

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge • Band 178

Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre

**Täterschaft und Teilnahme im
römischen Strafrecht**

Von

Dennis Bock



Duncker & Humblot • Berlin

DENNIS BOCK

Römischesrechtliche Ausgangspunkte
der strafrechtlichen Beteiligungslehre

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)

em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von Dr. Dr. h. c. (Breslau) Friedrich-Christian Schroeder

ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 178

Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre

Täterschaft und Teilnahme im
römischen Strafrecht

Von

Dennis Bock



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Andreas Hoyer, Kiel

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
hat diese Arbeit im Wintersemester 2005 / 2006 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Selignow Verlagsservice, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 3-428-12155-4
978-3-428-12155-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern
Axel und Bärbel Bock

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2005/06 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen.

Herzlich danken möchte ich meinem strafrechtlichen Lehrer Herrn Prof. Dr. Andreas Hoyer, der mir an seinem Lehrstuhl genügend Möglichkeit gab, mich der strafrechtshistorischen Untersuchung intensiv zu widmen, und der fachlich und menschlich stets zur Seite stand.

Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Hans-Ludwig Günther: Er ermöglichte mir, in Tübingen zu forschen und den Grundstein für meine Arbeit zu legen. Herrn Priv.-Doz. Dr. Volker Haas danke ich sehr für die vielen Gespräche und die sich daraus ergebenden überaus reichhaltigen und wertvollen Anregungen für meine Arbeit.

Herrn Prof. Dr. Meyer-Pritzl danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens und besonders dafür, dass er mein Interesse an der Rechtsgeschichte weckte und vielfältig förderte. Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas Wacke, LL.D. h.c., sei für seine freundliche Hilfe bei der Heranziehung romanistischer Literatur gedankt. Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Friedrich-Christian Schroeder danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge“.

Kiel, im Mai 2006

Dennis Bock

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
A. Die strafrechtliche Fragestellung	15
B. Die Ziele dieser rechtshistorischen Arbeit	16
I. Die Wiedereinbeziehung des römischen Strafrechts in Romanistik, Strafrechtsgeschichte und Strafrecht	16
II. Vom römischen Strafrecht zur europäischen Strafrechtslehre des Gemeinrechts	21
III. Der Nutzen der Strafrechtsgeschichte	23
IV. Der Nutzen des römischen Strafrechts insbesondere: Europäisierung in der Tradition des Gemeinrechts	25
C. Der Gang der Darstellung	27
D. Die Behandlung der Quellen	28

1. Teil

Das Grundprinzip der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

A. Tatbestandsspezifische Abgrenzung	31
I. Echte Sonderdelikte	31
II. Eigenhändige Delikte	32
B. Die Abgrenzung bei den Allgemeindelikten	35

2. Teil

Die Täterschaft

A. Die unmittelbare Täterschaft	39
I. Einzelne Substantive	39
1. Der <i>factor sceleris</i>	40
2. Der <i>peccator</i>	41
3. Der <i>princeps delicti</i> , der <i>principalis reus</i> und der <i>princeps et architectus sceleris</i>	41
4. <i>Nocens</i>	43
5. Besondere Ausdrücke bei einzelnen Straftaten	43
6. Der <i>auctor</i>	45

II. Umschreibungen	48
III. Die Formel <i>ope consilio</i> als Ausdruck der Täterschaft	51
1. <i>Ope consilio furtum factum</i>	51
2. <i>Ope consilio dolo malo factum</i> beim <i>lenocinium</i> und beim <i>crimen maiestatis</i>	53
IV. Der <i>minister</i>	54
1. Die juristischen Quellen	55
a) Die <i>Digesten</i>	55
b) Exkurs: die Strafbarkeit des Sklaven als <i>minister</i>	57
c) Die Konstitutionen und Novellen	62
2. Die literarischen Quellen	65
3. Die Ansichten in der Literatur; Ergebnis	66
B. Die mittelbare Täterschaft	67
I. Terminologie	68
II. Die mittelbare Täterschaft kraft überlegenen Wissens	68
1. Das vorsatzlos handelnde Werkzeug	69
2. Das gerechtfertigte Werkzeug	70
III. Die mittelbare Täterschaft kraft überlegenen Willens	71
1. Der staatliche Befehl	73
2. Der Befehl des Herrn gegenüber seinen Sklaven	74
3. Der Befehl des Hausvaters gegenüber seinem Hauskind	77
C. Mittäterschaft	78
I. Die gemeinsame Tatausführung: der Tatbeitrag	79
1. Der <i>socius, sociare</i>	79
2. Der <i>particeps</i>	84
3. Der <i>comitatus</i>	88
4. Der <i>consciis</i>	90
a) Die juristischen Quellen	90
b) Die literarischen Quellen	98
5. Der <i>minister</i>	99
6. Der <i>satelles</i>	101
7. Der <i>ascitus</i>	101
8. Der <i>complex</i>	101
9. Der <i>consors</i>	102
10. Umschreibungen mit <i>plures</i>	102
11. Umschreibungen mit <i>cum</i>	106
12. <i>Coire</i>	107
a) <i>Coire</i> zum <i>falsum</i>	107
b) <i>Coire</i> zur <i>annona</i>	109
c) <i>Coire</i> von Dieben mit Reedern bzw. Gast- und Schankwirten	110
13. Die <i>conspiratio</i>	111
14. Die <i>factio</i> und die <i>communio criminis</i>	112
15. Die Ladung vor Gericht: das Problem mit D. 47, 2, 67, 2	113
16. Das Verfolgen eines Pfaus: das Problem mit D. 47, 2, 37	114
17. Sonstige Umschreibungen	114
II. Der Entschluss zur gemeinsamen Tat	116

1. Das <i>commune consilium</i>	116
2. Schlussfolgerungen aus den verwendeten Begriffen und Umschreibungen	117

3. Teil

Die Teilnahme

120

A. Der Strafgrund der Teilnahme	120
B. Die Akzessorietät der Teilnahme	122
I. Das Erfordernis der Haupttat	122
1. Die Privatdelikte	122
2. Die übrigen Straftaten	128
3. Die Qualität der Haupttat	128
II. Die Limitierung der Akzessorietät: die Zurechnung der Merkmale der Haupttat	129
1. Das <i>furtum</i> der Ehefrau an Sachen ihres Ehemannes	129
2. Das <i>furtum</i> der Sklaven und Hauskinder an Sachen des Gewaltinhabers ..	132
3. Das <i>parricidium</i> als Verwandtenmord	133
4. Das <i>furtum manifestum</i>	134
C. Die Teilnahmefähigkeit des Teilnehmers	134
D. Der Teilnahmevorsatz	135
I. Die Konzeption der <i>veteres</i> : „complicità preterintenzionale“	136
II. Das klassische Recht: die herrschende Meinung	139
1. Vorsatz hinsichtlich der Haupttat	139
2. Erfordernis eines gemeinsamen Tatplans?	143
III. Das klassische Recht: die Meinung des Celsus, D.47, 2, 50, 1	144
IV. Die Kaiserkonstitutionen	146
V. Der Exzess des Haupttäters	148
E. Die Anstiftung	149
I. Die Anstiftungshandlung: die verschiedenen Begriffe in den römischen Quellen	149
1. Die Formel <i>ope consilio</i>	149
a) <i>Consilium</i> und <i>ops</i> als Begriffe der Anstiftung	149
aa) Konjunktive oder disjunktive Interpretation?	150
bb) Der begriffliche Inhalt von <i>ops</i> und <i>consilium</i>	151
b) Die Anforderungen an die Intensität einer Anstiftung mittels <i>consilium</i> aa) Straflosigkeit reiner Anstiftung – die restriktiven Auffassungen ...	156
bb) Strafbarkeit der Anstiftung – die extensiven Auffassungen	158
cc) Die einschlägigen Quellen – Diskussion	158
2. <i>Curare</i>	162
3. <i>Dolo malo fieri</i> und ähnliche Ausdrücke	165
4. Der <i>auctor</i>	170
5. Das <i>mandatum</i>	170

6. <i>Suadere</i> und <i>persuadere</i>	175
7. <i>Sollicitare</i> und <i>sollicitator</i>	178
8. <i>Iubere</i> und <i>imperare</i>	179
9. Der <i>repertor</i>	180
10. Das Dingen eines Söldners	181
11. <i>Instinctus</i>	181
12. <i>Causam praestare, praebere</i> und <i>dare</i>	181
13. <i>Concitare</i> und <i>summittere</i>	182
14. <i>Conducere, commodare, locare</i>	183
15. <i>Hortari</i> und <i>perpellere</i>	184
16. <i>Monere</i>	185
17. <i>Rogare</i>	185
18. <i>Instigare</i>	185
19. Umschreibungen	186
II. Der Widerruf der anstiftenden Äußerung	187
III. Die Einwirkung auf Tatentschlossene (<i>omnimodo facturi</i>)	189
F. Die Beihilfe	190
I. Die Beihilfehandlung	190
1. Die Formel <i>ope consilio</i>	191
a) Allgemeines	191
b) Die beihilfespezifische Kasuistik zur <i>ops</i> und zum <i>consilium</i>	193
aa) Das Schlagen von Münzen aus der Hand (<i>nummos excutere</i>)	194
bb) Das Versperren des Weges (<i>obstare</i>)	195
cc) Das Verjagen von Tieren (<i>oves aut boves fugare</i>)	196
dd) Das Anlegen von Leitern (<i>scalas fenestris supponere</i>)	196
ee) Das Aufbrechen der Fenster oder der Haustür (<i>fenestras vel ostium effringere</i>)	196
ff) Das Verleihen von Werkzeug oder Leitern (<i>ferramenta aut scalas commodare</i>)	196
gg) Das Unterschieben eines anderen Schuldners (<i>alium Titium subicere</i>)	197
2. <i>Curare</i> und <i>cuius dolo malo fieri</i>	198
3. Der <i>minster</i> und der <i>socius</i>	198
4. Der <i>particeps</i>	199
5. Der <i>consciis</i>	199
6. <i>Auxilium</i>	199
7. <i>Adiutor, iuvare, adiuvar</i>	199
8. <i>Studium</i>	200
9. <i>Sinus</i>	200
10. Der <i>satelles</i>	201
11. Der <i>auctor</i>	201
12. <i>Causam praestare, praebere</i> und <i>dare</i>	201
13. <i>Hortari</i> und <i>monstrare</i>	201
14. Das Zur-Verfügung-Stellen des Tatorts	202

a) Die Sexualstraftaten: <i>adulterium</i> bzw. <i>lenocinium</i> , <i>incestum</i> und Kastration	202
b) Die Geldfälschung	204
c) Die Ketzerei und der Paganismus	204
d) Die <i>susceptores</i> beim Würfelspiel	205
15. Die Vermittlung eines strafbaren Kontaktes: der <i>medius</i> oder <i>mediator</i> ...	206
16. Weitere Umschreibungen	206
II. Der Zusammenhang zwischen Beihilfehandlung und Haupttat	209
G. Der Versuch der Teilnahme	210
H. Die Strafe für Teilnahme	211
I. Der Grundsatz: gleiche Strafbarkeit aller Beteiligten	211
II. Die Ausnahmen: Strafmilderungen bei bloßer Teilnahme	213

4. Teil

Sonderfälle

215

A. Die negative Teilnahme – Teilnahme durch Unterlassen	215
I. Der Ausgangspunkt: Straflosigkeit	215
II. Ausnahmen	216
1. Hausväter und Sklavenhalter	216
2. Amtsträger	217
3. Besonders schwere Straftaten	217
B. Die nachträgliche Teilnahme oder nachträgliche Beihilfe – Anschlussdelikte	218
C. Die <i>ratihabito</i> – Teilnahme durch Billigung der Tat	221
I. Der Gegenstand der Genehmigung	221
II. Die Frage der Verallgemeinerungsfähigkeit	223
III. Sonderfälle	224

5. Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse

226

Quellenregister	234
Literaturverzeichnis	246
Sachwortverzeichnis	261

Einleitung

A. Die strafrechtliche Fragestellung

Wirken mehrere Personen an einer Straftat mit, stellt sich hinsichtlich eines jeden dieser Mitwirkenden die Frage, wie das durch den Tatbeitrag verwirklichte tatbestandsmäßige Unrecht zuzurechnen ist. Von wenigen Ausnahmen abgesehen (z. B. § 121 StGB, §§ 27, 28 WStG) gehen die Straftatbestände des deutschen Strafrechts bei der Umschreibung des tatbestandlichen Verhaltens von einem einzelnen Täter aus. Bei der Normierung der verschiedenen Tatbestände und der Beschreibung des strafbaren Verhaltens orientierte sich der Gesetzgeber aus Gründen der Vereinfachung und der notwendigen Abstraktion stets am verantwortlich agierenden Alleintäter. Dies ergibt sich aus der Formulierung der Deliktstatbestände. Täter ist beispielsweise, wer eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt (§ 223 I StGB). Unwillkürlich hat man in der exemplarischen Konkretisierung des abstrakten Normbefehls einen einzelnen Täter vor Augen. Gesetzliches Leitbild ist somit zwar der unmittelbar handelnde Alleintäter – bisweilen jedoch handelt der Täter in Verbindung mit anderen Personen, wie auch immer diese Verbindung aussehen mag.

Vielfältige Beiträge zur Tat müssen angemessen strafrechtlich erfasst werden. Die Problematik dieser Zurechnung ist Gegenstand der Lehre von Täterschaft und Teilnahme. Zwei Grundprobleme sind insofern zu lösen.¹ Fraglich ist zum einen, inwiefern der Tatbestand, der bezüglich eines unmittelbar selbst handelnden Täters formuliert ist, auf die Personen, die an der Tat mitwirken, anzuwenden ist. Zum anderen muss festgelegt werden, wie die unterschiedlichen Formen der Mitwirkung an der Tat bei der Bemessung der zu verhängenden Strafe zu berücksichtigen sind. Hierbei gibt es aus heutiger strafrechtsdogmatischer Sicht zwei Möglichkeiten, diese strafrechtliche Verantwortlichkeit aufzuteilen: Beteiligungssystem und Einheitstätersystem.² Die erste Möglichkeit besteht darin, bereits auf der Tatbestandsseite zwischen täterschaftlicher Tatbegehung und bloßer Teilnahme an der Tat zu differenzieren. An diesem Täterschafts- und Teilnahme-System ist das deutsche StGB ausgerichtet. In den §§ 25 ff. StGB wird hiernach eine Zweiteilung festgelegt: der Beteiligte ist entweder Täter nach § 25 StGB oder Teilnehmer, §§ 26, 27 StGB. Dieses dualistische

¹ *Kienapfel*, Prinzip, S. 1 spricht von der Doppelnatur der Mitwirkung.

² Vgl. nur *Hoyer*, in: SK, vor § 25 Rn. 5 ff.; *Wessels/Beulke*, Rn. 505 f.; *Gropp*, AT, § 10 Rn. 12 ff.

Beteiligungssystem ist jedoch weder selbstverständlich noch logisch notwendig.³ Als begriffliches Gegenstück zum dualistischen System lässt sich ein monistisches System erfassen, das gerade nicht zwischen Tätern und Teilnehmern dogmatisch differenziert, sondern jede Mitwirkung, unabhängig von dem Gewicht ihres Tatbeitrags, als Täterschaft auffasst: das Einheitstätersystem.⁴ Unterschiede im Gewicht der Tatbeiträge werden hierbei allenfalls im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt. Dieser Einheitstäterbegriff ist geltendes Strafrecht in mehreren europäischen Ländern: die herrschende Strafrechtslehre sieht in § 12 öStGB⁵ die Normierung einer Einheitstäterschaft⁶; ebenso in Art. 110⁷ des italienischen Codice Penale⁸ und § 23 I 1 des dänischen StGB.⁹ Die Lösung der beteiligungsrechtlichen Grundprobleme fällt somit bereits gegenwärtig und schon innerhalb Europas verschieden aus; wie aber stand es früher um diese Dinge?

B. Die Ziele dieser rechtshistorischen Arbeit

Die vorliegende Arbeit macht es sich zur Aufgabe, die deutsche Lehre von Täterschaft und Teilnahme, als exemplarischen Teilbereich der Strafrechtswissenschaft, zu ihren historischen Grundlagen zurückzuverfolgen. Über die Darstellung des thematischen Sachgehaltes hinaus hegt die Untersuchung vier übergeordnete Ziele.

I. Die Wiedereinbeziehung des römischen Strafrechts in Romanistik, Strafrechtsgeschichte und Strafrecht

Das Aufspüren des historischen Weges der Beteiligungslehre soll weiter und in einer anderen Richtung geschehen als es gemeinhin der Fall ist¹⁰: Ausgangspunkt soll nämlich bereits das römische Strafrecht sein, wie es uns vor allem im *Corpus Iuris Civilis* des Kaisers Justinian¹¹, aber auch in anderen juristischen und literarischen Quellen, überliefert ist.

³ Geerds, S. 174; Seier, S. 342.

⁴ Statt vieler Hoyer, in: SK, vor § 25 Rn. 5; Lackner/Kühl, vor § 25 Rn. 1; Detzer, S. 63.

⁵ „Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt.“

⁶ Näher Triffterer, S. 48 ff.; Kienapfel, Strafrecht, S. 125 f.

⁷ „Nehmen mehrere Personen an derselben strafbaren Handlung teil, so unterliegt jede von ihnen der für diese angedrohten Strafe“, zit. nach Riz.

⁸ Bettiol, S. 527 f.; Detzer, S. 112 ff.

⁹ „Unter die für eine Straftat geltende Strafvorschrift fallen alle, die durch Anstiftung, Rat oder Tat daran mitgewirkt haben“, zit. nach Cornils/Greve, S. 30; dort auch im dänischen Original.

¹⁰ Vgl. aber Bloy, S. 46 ff.

¹¹ Zum *Corpus Iuris Civilis* und zum Kaiser Justinian etwa Waldstein/Rainer, § 43; Kunkel/Schermaier, S. 308 ff.; Bretone, S. 251 ff.; ausführlich Archi, Giustiniano, S. 5 ff.

Dem römischen Strafrecht wird in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft nur geringe Aufmerksamkeit entgegengebracht. Während es unzählige deutsche Schriften zum römischen öffentlichen Recht und Zivilrecht gibt, wurde und wird dem römischen Strafrecht hingegen eine Randstellung zuteil. Das römische Strafrecht ist ein Stiefkind im Schatten des Privatrechts.¹² Dies gilt für das materielle römische Strafrecht in noch stärkerem Maße als für das Prozessrecht. Das letzte deutschsprachige Gesamtwerk zum römischen Strafrecht, Theodor Mommsens¹³ „Römisches Strafrecht“¹⁴, ist bereits mehr als hundert Jahre alt¹⁵, auch die Anzahl neuerer Einzeluntersuchungen hält sich in Grenzen.¹⁶ In den Lehrbüchern zur römischen Rechtsgeschichte nimmt die römische Strafrechtsgeschichte nur einen Bruchteil ein¹⁷, das Gleiche gilt für manche Werke, die ausweislich ihres Titels das (gesamte) römische Recht darstellen.¹⁸ Auch in den heutigen Büchern zur Strafrechtsgeschichte wird dem römischen Strafrecht, anders als früher üblich¹⁹, in der Regel wenig Raum gegeben.²⁰

Diese Vernachlässigung mag im Wesentlichen auf der überragenden Bedeutung des römischen Zivilrechts für die Entwicklung des geltenden Privatrechts und der daher üblichen Verknüpfung romanistischer und zivilrechtlicher Lehrstühle basieren, dazu kommen sprachliche Schwellenängste, eine Rolle spielt natürlich auch der große zeitliche Abstand, der auf den ersten Blick eine nur noch geringe Bedeutung für das heutige Strafrecht indiziert. Letzteres trifft aber bei Lichte besehen und bei näherer Betrachtung der strafrechtlichen Entwicklungsstränge nicht zu.²¹ Eine große Anzahl von Prinzipien des geltenden Strafrechts ist im römischen Recht verwurzelt,

¹² So Molnar, S. 207; vgl. auch Platner, S. V: „paene neglecta“; Brasiello, *Repressione*, S. 3: „vasto e poco esplorato“; ders., *Sviluppo*, S. 55; Centola, *Studi*, S. 500; Laboulaye, S. I („insuffisance“); Benedek, *Anstifter*, S. 60 („auffällig gemieden“), der dies damit erklärt, dass die Juristen in der öffentlichen Strafgerichtsbarkeit keine Respondiertätigkeit ausgeübt hätten.; vgl. auch denselben, *Täterschaft*, S. 229.

¹³ Ausführlich zu Theodor Mommsen vgl. die mehrbändige Biographie Wickerts.

¹⁴ Zu diesem epochalen Werk ausführlich Masiello, S. 11 ff.; Venturini, S. 11 ff.

¹⁵ Dagegen in englischer Sprache zuletzt Robinson, *Criminal Law*, in italienischer *Santa-lucia*.

¹⁶ Vgl. allgemein Robinson, *Criminal Law*, S. 161 ff.; Waldstein/Rainer, S. 11; Übersichten über neuere italienische Forschungen geben Archi, *Studi*, S. 1395 ff. und Centola, *Studi*, S. 499 ff.

¹⁷ Vgl. den in Relation zu den anderen Gebieten geringen Raum, den etwa Waldstein/Rainer § 12 dem römischen Strafrecht einräumen.

¹⁸ Nur die Privatdelikte bei Mayer-Maly, S. 161 ff. und Honsell, S. 166 ff.; bei Liebs, *Recht*, jedoch S. 188 ff.; ebenso Wilinski, S. 89 ff.; vgl. auch Wacke (einer der wenigen lebenden deutschen Romanisten, die sich auch mit dem römischen Strafrecht befassen), *Versuch*: „Römisches Strafrecht“ beschäftigt sich nur noch selten mit dem Strafrecht.

¹⁹ Bar, S. 3 ff., Geib, *Lehrbuch I*, S. 7 ff.; Hippel, I S. 54 ff.; Köstlin, *Geschichte*, S. 1 ff.

²⁰ Rüping/Jerouschek lassen diese aus.

²¹ Vgl. Allfeld, S. 32; Fuchs, S. 21 ff.