahndung von Dienstvergehen im modernen Beamtenrecht. Deren Ausübung bedeutete für die Imperiumsträger nicht Willkür, sondern pflichtmäßige Erfüllung ihres Amtes, die zur Aufrechterhaltung der staatlichen Ordnung erforderlich war²⁹). Eine Analogie zum Nachteil des Angeklagten war demnach

zügellos, lustig, aufbrausend (stammverwandt mit gären) und erfuhr erst später eine Bedeutungsverengung auf das Sexuelle; vgl. F. Kluge/W. Mitzka, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache²⁰ (Berlin 1967) 242.

24) Ähnlich dem *exilium*; Einzelheiten bei Th. Mommsen, Römisches Strafrecht (1899/1955) 964 ff.; zu den Strafen für Mord S. 631 f., 650 f. Die Ausweisung aus der Provinz umfaßte regelmäßig auch die Ausweisung aus Italien (in unserem Text ausdrücklich hervorgehoben). Nichtbefolgung konnte zur Todesstrafe führen. Vgl. Mommsen 971 f. – Napoleon I., der in seinen guten Tagen den römischen Imperator gespielt hatte, erlitt – eine Ironie des Schicksals – nach seinem Falle eine echt römische Strafe.

25) Zur geschichtlichen Entwicklung dieses „Palladiums der Bürgerfreiheit“, der „Magna Charta des Verbrechers“, wie Franz v. Liszt das Grundrecht pathetisch nannte, zuletzt H.-L. Schreiber, Gesetz und Richter (Frankfurt 1976); dazu die Rezensionen von W. Richter, Juristenzeitung 1977, 766 und G. Schmidt, Neue jurist. Wochenschrift 1977, 1187.

26) F. Schulz, Prinzipien des römischen Rechts (1934/1954) 118 f. (auch zum Text); grundlegend H. Siber, Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrecht des römischen Freistaats (Leipzig 1936) 24 ff.; E. Levy, Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht, in dessen Gesammelte Schriften II (1963) 433 ff. (461 f. zu der Stelle).

27) Nach Siber 36 galt das moderne Grundrecht bereits für alle römischen Kapitalurteile.

28) Zu diesem Dualismus zwischen „Volks- und Amtsstrafrecht“ Siber 32 ff. Überblick über die im Amtsstrafrecht der *extraordinaria cognitio* abgeurteilten Vergehen bei Mommsen (o. Frt. 24) 193 ff.

29) Siber a. a. O.

(entgegen dem modernen Verfassungsgrundsatz) nicht verboten. Die Strafzumessung war nicht einmal in den Edikten der Gerichtsmagistrate näher geregelt, sondern schlicht arbiträr, sie beruhte also rein auf ihrem richterlichen Ermessen; es galt daher nicht einmal der Satz *nulla poena sine edicto*³⁰). Bei dem Kontinuitätsbewußtsein der römischen Juristen wird die Gerichtspraxis jedoch aufgrund ergangener Präjudizien dafür alsbald gefestigte Regeln gebildet haben. Insbesondere hatten die Reskripte der Kaiser (wie § 3 hier ein solches von Hadrian enthält) auch für gleichliegende spätere Prozesse gesetzsgleiche Kraft³¹).

Auf dieser Koerzitionsgewalt beruht auch das auf zeitlich beschränkte Verbannung lautende Strafurteil in unserem Falle (vgl. *coercendum* im Text). Milder ist die fünfjährige *relegatio* oder *interdictio* auch im Vergleich zu der gegen einen Ästefäller angedrohten lebenslänglichen Zwangsarbeit im Bergwerk, wenn er durch unzureichende Vorsichtsmaßregeln einen Passanten tötet³²):

Pauli Sententiae 5, 23, 12: Si putator ex arbore cum ramum deiceret non proclamavit ut vitaretur, atque ita praeteriens eiusdem ictu perierit, etsi in legem non incurrit, in metallum datur.

Wenn ein Baumverschneider, während er einen Ast herabwirft, keinen lauten Warnruf ausstößt und so ein Passant durch den Schlag ums Leben kommt, wird er, obschon er nicht der gesetzlichen Strafe verfällt, doch zu Bergwerksarbeit verurteilt.

Die schärfere Strafe in dieser vermutlich aus dem dritten Jahrhundert n. Chr. stammenden Rechtssammlung³³) für einen anderen Fall einer fahrlässigen Tötung beruht kaum auf einer gewandelten Rechtsüberzeugung, sondern sie erklärt sich vermutlich aus dem unterschiedlichen Stand der Angeklagten: Entsprechend der grundlegenden Zweiteilung des römischen Strafsystems wurden die sozial niedriggestellten *humiliores* für die gleichen Delikte seit alters durchweg strenger bestraft als die der Oberschicht angehörenden *honestiores*³⁴). Baumfäller gehörten

30) Siber 39; Levy passim.

31) Zur Rechtsqualität der Kaisererlasse (*constitutiones principum*) Kaser (o. Fn. 9) § 34.

32) Dazu Wacke, Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht, *Revue internationale des droits de l'Antiquité* 26 (1979). Die der Todesstrafe an Schwere am nächsten kommende Bergwerksstrafe war stets eine lebenslängliche: Dig. 48, 19, 28 pr./6.

33) Schulz (o. Fn. 5) 213 ff.; Wenger (o. Fn. 5) 518.

34) Mommsen (o. Fn. 24) 245, 1035 f.

gewiß zur Unterschicht, die am Gastmahl beteiligten jungen Leute aber wahrscheinlich zur Nobilität. In beiden Fällen beruht die Verurteilung (wie der zweite Text deutlich aussagt) nicht auf dem Strafgesetz, sondern auf der darüber hinausgehenden amtlichen Strafgewalt des Gerichtsherrn im Bereich seiner *extraordinaria cognitio*.

Der Entscheidung im Prellfall fügt der Statthalter bemerkenswerter Weise eine ausführliche Begründung hinzu³⁵): Ihm erschien angezeigt, „die aus Übermut begangene Fahrlässigkeit zu bestrafen, damit die übrigen jungen Leute dieses Alters gebessert würden“. Taurinus will also nicht in erster Linie Vergeltung üben oder den Täter bessern, sondern vor allem andere Jünglinge abschrecken³⁶). Dieser primär herausgestellte Gedanke der Generalprävention läßt auf eine weite Verbreitung des in übermütiger Laune betriebenen, nicht ungefährlichen Prellens schließen. Der Statthalter verbietet es nicht völlig (so wie später Justinian; vgl. unten III 1), aber er will doch ein warnendes Exempel statuieren, damit spätere Nachahmer es in ihrer Leidenschaft nicht so weit treiben, daß sich dabei tödliche Unfälle ereignen.

Vor der Vollstreckung seines auf Verbannung lautenden Urteils bittet der Statthalter jedoch sicherheitshalber den Kaiser als den obersten Gerichtsherrn um dessen Bestätigung: Zweifelnd, ob er das Richtige getroffen habe, will Taurinus die Verantwortung für seinen Richterspruch bei dieser damals noch offenen Rechtsfrage nicht ganz allein auf sich nehmen. Seit dem durch zwei Jahrhunderte in Geltung befindlichen Mordgesetz Sullas, das nur den vorsätzlichen Mord und Totschlag mit Strafe bedrohte, war die Bestrafung einer fahrlässigen Tötung (wenngleich im Wege der extraordinären Kognition) etwas grundlegend Neues. Und gerade Hadrian hat in mehreren Reskripten die ursprüngliche Regel eingeschärft, daß ohne Tötungsvorsatz

35) Eine Begründungspflicht war im klassischen Prozeßrecht nicht vorgeschrieben (zum notwendigen Inhalt der Zivilurteile s. M. Kaser, Das römische Zivilprozeßrecht 1966, §§ 54, 74). Eine Urteilsbegründung kommt erst im Zusammenhang mit der späteren Appellationsmöglichkeit auf (vgl. Kaser S. 404) und zwar zunächst weniger im Interesse der Parteien als zur Information der obersten Instanz.

36) Vgl. G. v. Beseler, Juristische Miniaturen (Leipzig 1929) 47. Zu den Strafzwecken De Robertis, La funzione della pena in diritto romano, Studi Solazzi (1948) 169ff., hier 185 m. Fn. 83. – Eine verwirkte Strafe konnte auch geschärft werden, falls dies nötig erschien, um ein Exempel zu statuieren; vgl. Dig. 48, 19, 16, 10.

handelnde Täter freizusprechen seien, da die Verurteilung ein Handeln *occidendi animo* voraussetzte³⁷⁾. Berühmt wurde Hadrians einprägsames Wort *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*³⁸⁾, gleichbedeutend mit dem etwas späteren *consilium enim uniuscuiusque, non factum puniendum est*³⁹⁾: Sätze, die nach R. v. Jhering eindringlich den Geist des römischen Willensstrafrechts kennzeichnen⁴⁰⁾.

Die Anfrage des Statthalters beim Kaiser von Amts wegen, auch ohne vorherige Appellation des Verurteilten, läßt erkennen, daß die Gerichtsbarkeit in den Provinzen auf einer Delegation des Prinzeps beruhte und daher in seinem Namen erfolgte; so wie im älteren Deutschen Reich die Urteile ausdrücklich im Namen des Kaisers oder des jeweiligen Landesherrn verkündet wurden⁴¹⁾. Die oberste gerichtliche Instanz nahm der Prinzeps auch in den älteren Provinzen für sich in Anspruch, die (wie im Falle Baeticas) dem Senat unterstanden⁴²⁾; wie er auch sonst aufgrund seiner tatsächlichen Vormachtstellung und seines *imperium proconsulare maius* in die Verwaltung der Senatsprovinzen hineinredete⁴³⁾.

Trotz der aufgezeigten juristischen Bedenken äußert sich unser Statthalter dem Kaiser gegenüber auffallend freimütig und selbstbewußt: *optime imperator, velis rescribere* – bester Kaiser, ich erwarte deine Antwort: Von den oft überängstlichen Anfragen des verantwortungsscheuen jüngeren Plinius als Statthalter der kleinasiatischen Provinz Bithynien in seinem Briefwechsel mit Trajan⁴⁴⁾ unterscheidet sich dieser offene Umgangston ebenso wohlthuend wie von dem späteren übersteigerten byzantinischen Höflichkeitszeremoniell am Hofe Konstantinopels.

37) Dig. 48, 8, 1, 3; Collatio 1, 6, 1–2. Weit. Hinw. bei Wacke (o. Fn. 32).

38) Dig. 48, 8, 14. Zu Hadrians Rechtspolitik s. H. Hübner, Festschr. Seidl (Köln 1975) 61 ff., hier 73.

39) Paulus Collatio 1, 7, 1.

40) Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, in dessen Vermischte Schriften (1879, Neudr. 1968) 155 ff., hier 176 f. Fn. 30.

41) Zur Geschichte der Urteilspräambel „Im Namen des Volkes“ in § 311 Abs. 1 ZPO anschaulich Müller-Graff, Zeitschr. f. Zivilprozeß 88 (1975) 442 ff.

42) Vgl. J. Bleicken, Senatsgericht und Kaisergericht (Göttingen 1962) 148 ff.

43) Volkmann, Art. Provincia, Kl. Pauly IV (1972) 1200.

44) Unsere wichtigste Quelle über die Rechtsgrundlagen der Christenverfolgungen; vgl. Mayer-Maly, *Studia et documenta historiae et iuris* 22 (1956) 311 ff.

Hadrians Antwort ist kurz: „Die Strafe für den Marius Evaristus hast du, Taurinus, zu Recht nach dem Grade seiner Schuld bemessen. Auch bei schwereren Vergehen kommt es nämlich darauf an, ob die Tat absichtlich begangen wurde oder zufällig“. An dieser Begründung fällt auf, daß die kaiserliche Kanzlei den Unfall trotz festgestellter *culpa* als *casus* bezeichnet. Dieser Sprachgebrauch weicht ab von der bei der Anwendung der *lex Aquilia* auf Sachbeschädigung und Sklavenverletzung üblichen Terminologie des zivilen Haftungsrechts⁴⁵): Der dort verwendete enge *casus*-Begriff schließt im Gegensatz zur *culpa* die Verantwortlichkeit für die private Schadensersatzpflicht (und Buße) aus⁴⁶), entsprechend unserem Begriff „Zufall“ im Bereich der Verschuldenshaftung. Zum weitergehenden *casus*-Begriff des römischen Strafrechts ist stattdessen der *dolus* (Vorsatz), nicht die *culpa* (Fahrlässigkeit) als Gegenbegriff zu denken, so wie in § 3 *consulto* (Absicht) und *casu* einander gegenübergestellt werden. Da die römischen Strafgesetze stets Vorsatz erforderten, bezeichneten die Juristen alles nicht vorsätzliche Verhalten – ob fahrlässig oder nicht – als *casus*. Der *casus* wurde daher von der *culpa* nicht scharf unterschieden, da hierfür keine juristische Notwendigkeit bestand, sondern er konnte „Nachlässigkeiten“ mit umfassen. *Casus* und *culpa* blieben dem weithin festgehaltenen Grundsatz nach straflos. Als man später dazu übergang, einzelne Fälle schwerer Fahrlässigkeit aufgrund eines erkannten kriminalpolitischen Bedürfnisses extraordinär zu bestrafen, hielt man an der überkommenen Terminologie fest, die *casus* und *culpa* nicht trennte. Dieser strafrechtliche *casus* schließt daher (im Gegensatz zum Zivilrecht) die Verantwortung nicht notwendig aus, sondern bedeutet nur fehlenden Vorsatz. Die das strafrechtliche Denken der römischen Juristen beherrschende Alternative zwischen Vorsatz und Nichtvorsatz verhinderte damit zugleich das Aufkommen einer festen Kategorie der kriminellen Fahrlässigkeit. Fahrlässigkeit ist den Römern nur ein Teilausschnitt kasueller, d. h. unabsichtlich herbeigeführter Unglücksfälle, soweit sie dem Täter trotz seines fehlenden *dolus* ausnahmsweise dennoch zurechenbar sind.

45) Zu den verschiedenen juristischen Bedeutungen des Wortes *casus* s. Heumann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts⁹(1907/1971) 58f. bes. sub 3 c.:

46) Vgl. etwa Dig. 9, 2, 54, 4: *respondi non posse (lege Aquilia agere), cum casu magis quam culpa videretur factum.*

4. *Die zivilrechtliche Nebenfolge.* Außer der Relegation verurteilte unser Statthalter den Schuldigen noch zwecks Kostenersatzung (*impendii causa*) zu 2.000 Sesterzen an den Vater des getöteten Jünglings, weil der ein armer Mann war. Als Schadensersatz für den Tod des jungen Mannes wäre der Betrag viel zu niedrig; denn schon Vertragsstrafen zu 10.000 Sesterzen waren keine Seltenheit⁴⁷⁾. Zu der nach germanischem Strafrecht an die Sippe des Getöteten zu erbringenden Sühneleistung des *Wergelds*⁴⁸⁾ gibt es in Rom keine Parallele⁴⁹⁾, schon gar nicht, wie hier, für unvorsätzliche „Ungefährwerke“. Die Kostenersatzung umfaßt daher wohl nur die durch den Unfall veranlaßten Ausgaben des Vaters⁵⁰⁾ für die ärztliche Versorgung des Sohnes in den ersten drei Tagen sowie für dessen anschließende Beerdigung⁵¹⁾; für sie muß der Schädiger auch heute nach §§ 823 Abs. I, 844 Abs. I BGB aufkommen. Deren Zuerkennung im *Strafprozeß* entspricht unserem (leider kaum praktizierten) Adhäsionsverfahren nach §§ 403 ff. StPO. Der provinziale Kognitionsprozeß kannte zwischen Zivil- und Strafverfahren keine feste Schranke⁵²⁾.

Der Ulpiantext enthält den einzigen mir bekannten Fall aus den römischen Quellen, in dem ein Dritter wegen der Tötung eines freien Menschen begrenzten Schadensersatz zugesprochen erhält⁵³⁾. Obwohl Hadrians Antwortschreiben darauf nicht zu

47) Für eine Grundstückspacht etwa Dig. 19, 2, 54, 1. Justinians Kompilatoren setzten für 1.000 Sesterzen 1 Aureus. Er entsprach vor dem 1. Weltkrieg etwa 217,50 Goldmark; 2.000 Sesterzen in unserem Falle also 435 Goldmark. Vgl. Heumann/Seckel (o. Fn. 45) unter *aureus*.

48) Auch Manngeld, da abgeleitet von *vir* = Mann; vgl. R. Gmür, Grundriß der deutschen Rechtsgeschichte (1978) 23 f.

49) W. Kunkel, Unters. zur Entwicklung des röm. Kriminalverfahrens (München 1962) 108 Fn. 394 (gegen Binding); Wittmann (u. Fn. 57) 9 Fn. 34, 18, 20f.; D. Liebs, Römisches Recht (Göttingen 1975) 273 f.

50) Schulz (o. Fn. 5) 119.

51) Vgl. v. Beseler (o. Fn. 36) 46. Die von ihm zudem erwogene Erstattung der Prozeßkosten gab es nur ausnahmsweise im Kognitionsprozeß; vgl. Kaser (o. Fn. 35) 393, Fn. 17f. gegenüber 288, Fn. 40. Wegen der vom Statthalter hervorgehobenen Armut des Vaters käme auch ein Ersatz für entgangene Unterhalts- und Dienstleistungen des getöteten Sohnes entsprechend §§ 844 Abs. I, 845 BGB in Betracht.

52) E. Levy, Weströmisches Vulgarrecht: Obligationenrecht (Weimar 1956) 301 ff.; Kaser a. a. O. 348 f.

53) Nach einem Papyrus aus dem 5. Jh. n. Chr. erhielt die arme Mutter einer ermordeten Prostituierten wegen entgangenen Unterhalts ausnahmsweise ein Zehntel von dem Vermögen des Mörders als Schadensersatz; BGU IV 1 Nr. 1024⁸ S. 21 Z. 11 ff.; dazu anschaulich Braßloff, Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss. 25 (1911) 378 ff.

sprechen kommt, war die Rechtsgrundlage dafür nicht unzweifelhaft. Zwar wurden in dem vom freien richterlichen Ermessen beherrschten Kognitionsverfahren auch ohne gesetzlichen Anhalt allmählich zahlreiche neue materiellrechtliche Anspruchsgrundlagen geschaffen⁵⁴). Trotzdem fragt es sich, an welche Vorbilder unser Statthalter im konkreten Fall anknüpfen konnte. Bei Tötung oder Verletzung eines *Sklaven* schuldete der Täter dem Herrn nach der 286 v. Chr. erlassenen *lex Aquilia* für den Sklaven Wertersatz⁵⁵). Da der ähnlich einer Sache im Eigentum seines Herrn stehende Sklave rechtlich kein eigenes Vermögen haben konnte, hatte aus seiner Verletzung auch nur der Herr den Schaden. *Hauskinder* waren zwar freie römische Bürger, aber der *patria potestas* ihres Vaters unterworfen und damit grundsätzlich ebenfalls unfähig zum Besitz eigenen Vermögens, solange ihr *pater familias* lebte⁵⁶). Wegen dieser rechtlichen Einheit des Hausvermögens in der betont patriarchalisch strukturierten römischen Familie trug auch der Hausvater als dessen alleiniger Inhaber den Schaden aus einer gegen einen Sohn oder eine Tochter verübten unerlaubten Handlung. Bei der Rechtsähnlichkeit zur Tötung oder Verletzung eines Sklaven lag eine analoge Anwendung der *lex Aquilia* dem Grunde nach sehr nahe⁵⁷). Auf Wertersatz konnte sie in diesem Fall aber nicht gehen. Denn nach römischer Auffassung haben nur Sklaven einen Handelswert; das Leben freier Personen aber ist unschätzbar⁵⁸).

54) Etwa aus formlosen erbrechtlichen Anordnungen (Fideikommissen), auf Honorar wegen geleisteter höherer Dienste, auf Unterhalt unter Verwandten oder aus Vormundschaft. Über die Gegenstände der *cognitio extra ordinem* s. Kaser (o. Fn. 35) § 68.

55) Kaser, Römisches Privatrecht 2I (1971) 161 f., 619 ff.

56) Über Ausnahmen, bes. das im Heeresdienst erworbene *peculium castrense*, s. Kaser a. a. O. 344.

57) Mittels einer *utilis actio legis Aquiliae*. Dazu eingehend R. Wittmann, Die Körperverletzung an Freien im klass. röm. Recht (München 1972). Wenig förderlich U. v. Lübtow, Unters. zur *lex Aquilia* (Berlin 1971) 116 ff.; vgl. auch Kaser² I 622, II 438 Fn. 11.

58) *„Liberum corpus nullam recipit aestimationem“*: Gaius Dig. 9, 3, 7; Wittmann 66 ff. – Hat ein Fußballverein Ansprüche gegen den Schädiger bei einer Tötung oder zur Arbeitsunfähigkeit führenden Verletzung eines ihm angehörenden Berufsfußballers wegen der für ihn vergeblich aufgewendeten Transfersumme? Da der Fußballer (nicht unähnlich einem antiken Sklaven!) unzweifelhaft einen „Handelswert“ hat und den Arbeitsplatz nicht frei wechseln kann, wäre dies zu erwägen; s. jetzt A. Wacke, in Stadion, Zeitschr. f. Geschichte des Sports 3 (Köln 1978) 39 ff., wo S. 4 ff. mehr zur Geschichte und Dogmatik der zivilrechtlichen Haftung bei Sport- und Spielunfällen.

In Betracht kam daher nur ein Ersatz der Heilungskosten und des Verdienstausfalles⁵⁹⁾. Als hierin *unmittelbar* Geschädigter war der Hausvater der dazu allein Ersatzberechtigte.

Nach der vermögensrechtlichen Verselbständigung auch minderjähriger Kinder in der Neuzeit sind im Falle ihrer Verletzung oder Tötung ihre Eltern wegen entgehender Dienste oder entgehenden Unterhalts heute nur noch *mittelbar* geschädigte Dritte. Drittschaden erkennt unser geltendes Haftungsrecht aber grundsätzlich nicht als ersatzfähig an. Nach § 823 Abs. I BGB ist nur das unmittelbar in seinen Rechtsgütern oder absoluten Rechten verletzte Kind ersatzberechtigt. Das Vermögen der Eltern ist nicht nach § 823 BGB geschützt. Um ihnen dennoch zu einem Ersatzanspruch zu verhelfen, bedarf es der erweiternden Schadenszurechnungsnormen der §§ 844, 845 BGB. Der dort ausnahmsweise vorgesehene Ersatz von Drittschaden erscheint aus dogmatischer Sicht prinzipwidrig. Im römischen Recht war er dies wegen der Einheit des Hausvermögens nicht; doch fehlte es damals insoweit an einer gesetzlichen Haftungsnorm. Gerech und billig ist die Regelung der §§ 844, 845 BGB gleichwohl; denn den Schädiger soll es nicht entlasten, daß heute unmittelbar geschädigtes Kindesvermögen und mittelbar geschädigtes Elternvermögen rechtlich verselbständigt sind. So beruhen die §§ 844, 845 BGB letztlich auf dem römischen Recht⁶⁰⁾.

III. Kultur- und Wortgeschichte des Prellens

1. *Altertum*. Da das zum Prellen verwendete Tuch (*sagum*) besonders von den römischen Soldaten als Mantel getragen wurde⁶¹⁾, hält man diesen beliebten Brauch vor allem für einen rauhen Soldatenscherz⁶²⁾. Auf das soldatische Lagerleben be-

59) Ulpian Dig. 9, 2, 7 pr.

60) S. dazu B. Mugdan, Die ges. Materialien zum BGB II (Berlin 1899) 428 mit reichen Belegen aus den römischen Quellen.

61) Vgl. o. Fn. 12. In Redewendungen stehen die *saga* symbolisch für die Kriegswaffen; z. B. *saga sumere* = Kriegsmäntel anlegen, zu den Waffen greifen, *in sagis esse* = unter Waffen sein, *saga deponere* = die Waffen ablegen. Vgl. R. Klotz, Hwb. d. latein. Sprache (Graz 1963). Nach Dig. 34, 2, 23 ist das *sagum* jedenfalls ein von Männern (auch von Sklaven) getragener Reisemantel.

62) Friedländer/Wissowa, Darst. aus der Sittengeschichte Roms I¹⁰(1922/1964) 22f.; L. Schmidt (o. Fn. 1) 7f.

schränkte er sich jedoch nicht. In unserem spanischen Fall waren die Teilnehmer des Gastmahls – der Getötete wie der Angeklagte – höchstwahrscheinlich Zivilisten⁶³). Wären sie Soldaten gewesen, so hätte dies der Statthalter in seinem Bericht an den Kaiser nicht verschwiegen; denn der Gesichtspunkt der militärischen Disziplin wäre für das Urteil von entscheidender Bedeutung gewesen. Vor allem werden Soldaten in aller Regel nicht verbannt, sondern disziplinarrechtlich anderweit bestraft⁶⁴). Die vom Statthalter aus Gründen der Generalprävention verhängte Verbannungsstrafe (o. Fn. 36) deutet somit auf eine weite Verbreitung des Prellens auch unter Zivilpersonen. Sogar vom Kaiser Otho, der im Vierkaiserjahr 68/69, rund 60 Jahre vor Hadrian einige Monate regierte, berichtet Sueton, er habe sich als junger Mann mit anderen öfters nachts in Roms Straßen umhergetrieben, dabei schwächliche oder angetrunkene Passanten angehalten und auf rasch ausgespanntem Mantel in die Luft geworfen⁶⁵). Der Satiriker Martial erwähnt die Metapher des Prellens auf dem Mantel in einem Epigramm um 80 n. Chr. als volkstümliche Strafe⁶⁶).

Als studentischer Schabernack begegnet das Prellen auch wenige Jahrhunderte später. Ende des 4. Jahrhunderts hält der Rhetorikprofessor Libanius zu Antiochien eine große Tadelrede an seine Schüler, die einen mißliebigen Pädagogen auf einem Teppich schlimm geprellt hatten⁶⁷). Derartige Verulkungen der

63) v. Beseler (o. Fn. 36) 48.

64) Zu den röm. Militärstrafen s. bes. Modestin Dig. 49, 16, 3, 1; eingehend A. Müller, Neue Jahrb. f. d. klass. Altertum 19 (1906) 554ff. (die Relegation ist nach S. 558 seltene Ausnahme); vgl. auch E. Sander, Rhein. Mus. f. Phil. 103 (1960) 289ff.

65) Sueton, Otho 2. Über nächtlichen Unfug dieser Art Friedländer/Wissowa a. a. O.

66) Martial, Epigramme 1, 3 hrsg. v. L. Friedländer (1886, Neudr. Amsterdam 1961) 167; Heraeus/Borovskij (Leipzig 1976) 12. Übersetzung bei L. Schmidt (o. Fn. 1) 8; Moser (u. Fn. 71) 36. Mit den (nicht leicht verständlichen) Gelegenheitsversen beschreibt Martial skeptisch die mögliche Reaktion des Publikums auf seine Werke: Erhofft sich der Dichter Bravo-Rufe und Küsse, so gießt Roms verwöhnte literarische Welt nur ihren Spott darüber aus, mancher rümpft seine gleich einem Rhinoceros große Nase, andere schicken den Gedichtband (zum Zeichen ihres Mißfallens) „vom Mantel geprellt hoch zu den Sternen“ (*ibis ab excusso missus in astra sago*): eine poetische Vision, wie sich die vom Geist geschaffenen Gedichte am hohen nächtlichen Himmel wieder in ätherisches Nichts auflösen.

67) Libanius, Oratio 58 (bes. 18); R. Foerster, Libanii opera IV (1908) 175f., 189f.; französ. Übers. bei Festugière, Antioche païenne et chrétienne (Paris 1959) 467ff., 470f. Die Schriften des Libanius sind unsere

Professoren, aber auch Fuchstufen neu angekommener Studenten, verbietet Justinian am Schluß seiner 533 n. Chr. erlassenen juristischen Studienordnung⁶⁸⁾ auf das strengste:

„Dies aber bestimmen wir, weil es höchst notwendig ist, unter strengster Verwarnung, daß weder hier in dieser hochberühmten Stadt (Konstantinopel) noch in der sehr schönen Stadt Berytos (in Syrien) irgendeiner der Rechtsstudenten es wage, spaßige Neckereien auszuüben und andere Vergehen, die unwürdig und sehr schlimm, ja geradezu sklavenhaft sind und deren Effekt Körperverletzung ist – weder gegen ihre Professoren noch gegen ihre Kommilitonen, vor allem nicht gegen die Neulinge im Rechtsstudium. Wer möchte denn dies noch Spaß nennen, woraus Verbrechen entstehen? Wir werden dies unter keinen Umständen dulden...⁶⁹⁾“

Justinian fürchtet demnach das Prellen so sehr, daß er es in diesem scharfen Verbot nicht einmal beim Namen zu nennen wagt. Seine Gesetzgebungskommission nahm darum auch den anschaulichen Prozeßbericht über unseren Ausgangsfall ganz bewußt nicht in die *Digesten* auf: Die konkrete Fallschilderung in § 2 schnitten die Kompilatoren weg; nur den unverfänglichen, allgemein gehaltenen Anfang und Schluß des *Ulpiantextes* nahmen sie in verschiedene Titel der strafrechtlichen *Digestenbücher* (der später sog. *libri terribiles*) auf⁷⁰⁾.

2. In der *Neuzeit* ist der Volksbrauch des Prellens über ganz Europa hinweg zahlreich bezeugt. Ich bringe nur eine kleine

wichtigste Quelle für die akademischen Zustände an den Universitäten des 4. Jh., wo es u. a. bereits ein straff organisiertes Verbindungswesen gab und – sehr aktuell – eine administrativ verordnete „Regelstudienzeit“ (meist nur bis zum 20. Lebensjahr). Dazu anschaulich Schemmel, *Neue Jahrb. f. d. klass. Altert.* 10 (1907) 52 ff.; 11 (1908) 494 ff.; A. Müller, *Philologus* 69 (1910) 292 ff. (hier S. 315); P. Wolf, *Vom Schulwesen der Spätantike* (Baden-Baden 1952) (hier bes. S. 56).

68) *Constitutio Omnem* (hier § 9). Zu ihr B. Kübler, *Geschichte des röm. Rechts* (1925) § 43; Wenger (o. Fn. 5) 632 ff.; zum späteren Byzanz 717 ff.

69) Es folgt die Übertragung der Disziplinargewalt auf den Präefkten (für Konstantinopel) bzw. den Provinzialpräsidenten (für Beryt). Eine ähnliche Disziplinarordnung für Studenten, mit der Ermahnung zu gesittetem Betragen, dem Verbot der Beteiligung an verbotenen Vereinen, des zu häufigen Theaterbesuchs, stammt schon von 370 n. Chr.: Wenger 618 ff., 637.

70) Den § 1 in *Dig.* 48, 8, 4, 1; den 2. Teil von § 3 und § 4 in *Dig.* 48, 19, 5, 2. Das Verfahren ist charakteristisch für die Arbeit der Gesetzgebungskommission, die die vorhandenen Juristenschriften auf den 20. Teil ihres Umfangs zusammenstrichen; vgl. Kaser (o. Fn. 9) § 57, bes. V. Ohne den glücklichen Fund des Originals in der *Collatio* wäre eine Rekonstruktion des Falles allein aufgrund der *Digestenüberlieferung* unmöglich.

Auswahl der wichtigsten Belege⁷¹). Je nach dem geprellten Gegenstand kann man unterscheiden das Prellen von Menschen, Puppen oder Tieren. Beim Prellen eines Menschen läßt sich grob weiter differenzieren nach dem jeweiligen Zweck: als (volkstümliche) Strafe, als Bestandteil eines Aufnahmezeremoniells in eine zunftmäßige Vereinigung, aber auch als Ehrenbezeugung.

a) Ein Hauptbeleg für das Prellen eines *Menschen zur Strafe* stammt wie unser römischer Fall aus Spanien. Miguel de Cervantes schildert im 12. Kapitel seines 1604 vollendeten Schelmenromans „Don Quichote“, wie sich Sancho Pansa, der tölpelhafte Diener des einfältigen Ritters, eines Morgens ohne die Übernachtungskosten zu bezahlen aus der Herberge fortstehlen will. Da wird er von dem aufgebrachten Wirt und 9 gerade anwesenden reisenden Handwerksburschen, die „wohl aufgelegt, schadenfroh und zu jedem Mutwillen bereit“ sind, auf einer Bettdecke „wie ein Hund an Fastnacht“ so lange unbarmherzig geprellt, daß ihm Hören und Sehen vergehen, daß er laut um Hilfe schreit und sich am Ende, als seine Peiniger vor Müdigkeit von ihm ablassen, halbtot kaum noch rühren kann. Cervantes' anschauliche Beschreibung ist nicht reine Phantasie, sondern getreues Abbild eines zur Strafe ausgeübten Volksbrauchs⁷²), bei dem sich die Umstehenden durch das lauthalse Lachen über die Qualen des hilflos so Gepeinigten reichlich entschädigen.

Mantear, „mänteln“, nennen die Spanier das Prellen, in Erinnerung an den ärmellosen Soldatenmantel, das klassische Instrument des Prellens, nach dem im mittelalterlichen Latein das Spiel auch *sagatio* (von *sagum*, Mantel) heißt⁷³). „Prellen“ sagen wir ähnlich nach dem prallen Tuch, mit dem man dem Geprellten diesen schlimmen Streich spielt⁷⁴). Das (veraltete) franzö-

71) Weitere Einzelheiten bei H. Schulz, Zeitschr. f. Deutsche Wortforschung 9 (1907) 102–118; v. Beseler (o. Fn. 36) 49ff.; L. Schmidt (o. Fn. 1) 1–31; D.-R. Moser, Lazarus Strohmanus in Jülich (Jülich 1975); ders., Der Lazarusbrauch in Jülich (Göttingen 1975; Encyclopädia Cinematographica, Beiheft zu einem über den Brauch gedrehten Film).

72) Zu Cervantes' Bedeutung für die Rechtsgeschichte jüngst A. Erler, Der Loskauf Gefangener: Ein Rechtsproblem aus drei Jahrtausenden (Berlin 1978), bes. 79ff.

73) So in einem Pariser lateinisch-griechischen Glossar aus dem 9. Jh., *sagatio* = gr. *παλμός* („schütteln“): G. Goetz/G. Gundermann, Glossae Latinograecae et Graecolatinae (1888, Neudr. Amsterdam 1965) II 177; vgl. Du Cange, Glossarium mediae et infimae latinitatis (1883ff., Neudr. Graz 1954) VI 273.

74) Kluge/Mitzka (o. Fn. 23) 564; Paul/Betz, Deutsches Wörterbuch⁵ (Tübingen 1966) s. v.

sische Wort *berner*, wie es z. B. Rabelais 1533 benutzte, leitet sich ganz entsprechend ab von *bernia*, der spanisch-italienischen Bezeichnung für die Prelldecke, die ihrerseits mit dem arabischen Ausdruck „Burnus“ verwandt ist⁷⁵). Im Englischen sagt man *to toss a person on a blanket*.

Daß spanische Soldaten im 30jährigen Krieg das Prellspiel mit nach Deutschland brachten, ist möglich; doch gibt es schon viel ältere einheimische Belege. Frühe Übersetzungen des Don Quichote ins Deutsche trugen gewiß zu dessen Verbreitung bei. Bereits Luther aber schreibt in seinem Sendbrief vom Dolmetschen (1530) in erregter Polemik:

„Ich weiß dazu fürwahr, daß ihrer keiner ihren Aristotelem recht versteht. Und ist einer unter ihnen allen, der ein Proemium oder Capitel im Aristotele recht versteht, so will ich mich lassen prellen.“

Dieselbe Beteuerungsformel verwendet 1764 Wieland in einem Cervantes nachempfundenen Roman Don Sylvio: „Ich will mich prellen lassen, wenn ich meiner leiblichen Mutter auf ihr bloßes Wort glaubte, daß ich meines Vaters Sohn sei“.

Als staatlicherseits verordnete Strafe findet sich das Prellen oder Wippen nur selten⁷⁶). In einer Kursächsischen Konstitution Augusts des Starken wird sie in sehr detaillierter Weise gegen Wilddiebe festgesetzt. Dabei ließ man den Geprellten je nach seiner körperlichen Verfassung und der Schwere seines Vergehens mitunter absichtlich mehrmals hart auf den Erdboden aufstoßen⁷⁷). Daß diese Strafe ausgerechnet gegen Wilddiebe festgesetzt wurde, ist kein Zufall, sondern hängt mit dem Prellen gefangener Füchse zusammen, einer vermutlich im 17. Jh. aus Spanien übernommenen Belustigung von Jagdgesellschaften an den Adelshöfen (unten g).

Als nichtstaatliche, gesellschaftliche „Strafe“ wird das Prellen wegen Verletzung eines in bestimmten Bevölkerungskreisen üblichen, nicht rechtsverbindlichen Herkommens (etwa eines

75) E. Gamillscheg, Etymolog. Wörterb. der franz. Sprache (Heidelberg 1928) 100f.; A. Dauzat, Dictionnaire étymologique de la langue française (Paris 1938) 85; J. Corominas, Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana I (Bern 1954) 447f.

76) Vgl. J. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer 4 (1899, Neudr. Darmstadt 1965) II 324f.

77) Anschaulich über diesen grausamen Vollzug einer nicht verstümmelnden Körperstrafe R. Quanter, Die Leibes- und Lebensstrafen bei allen Völkern etc. 2 (1906, Neudr. Aalen 1970) 386ff.

Trink-Komments) im Rahmen der zahlreichen sog. *Rügebräuche*⁷⁸⁾ häufiger vollzogen worden sein. Gab man dem Beschuldigten zuvor die Gelegenheit, sich vom Vollzug des Prellens durch Zahlung einer Summe Geldes freizukaufen, so war er dann dennoch der „Geprellte“.

b) Vom Rügebrauch zum *Hänselbrauch* sind die Übergänge fließend⁷⁹⁾. Hänseln, auch (*ver*)*hansen*, bedeutet ursprünglich hansisch machen, d. h. in eine Gemeinschaft aufnehmen (stammverwandt mit *Hanse*). Beim Eintritt in eine Arbeitsgruppe, eine Gilde, Zunft oder Studentenschaft mußte der Kandidat bestimmte scherzhafte Prüfungen ablegen und dabei in oft langwierigen Prozeduren zahlreiche Neckereien über sich ergehen lassen⁸⁰⁾. Bei derartigen Gesellentaufern oder Initiationsriten wurden die Neulinge, wie uns zahlreiche Quellen aus mehreren Jahrhunderten berichten, meistens im Zuge des Fastnachtstreibens z. B. auf einer Rinderhaut (so insbes. bei den Fleischhauer- und Gerberzünften) geprellt. Ähnlich erging es jungen Mägden, die sich erstmals zur Gruppe der Erntearbeiter hinzugesellten. Da man zum Hochwerfen einen bestimmten Rhythmus einhalten mußte, wurden dazu im Takt Lieder gesungen. Bei der Äquator-taufe der Schiffsjungen ist derartiges altes Brauchtum noch heute lebendig.

c) Das „Högen“ (eig. Erhöhen) oder Hochheben auf den bloßen Händen, wie einleitend von einer jungen schwedischen Prinzessin geschildert, kann aber auch einen Ehrenerweis bedeuten, so wie die Germanen ihren Feldherrn auf den Schild hoben und wir noch heute einen Gefeierten „hochleben lassen“.

78) Sie reichen von boshaften Scherzen (z. B. Fenster aushängen, Tür verpfählen) bis zu schwerer Sachbeschädigung (Dach abdecken, Ofen oder gar Haus zerstören, sog. Wüstung). Auch persönliche Schelte kann damit verbunden sein, wie Spießbrutenlaufen, Haberfeldtreiben, öffentlicher gemeinschaftlicher Schimpfgesang (Charivari) u. dgl. Dazu M. Scharfe, Hessische Blätter für Volkskunde 61 (1970) 45–68; K. S. Kramer, Grundriß einer rechtlichen Volkskunde (Göttingen 1974) 70 ff.

79) K. S. Kramer, Art. Hänseln, Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte I (1971) 2003 m. Lit.; bes. F. Rauers, Hänselbuch (1936); E. v. Künßberg, Rechtliche Volkskunde (Halle 1936) 50 ff.

80) Für die alten Universitäten bes. W. Fabricius, Die akademische Deposition (Frankfurt M. 1895); F. Schulze/P. Ssymank, Das deutsche Studententum von den ältesten Zeiten bis zur Gegenwart⁴ (1932); Rauers 62 ff., 75 ff. *Depositio cornuum* hieß der Brauch, weil das umständliche, noch heute sprichwörtliche Abstoßen der (symbolisch aufgesetzten) Hörner einen wesentlichen Teil davon ausmachte (vgl. auch das Schimpfwort „Hornochse“, italienisch *cornuto*).

A. v. Chamisso berichtet in seinem Tagebuch von einer 1816 unternommenen Weltreise, wie die paarweise zu einer Reihe aufgestellten Matrosen eines russischen Schiffes den Kapitän, die Offiziere und Passagiere der Reihe nach schonungslos in die Höhe warfen – „eine Art des Prellens, die bei uns nicht als Ehren- oder Freundschaftsbezeugung gelten würde“; bei den russischen Seeleuten aber wurden „die am höchsten in ihrer Gunst standen, auch am höchsten geschneilt und am unbarmherzigsten behandelt“⁸¹).

d) Während bei all diesem historischen Brauchtum der Geprellte die Prozedur dulddend über sich ergehen lassen muß, ist das aktive Springen auf zusammengenähten Walroßhäuten der Eskimos (oben Fn. 2), das diese vielleicht von den russischen Seeleuten übernahmen, ähnlich wie der Trampolinsport ein reines turnerisches Vergnügen. Spiel und Sport werden zur Nutzanwendung beim Sprungtuch der Feuerwehr zur Rettung von Hausbewohnern bei versperrtem Ausgang.

e) Aus welchem Anlaß der junge Mann in unserem Ausgangsfall geprellt wurde, der dabei so unverhofft tragisch ums Leben kam, wissen wir leider nicht. Aber die geschichtliche Volkskunde zeigte uns eine reiche Palette möglicher Gründe auf. Die ausdrückliche Feststellung des Statthalters, daß der Angeklagte mit dem geprellten Opfer nicht verfeindet war, erscheint nun als wichtig in einem neuen Licht. Sollte der Statthalter überdies den Volksbrauch des Prellens generell verbieten, so wie Justinian dies vierhundert Jahre später ausdrücklich verordnete (oben 1)? Die Frage stellte sich in der Neuzeit für die Obrigkeit wiederholt. Als sich 1610 in Zwickau in Sachsen ein Geprellter den Hals brach, wurde das Hochwerfen von Menschen verboten⁸²). Wegen eines tödlichen Unfalls verboten wurde im selben Jahrhundert etwa auch der Rechtsbrauch des „Bottarsens“⁸³). Die Fälle veranschaulichen das Problem, welche Haltung eine Rechtsordnung gegenüber gewissen gefährvollen Volksbräu-

81) Sie schuldeten der Mannschaft dafür ein kleines Gegengeschenk. Chamissos ges. Werke III (Stuttgart 1883) 88.

82) Vgl. Moser (o. Fn. 71) 33.

83) Auch *büttarschen*, *arsbossen* o. ä. genannt: Jemand wurde bei Kopf und Füßen gepackt und mit dem Hinterteil auf den Boden oder einen Stein gestoßen. Bei einem Grenzumfang etwa wollte man dadurch den Vorgang seinem Gedächtnis einschärfen, um ihn später als Zeugen zur Verfügung zu haben. Vgl. v. Künßberg (o. Fn. 79) 50f.

chen oder Volksbelustigungen einnehmen soll⁸⁴). Ist das Klettern auf den Maibaum nicht zu gefährlich? Wie lange können wir uns die Todesfälle beim Formel-I-Rennen noch leisten?

Die ritterlichen *Turniere* im Mittelalter führten ebenfalls häufig zu Todesfällen. Die Päpste bekämpften sie darum durch wiederholte Verbote, die aber oft übertreten wurden⁸⁵). Die Strafen waren Exkommunikation und Verweigerung des kirchlichen Begräbnisses. Die Kirche wollte vor allem einer Selbsterfleischung des Ritterstandes vorbeugen, da man die Ritter dringend für die Kreuzzüge benötigte. Dem kanonischen Turnierverbot hielten die weltlichen Juristen entgegen, daß Leibesübungen als Grundlage militärischer Ertüchtigung auch der Ausbreitung des Christentums zustatten kämen.

So bilden obrigkeitliche Verbote und gerichtliche Urteile oft eine wichtige Erkenntnisquelle für ein zu bestimmten Zeiten beobachtetes Brauchtum⁸⁶).

f) Wohl als Folge derartiger Verbote prellte man in späterer Zeit *Strohpuppen* in Menschengestalt statt wirklicher Menschen. Das war nicht nur ungefährlich, sondern eine Puppe ließ sich auch viel höher werfen, nämlich bis zur Höhe der Dächer. Das Auffangen einer so hoch geworfenen Puppe verlangt allerdings eine gewisse Geschicklichkeit. Auf bildlichen Darstellungen aus Spanien des 18./19. Jh. prellen junge Damen in Stil und Tracht des Rokoko eine männliche Puppe⁸⁷). Sie rächen sich damit symbolisch an den bösen Burschen, die sich ein Vergnügen daraus machten, junge Vertreterinnen des weiblichen Geschlechts auf gleiche Weise in die Luft zu werfen (wobei die Absicht wohl

84) Vgl. allg. K.S.Kramer, Art. Brauchtum und Recht, HRG I 506–511; H. Schempf, Rechl. Volkskunde und moderne Gesetzgebung, in: Forschungen zur Rechtsarchäologie etc. 1 (1978) 89–106.

85) F. Merzbacher, Das kirchliche Turnier- und Stierkampfverbot, in Kirche und Recht 4 (Wien 1963) 261–268; jetzt Wacke (o. Fn. 58) 38 m. weit. Nachw.

86) v. Künßberg 50ff.; ders., Rechtsgeschichte und Volkskunde (Köln 1965) 34f. Über „Volksbräuche vor Gericht“ anschaulich Piegler, Juristenzeitung (JZ) 1955, 721ff. Zur oft schwierigen juristischen Beurteilung bestimmter Fastnachts- oder Mainachtsstreiche (z. B. das Abschneiden der Krawatten an Weiberfastnacht, den „Diebstahl“ von Maibäumen aus dem Wald und die Entwendung des aufgestellten Baumes durch Rivalen aus dem Nachbardorf, das Zusammenstehlen von Geflügel für eine „Hahnenpartie“) s. Franzmann, JZ 1956, 241ff.; Scheyhing, JZ 1959, 239ff. Über Brauchtum und Feste aus volkstümlicher Sicht jetzt Wiegelmann/Zender/Heilfurth, Volkskunde (Berlin 1977) 132ff.

87) Am bekanntesten ist Francisco Goyas Teppich-Entwurf von 1792 „El Pelele“ (Der Hampelmann; Die Puppe) aus dem Prado zu Madrid; Wiedergabe bei Wacke (o. Fn. 58) Abb. 1. Ähnlich ein katalonischer Holzschnitt aus dem 19. Jh. bei L. Schmidt (o. Fn. 1) Abb. 2.

eindeutig war). Das Bildmotiv ist letztlich durch Cervantes beeinflusst, denn auch Sancho Pansas Malheur wurde öfters künstlerisch gestaltet⁸⁸). Das Prellen des Strohmannes zur Fastnachtzeit, der am Ende in feierlichem Zeremoniell von der Brücke in den Fluß geschleudert wird, hat aber auch einen tiefreligiösen Hintergrund: Der in Garmisch-Partenkirchen und in Jülich bis auf unsere Tage erhaltene Brauch symbolisiert das stellvertretende Leiden und Sterben Christi für die Sünden aller Menschen⁸⁹).

g) Das Prellen von *Tieren*, in der Römerzeit noch nicht, von Cervantes jedoch mehrfach an Hunden bezeugt⁹⁰), wurde als Jagdbelustigung später vor allem an *Füchsen* verübt. Bei dem wenig tierfreundlichen Brauch⁹¹) sperrte man mehrere Füchse in einen umzäunten größeren Platz, wo sie nicht entweichen konnten, und schnellte sie auf ausgebreiteten Netzen fortwährend in die Höhe. Damit sie sich nicht zu schnell die Knochen brachen und das rauhe Vergnügen nicht zu bald ein Ende nahm, sollte der Platz möglichst mit Sand beschüttet, nicht mit Steinen gepflastert sein. An die barbarische Sitte erinnern die waidmännischen Redensarten „Man muß den Fuchs erst fangen, ehe man ihn prellt“, – „Man soll den Fuchs prellen, ehe man ihm den Balg über die Ohren zieht“, – „Ein alter Fuchs läßt sich nicht prellen“.

h) Aus der Jägersprache übernahm den Ausdruck „Füchse prellen“ die *Studentsprache*, wo er weite Verbreitung fand⁹²). „Fuchs“ als Bezeichnung für den erstjährigen Studenten leitet sich möglicherweise vom Brauch des Prellens ab: Die Füchse hatten den Burschen nicht nur zahlreiche Dienstleistungen zu erbringen, sondern wurden von ihnen auch pekuniär weidlich ausgenutzt. Das in den studentischen Landsmannschaften im 16./17. Jh. beinahe Rechtsform annehmende Brauchtum des *Pennalismus*⁹³) wurde oft vergeblich bekämpft. So drang „prel-

88) Ein Beispiel aus dem Wiener Kunsthistor. Museum bei Schmidt Abb. 1. Zahlr. weit. Illustrationen zum Thema bei Moser (o. Fn. 71).

89) Dazu bes. Moser a. a. O.

90) Beseler (o. Fn. 36) 49 ff.

91) Anschaulich beschrieben in Zedlers Universal-Lexikon 9 (1735) 2221 f.; vgl. H. Schulz (o. Fn. 71) 105 ff. Eine zeitgenössische Abbildung bei Moser (o. Fn. 71) S. 38.

92) Reiche Belege bei H. Schulz 105 ff.

93) Vom mittellateinischen *pennale* = Federbüchse, die der angehende Student dem Burschen nachzutragen hatte. Im 19. Jh. in die Schülersprache übernommen; daher „Pennäler“; und „Pennal“ (abgekürzt „Penne“) = Schule. Vgl. etwa Kluge (o. Fn. 23) 538; weit. Lit. o. Fn. 80.

len“ allmählich in die Gemeinsprache ein als Synonym für betrügen, übervorteilen; technisch vor allem bei der Zechprellerei⁹⁴).

IV. Die fahrlässigen Vergehen in der Entwicklung des Strafrechts

1. *Altertum.* Das germanische Strafrecht beruht nach herrschender Ansicht auf dem Gedanken der *Erfolgshaftung*; es bestrafte den mißbilligten Erfolg einer Handlung also ursprünglich ohne Rücksicht auf den vorhandenen oder fehlenden verbrecherischen Willen des Täters⁹⁵). Diese am äußerlich sichtbaren Erfolg haftende rudimentäre Denkweise spiegelt sich in dem Rechtsspruchwort: „Die Tat tötet den Mann“. Allmählich ließ man in bestimmten Fällen typischerweise fehlender rechtswidriger Gesinnung (etwa Tötung beim Baumfällen) den Täter zum Reinigungseid zu und bestrafte die absichtlose Missetat u. U. milder.

Umgekehrt ging das römische Recht seit alters von der Bestrafung des *Willens* aus. Das schon vor den Zwölftafeln von 450 v. Chr. erlassene Mordgesetz des Königs Numa setzte die bewußte Tötungsabsicht, ein Handeln *dolo sciens* voraus. Von einer eventuell noch früheren Periode der Erfolgshaftung haben wir nur unsichere Spuren⁹⁶). Die mörderische Gesinnung bestraft das Mordgesetz Sullas auch bei Versuch und Anstiftung, sowie bei bestimmten als gefährlich betrachteten Vorbereitungshandlungen, wie Herumschleichen mit einer Mordwaffe und Be-

94) In Deutschland nur als Betrug (Eingehungsbetrug) strafbar nach § 263 StGB. Eine besondere Strafvorschrift gegen Zechprellerei enthält das Schweizer StGB in Art. 150. Das österreichische StG bestraft in § 467a als „Prellerei“ das Erschleichen von Beförderungsleistungen entsprechend unserem § 265a StGB. Älteste Vorschriften gegen Zechprellerei bei Dahm (u. Fn. 121) 544, Fn. 22.

95) Vgl. den Abriss der Strafrechtsgeschichte bei Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1⁵ (Heidelberg 1977) § 4 II und H. H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil² (1978) § 10 I; insbes. Eb. Schmidt (o. Fn. 22) §§ 16 ff.; Planitz/Eckhardt, Deutsche Rechtsgeschichte³ (Köln 1971) § 14. Kritisch gegen die herrschende Lehre Ekkehard Kaufmann, Die Erfolgshaftung (Frankfurt 1958); ders., Artikel „Erfolgshaftung“ und „Fahrlässigkeit“, im Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte I (Berlin 1971) 989–1001 und 1045–1049. Vgl. dazu P. Mikat, Erfolgshaftung und Schuldgedanke im Strafrecht der Angelsachsen, in: Festschr. Hellm. v. Weber (Bonn 1963) 9–31, bes. 12 ff.

96) So bei der Körperverletzung in den Zwölftafeln. Dazu (und zum folgenden) eingehend Wacke (o. Fn. 32).

schaffung von Giften in Raub- oder Tötungsabsicht⁹⁷). Die Strafe dafür ist die gleiche wie für vollendeten Mord: *dolus pro facto accipitur*⁹⁸). Dieses römische Willensstrafrecht war dennoch kein reines Gesinnungsstrafrecht. Die deutschen Rechtsprüchewörter „Gedanken sind zollfrei“, „Ums Denken kann man niemand henken“, galten dem Sinne nach auch im römischen Recht: „*Cogitationis poenam nemo patitur*“ sagt Ulpian Dig. 48, 19, 18. Gleichbedeutend sagt Eike von Repgow in seiner gereimten Vorrede zum Sachsenspiegel von 1215: „Man kann falschen Mut nicht sehen, die Tat sei denn dabei“.

Der Vorsatz war damit im römischen noch stärker als im geltenden Recht die Regelschuldform: Der *dolus* war die gesetzlich einzig anerkannte Schuldform schlechthin. Eine zweite, ihr an Bedeutung gleichkommende Schuldform der kriminellen Fahrlässigkeit entwickelten die Römer daneben nicht⁹⁹). An fahrlässige Vergehen knüpften sie grundsätzlich nur die Sanktionen des zivilen Deliktsrechts. Nur in wenigen Fällen eines evidenten kriminalpolitischen Bedürfnisses strafte die Gerichtsmagistrate – wie dargelegt – aufgrund ihrer amtlichen Koerzitionsgewalt auch nicht vorsätzlich handelnde Täter. Da sich die Gerichtsherren dabei behutsam zurückhielten, blieb der Kreis fahrlässiger Straftaten weitaus kleiner als im geltenden Recht¹⁰⁰). Sogar die fahrlässige Tötung blieb grundsätzlich straflos, wie mehrere Kaisererlasse wiederholt betonten¹⁰¹), vor allem die leicht fahrlässige – im Gegensatz zur zivilrechtlichen Haftung nach der *lex Aquilia*, für die *culpa levissima* genügte¹⁰²). Straflos blieben insbesondere die fahrlässige Körperverletzung und die fahrlässige Brandstiftung. War ein fahrlässiger Brandverursacher allerdings nicht zur Schadensersatzleistung in der Lage, so erhielt er ersatzweise eine (leichte) Prügelstrafe, damit bei der Uneinbringlichkeit der zivilrechtlichen Ersatzpflicht seine Nachlässigkeit nicht ohne jede Sanktion blieb¹⁰³).

97) Einzelheiten im Digestentitel 48, 8 zur *lex Cornelia de sicariis*.

98) Paulus Dig. 48, 8, 7.

99) Vgl. Beschütz (o. Fn. 16) 25 f., 28 ff., 42 ff.

100) Überblick über die Fahrlässigkeitsdelikte des StGB bei Schönke/Schröder/Cramer, Strafrechtbuch¹⁹(1978) § 15 RdNr. 102 ff.

101) Zu Hadrian o. Fn. 37 f.; ferner Caracalla, Alexander Severus, Diokletian in Collatio 1, 8–10.

102) Ulpian Dig. 9, 2, 44 pr.: *In lege Aquilia et levissima culpa venit*; dazu Mayer-Maly, Arch. f. d. civilist. Praxis 163 (1964) 114 ff.

103) Dig. 47, 9, 9 und 48, 19, 28, 12 (je a. E.). Aus dem gleichen Grund erhielten vermögens- und ehrlose Beleidiger in schweren Fällen

In Fällen grob fahrlässiger Tötung rechtfertigte man die (wie in unserem Ausgangsfall) seit Hadrian bezeugte extraordinäre Bestrafung mit der erforderlichen Generalprävention. Auf dem Abschreckungsgedanken beruht auch die etwas strengere Bestrafung von Todesfällen, die sich als Folge verabreichter Liebestränke und Abtreibungs- oder empfängnisfördernder Mittel ereigneten¹⁰⁴), weil dort viel schädlicher Aberglaube im Spiel war, den gerissene Geschäftemacher auszunutzen verstanden. Wer derart (nach einem charakteristischen Wortspiel) *non quidem malo animo, sed malo exemplo* handelt, bewegt sich auf unerlaubtem Gebiet und muß wegen dieses *versari in re illicita* auch für die unerwünschten Folgen bestraft werden. Sein schlechtes Beispiel steht stellvertretend für seine fehlende Tötungsabsicht. Im kanonischen Recht drückte man diesen Gedanken aus in dem (heute aufgegebenen) Rechtsspruchwort: *Versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*¹⁰⁵).

Die Abgrenzung der Vorsatztat von nicht vorsätzlichem Handeln, von *dolus* und *casus* (in der dargelegten weiten Bedeutung) war bei dieser Rechtslage weitaus wichtiger als die dogmatische Erfassung des strafbaren Fahrlässigkeitsdelikts, die den Römern – im Unterschied zur *culpa* des zivilen Haftungsrechts – noch nicht gelang. Als Indiz für die Abgrenzung diente außer einer eventuellen Feindschaft zwischen Täter und Opfer (wie im Prellfall) auch die Beschaffenheit des zur Tat verwendeten Werkzeugs¹⁰⁶): Wer mit dem gezückten Schwert oder einer anderen Waffe zustößt, handelt unzweifelhaft mit Tötungsvorsatz. Wer aber im Streit oder in plötzlicher Gemütsaufwallung nach einem gerade greifbaren anderen, wenngleich eisernen Gegenstand langt, dem wird die Mordabsicht meist fehlen. Derartige Affekthandlungen rückten die Römer daher in die Nähe des Fahrlässigkeitsdelikts (anders heute § 213 StGB). Der Vorsatz wurde aber weder vermutet¹⁰⁷) noch bei seiner Nichterweislichkeit eine Verdachts-

ebenfalls eine Prügelstrafe, denn anderenfalls hätten sie nichts zu befürchten gehabt: Dig. 47, 10, 35; F. Raber, Grundlagen klassischer Injurienansprüche (1969) 99 ff.

104) Dig. 48, 8, 3, 2; Pauli Sent. 5, 23, 19.

105) Kollmann, ZStW (o. Fn. 23) 35 (1914) 46–106. Nach § 18 StGB muß der Täter die erschwerende Folge mindestens fahrlässig verursacht haben (sog. Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination).

106) Hadrian in Dig. 48, 8, 1, 3 und Collatio 1, 6, 3.

107) Eine (stets umstrittene) Vorsatzvermutung oder *praesumptio doli* wurde seit dem ausgehenden Mittelalter vielfach angenommen; vgl. W. Engelmann, Die Schuldlehre der Postglossatoren (1895) 127 ff. Im ge-

strafe verhängt¹⁰⁸). Für den Grundsatz *in dubio pro reo* finden sich Ansätze bereits im römischen Strafprozeß, obschon er damals noch kein gefestigtes Prinzip war¹⁰⁹).

2. *Die spätere Entwicklung.* Bei der dogmatisch unzureichenden Erfassung der *culpa*, insbesondere der Zweideutigkeit des *casus*-Begriffs im klassischen römischen Strafrecht, bestand die Aufgabe der oberitalienischen Rechtslehrer seit dem 11./12. Jh. zunächst in der Trennung des vorwerfbaren, weil voraussehbaren ‚*casus improvisus*‘ (Fahrlässigkeit) vom verantwortungsfreien ‚*casus fortuitus*‘ (echter Zufall)¹¹⁰). Unter dem Einfluß des kanonischen Rechts, das alle Schuld mit Kirchenbuße belegte¹¹¹), verkehrte sich die grundsätzliche Straflosigkeit fahrlässiger Taten des antiken römischen Rechts jedoch in der Folgezeit in den gegenteiligen Grundsatz der Strafbarkeit jeder *culpa*¹¹²), ja sogar der *culpa levissima*¹¹³). Auf diese Weise gelangte man zu einem Generaltatbestand der strafbaren Fahrlässigkeit, wie ihn das 1813 von Feuerbach geschaffene bayerische Strafgesetzbuch enthielt¹¹⁴) und ihn in modifizierter Form noch heute das spanische Recht kennt¹¹⁵). Bis in die Naturrechtsepoche hielt man jedoch

meinen Strafprozeß fand sie seit Wenigs grundlegender Abhandlung im Neuen Archiv des Criminalrechts 2 (1818) 194–237 jedoch keine Verteidiger mehr.

108) Gegen Verdachtsstrafen s. Trajans berühmtes Reskript in Dig. 48, 19, 5 pr.: *nec de suspicionibus debere aliquem damnari*, mit der schon auf Aristoteles zurückführbaren Begründung, es sei besser, einen Schuldigen unbestraft zu lassen als einen Unschuldigen zu bestrafen. Vgl. J. G. Wolf, Politik und Gerechtigkeit bei Trajan (1978) 22 f.

109) P. Holtappels, Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes in dubio pro reo (1965); Holzhauser, im Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte II (1978) 350 ff.

110) Engelmann (o. Fn. 73) 207 ff., 214 ff.; Beschütz (o. Fn. 16) 109 ff.; F. Schaffstein, Die allg. Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts (Berlin 1930) 155 ff.; G. Boldt, J. S. F. von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft (1936) 627 ff. Die römischen Quellen verwenden beide Ausdrücke noch gleichbedeutend; vgl. Collatio 1, 9 und 10.

111) Engelmann 210 ff.; Löffler (o. Fn. 16) 136 ff.; Kollmann (o. Fn. 71) 50 ff.

112) Zur umstrittenen Lehre und Praxis Engelmann 224 ff.; Schaffstein 146 ff., 153 ff.

113) Schaffstein 155.

114) Art. 64. Erst später wurde die Generalklausel unter Feuerbachs eigenem Einfluß auf bestimmte Tatbestände eingeschränkt; s. Heinr. Storch, Begriff, Arten und Bestrafung der culpa von Feuerbach bis zum RStGB (Diss. Göttingen 1913) 61 ff.

115) Córdoba Roda, ZStW (o. Fn. 23) 81 (1969) 425 ff., 429 ff.

daran fest, daß nur die vorsätzliche Tat ein *verum crimen* sei, während die fahrlässige als *quasi-delictum* nur mit einer arbiträren *poena extraordinaria* zu bestrafen sei¹¹⁶). Auf Feuerbach zurück geht auch die gebräuchliche, den Römern noch unbekannte Unterscheidung zwischen ‚*luxuria*‘ als bewußter und ‚*neglegentia*‘ als unbewußter Fahrlässigkeit¹¹⁷).

3. *Modernes Recht.* Die Unterscheidung zwischen „echten“ Verbrechen, die Vorsatz voraussetzen, und „unechten“ fahrlässigen Vergehen – dieser letztlich dem klassischen römischen Strafrecht entstammende grundlegende Systemgedanke – wirkt im geltenden Recht fort. Die Tatbestände des modernen Strafrechts erfordern grundsätzlich *Vorsatz* als Regelschuldform. Fahrlässigkeit wird als Ausnahmeschuldform nur in gesetzlich vorgesehenen Sonderfällen bestraft¹¹⁸). Nach § 15 StGB des 1975 neu gefaßten Allgemeinen Teils ist „strafbar nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht“ (wörtlich ebenso § 10 des Ordnungswidrigkeitengesetzes). Diese Norm enthält im ersten Halbsatz zunächst eine gesetzestechnische Vereinfachung¹¹⁹), indem sie es dem Gesetzgeber bei der Aufstellung der Einzeltatbestände im Besonderen Teil erspart, etwas über die innere Tatseite anzuordnen, da sich der Vorsatz für sie damit von selbst versteht. Das im zweiten Halbsatz des § 15 StGB aufgestellte weitere Erfordernis, daß Fahrlässigkeit nur bestraft werden kann, wenn der jeweilige Tatbestand dies *ausdrücklich* vorsieht, bringt für die Entwicklung des materiellen Strafrechts etwas grundlegend Neues. Bisher hatte nämlich der Richter in Zweifelsfällen durch Auslegung des Einzeltatbestandes nach Sinn, Zweck und Systemzusammenhang zu ermitteln, ob nur die vorsätzliche Begehungsweise oder auch die fahrlässige strafbar sei¹²⁰). Vor die-

116) Boldt (o. Fn. 76) 78 ff., 355 ff., 387; Welzel, Strafrecht¹¹(1969) § 18 Einl. S. 127 f.; Kaufmann, Art. Fahrlässigkeit (o. Fn. 61) 1045 ff.

117) Vgl. Jescheck (o. Fn. 95) § 54 II, Fn. 29. Die Vorstellung einer „bewußten *culpa*“ war allerdings schon lange vor Feuerbach geläufig, s. Engelmann 198 ff. In den römischen Quellen bedeutet *luxuria* (wie *lascivia* oder *culpa lata*) einfach „schwere Schuld“.

118) Baumann/Weber, Strafrecht Allg. Teil⁸(1977) §§ 26 I, 28 I.

119) Nur in diesem Sinne deutet die Vorschrift (wohl zu eng) Lackner, Strafgesetzbuch¹²(1978) § 15 Anm. 1.

120) Relevant war die Frage vor allem bei den früheren Übertretungen und bei der Baugefährdung nach § 330 StGB a. F.; vgl. RGSt 48, 118; BGHSt 6, 132; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch¹⁷(1974) § 59 Anm. 149.

sem Auslegungsproblem stand der Richter – zum Nachteil der Rechtsgewißheit für den Angeklagten – seit jeher: Die oberitalienischen Statuten z. B. bedrohten oft nur die Tat als solche mit Strafe; da sie aber nichts über *dolus* oder *culpa* anordneten (oder *culpa* nur im allgemeinen Sinne des Verschuldens voraussetzten), stritten die mit deren Auslegung befaßten Juristen nicht selten über diese Anforderungen an die innere Tatseite¹²¹). Bei den Pendelschlägen, die die Bestrafung der Fahrlässigkeit in der juristischen Dogmengeschichte die Jahrhunderte hin durchlief (vgl. soeben sub 2), nähert sich ein jüngst unterbreiteter, wenngleich umstrittener Reformvorschlag schließlich wieder dem römischen Recht an, „geringfügige“ Fahrlässigkeit straffrei zu lassen und nicht vorsätzliches Handeln damit teilweise zu entkriminalisieren¹²²).

Köln

Andreas Wacke

¹²¹) Engelmann § 32; G. Dahm, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter (Berlin 1931) 271 ff., bes. 276 ff.

¹²²) So der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil ²(1969) § 16 II (mit Begründung S. 53). Lit. über das Für und Wider bei Jescheck (o. Fn. 95) § 54 II 2 a.E., S. 462 Fn. 40. Mit „geringfügiger“ Fahrlässigkeit ist eine besonders leichte gemeint, also etwa *culpa levissima*. Auch in den USA und der DDR ist die Strafbarkeit der leichten Fahrlässigkeit eingeschränkt, s. den rechtsvergleichenden Überblick bei Jescheck § 54 V S. 466. Ablehnend zu § 16 II A.E. Schmidhäuser, Strafrecht Allg. Teil ²(1975) § 10/111 a.E. S. 448, unter Hinweis auf die ausreichenden Möglichkeiten der Strafaussetzung zur Bewährung und der Verwarnung mit Strafvorbehalt. Vgl. überdies die Möglichkeiten zu Einstellung des Strafverfahrens nach §§ 153 ff. StPO.