

Meinen lieben Eltern

Rehaag

Prinzipien von Täterschaft und Teilnahme

Kriminologische Forschungsberichte

Herausgegeben von Hans-Jörg Albrecht
und Günther Kaiser

Band K 142



Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Strafrecht

Prinzipien von Täterschaft und Teilnahme in europäischer Rechtstradition

Constantin Rehaag



Duncker & Humblot • Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

DOI <https://doi.org/10.30709/978-3-86113-094-9>

Alle Rechte vorbehalten

© 2009 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.
c/o Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht
Günterstalstraße 73, 79100 Freiburg i.Br.

<http://www.mpicc.de>

Vertrieb in Gemeinschaft mit Duncker & Humblot GmbH, Berlin

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

Umschlagbild: ‚Gemeinsam Gegeneinander‘. Mit freundlicher Genehmigung von
Frau Sylvelin Rehaag

Druck: Stückle Druck und Verlag, Stückle-Straße 1, 77955 Ettenheim
Printed in Germany

ISSN 1861-5937

ISBN 978-3-86113-094-9 (Max-Planck-Institut)

ISBN 978-3-428-13056-6 (Duncker & Humblot)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2006 von der juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i. Br. als Inaugural-Dissertation angenommen.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinen Eltern. Ihre liebevolle Erziehung und Fürsorge sind die Grundlage meiner Ausbildung gewesen. Mein herzlicher Dank gilt meiner lieben Frau, die mir unermüdlicher Antrieb und kluge Gesprächspartnerin bei der Erstellung dieser Arbeit gewesen ist. Mein Großvater Dr. Alfons Rehaag hat meinen Aufenthalt an der University of Wales/Cardiff zusätzlich gefördert und damit einen Beitrag dazu geleistet, dass ich mich schon während meines Studiums vertieft mit dem englischen Recht beschäftigen konnte. Dafür sei ihm sehr gedankt. Für die ganz praktische Unterstützung, die sie mir gewährt haben, danke ich meinen Schwiegereltern recht herzlich.

Zu Dank bin ich meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. jur. Dr. h.c. Hans-Jörg Albrecht verpflichtet. Sein Rat und Beistand haben mir sehr geholfen. Schließlich danke ich Herrn Professor Dr. jur. Dr. h.c. Ulrich Sieber für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Einführung – Zielsetzung der Arbeit und Vorgehensweise	1
1. Teil: Das römische Recht	5
I. Einleitung	5
II. Diachronischer Ansatz der Untersuchung	9
1. Kapitel: Täterschaft und Teilnahme im Recht der Zwölftafeln	11
I. Die Voraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in frühromischer Zeit – Die unmittelbare Täterschaft.....	11
1. Das Tatsubjekt.....	11
a) Der römische Bürger	11
b) <i>Infans, impuber</i> und Frauen.....	12
c) Sklaven	12
d) <i>Furiosus</i>	13
e) Ausländer.....	13
f) Delikte, die eine besondere Eigenschaft des Täters voraussetzen.....	14
aa) Bruch des Treuebundes	14
bb) Vorteilsannahme	15
cc) Falschaussage	16
dd) Zusammenfassung	17
2. Die Beziehung zwischen Tat und Täter: Kausalität und Verschulden.....	17
a) Kausalität	17

aa)	Die Kausalität in der <i>Lex Aquilia</i>	18
bb)	Generalisierbarkeit des engen Kausalitätserfordernisses?	21
	(1) Die Ansicht NÖRRS zur Kausalität in der Zwölftafelzeit.....	21
	(2) Kritik an der Auffassung NÖRRS	22
	(3) Entwicklungsgeschichte	24
	(4) Die Beweisproblematik	26
	(5) Rechtsfolgen.....	27
	(6) Gesetzesformulierung	28
	(7) Folgerungen.....	30
b)	Verschulden im altrömischen Recht.....	31
aa)	<i>Dolus</i>	31
bb)	Zweifelhafte Fälle: typisierter <i>dolus</i> oder Erfolgshaftung?	33
	(1) Die strenge Erfolgshaftung	34
	(2) Kritik	34
	(3) VÖLKLS Ansicht.....	36
	(4) Kritik der Ansicht VÖLKLS	37
	(5) Typisierter <i>dolus</i>	38
cc)	Ergebnis	39
3.	Die Rechtswidrigkeit der Tat – Tab. I, 15 (VIII, 4) als Lösung der Frage nach einem Rechtfertigungsgrund?.....	40
a)	Problemaufriss und h.M.	40
b)	Kritik an der h.M.	41
c)	Argumente zugunsten der h.M.	42
II.	Die Tatbegehung durch einen anderen, die Mittäterschaft und die Teilnahme im frühen römischen Recht	43
1.	Handeln durch einen anderen – Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft in der Zwölftafelzeit.....	44
a)	Der Handelnde.....	44
b)	Der mittelbare Täter.....	45

c) Die Noxalhaftung als funktionale Entsprechung zu einer Strafbarekeit des mittelbaren Täters.....	45
d) Der Befehl des Herrn an den Sklaven und die Noxalklage	47
e) Überwindung der unmittelbaren Kausalität durch entsprechende Anwendung der Noxalklage?	49
2. Mittäter	50
a) Das arbeitsteilige Vorgehen.....	50
b) Alleinige Verwirklichung des Tatbestandes.....	51
3. Anstiftung und Hilfeleistung.....	51
4. Zwischenergebnis	52
III. <i>Furtum</i>	52
1. <i>Furtum manifestum</i>	52
a) Der objektive Tatbestand.....	53
b) Der subjektive Tatbestand	54
c) Die handhafte Tat: <i>manifestum</i>	55
2. <i>Furtum conceptum und Furtum oblatum</i>	56
a) Die Voraussetzungen des <i>furtum conceptum</i>	57
b) Die Bestrafung des unmittelbaren Täters	60
3. <i>Furtum nec manifestum</i>	60
a) <i>Furtum nec manifestum</i> – ein Fall des <i>furtum</i> ?	60
aa) Die Auffassung YARONS.....	61
bb) Kritik der Ansicht YARONS.....	62
cc) Die Ansicht WATSONS.....	63
dd) Die zur Zwölftafelzeit voll ausgebildete Behandlung von Täterschaft und Teilnahme	64
b) Inhalt des <i>furtum nec manifestum</i> auf Grundlage der Rekonstruktion der herrschenden Ansicht.....	68
aa) Von dem Tatbestand des <i>furtum nec manifestum</i> erfasste Fallgruppen	69
bb) Zwischenergebnis	70

IV. Ergebnis des 1. Kapitels	71
2. Kapitel: Justinianisches Recht	73
I. Zeitliche Einordnung des Untersuchungsgegenstandes	73
II. Die Haftung des unmittelbaren Täters.....	73
1. <i>Actus reus</i>	73
a) Tun oder Unterlassen.....	73
b) Kausalität	74
c) Rechtswidrigkeit und Verschulden.....	75
aa) Der subjektive Tatbestand - Unterscheidung von öffentlichem und privatem Strafrecht	77
(1) Das öffentliche Strafrecht.....	77
(a) Die Komponenten des <i>dolus malus</i>	79
(aa) Die Gegenstände des Wissenselements	79
(bb) Die Auffassungen BINDINGS und PERNICES.....	81
(cc) Kritik und eigene Auffassung	81
(dd) Der Wille.....	82
(ee) Die Wissentlichkeit.....	83
(ff) Erfassung weiterer Vorsatzformen?.....	83
(gg) Zusammenfassung.....	84
(2) Das private Strafrecht	84
bb) Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung	86
(1) Voraussetzungen und Folgen der Notwehr	88
(2) Weitere Verteidigungen.....	90
2. Personen - Tatobjekt und Tatsubjekt.....	91
3. Versuch.....	92
4. Zusammenfassung	94
III. Die Beteiligung mehrerer an einer Straftat nach justinianischem Recht.....	94
1. Fälle, in denen mehrere am Ort der Tat zusammenwirken und für den Erfolgseintritt unmittelbar kausal sind	94

a) Die Schlägerei.....	94
b) Der Balkenwurf.....	96
c) Die Baumfällung.....	98
aa) Der Sachverhalt.....	98
bb) Die subjektive Seite des Tatbestands – Konkurrenz und <i>furtim</i>	99
cc) Zusammenfassung hinsichtlich der strafbaren Baumfällung	100
2. Arbeitsteiliges Vorgehen beim eigenhändigen Handeln mehrerer	101
3. Zusammenfassung	102
4. Handeln durch einen anderen – das Handeln auf Befehl	103
a) Die Wirkung des Befehls für den Befehlsempfänger, wenn dieser eine rechtswidrige Tat begeht	104
b) <i>Ignoscitur</i>	104
aa) Cicero und die Wirkung des Befehls.....	105
bb) Quintilian und die Wirkung des Befehls	107
cc) Die Wirkung des Befehls in der <i>rhetorica ad herrenium</i>	107
dd) <i>Venia</i>	108
ee) Zusammenfassung zur Wirkung des Befehls	110
c) Strafflosigkeit des Befehlsempfängers.....	110
aa) Das <i>imperium</i> und die militärische Kommandogewalt	111
(1) Prinzip des absoluten Gehorsams gegenüber dem militärischen Vorgesetzten	111
(2) Die Verteidigung des Befehlsnotstands als Korrelat unbedingten Gehorsams.....	114
(3) Erforderlichkeit eines subjektiven Elements: Die Annahme der Rechtmäßigkeit des Befehls.....	116
(4) Kritik und eigene Ansicht.....	116
bb) Die Amtsgewalt.....	117
cc) Die <i>patria potestas</i> und die <i>potestas domini</i>	119
(1) Der Befehl an den Gewaltunterworfenen	120
(2) Reichweite des Vorsatzausschlusses – die Problematik von D.50.17.157 pr. (Ulpianus 71 ad ed.)	121
(a) Die Ansicht LEVYS	123
(b) Die Ansicht FALCHIS	123

(c)	Kritik	124
(3)	Abgrenzung zum wissenden Herrn und die Pönalklage gegen den Freigelassenen	126
(a)	Der nichtsahnende Herr.....	127
(b)	Der wissende, aber untätige Herr	127
(c)	Die Klassikerkontroverse um die Behandlung des wissenden, aber untätigen Herren	128
(d)	Zusammenfassung der Ansicht Ulpianus.....	131
(e)	Konsequenz der haftungsrechtlichen Bestimmungen: als Zusammenwirken von Herrn und Sklaven	132
(4)	Zusammenfassung	133
dd)	Die schuldrechtliche Begründung eines <i>ius imperandi</i> : Der Vermögensverwalter (<i>procurator</i>) und der Auftrag (<i>mandatum</i>)...	134
ee)	Die <i>mercenarii</i>	136
ff)	Weitere Rechtsverhältnisse gleicher Wirkung	137
(1)	<i>Mancipium – tutor – curator</i>	137
(2)	Die <i>coloni</i> im Ostrecht.....	138
d)	Der Vorsatz des mittelbaren Täters	140
5.	Verletzung eines Herrn oder <i>pater familias – potestas</i> , mittelbare Beleidigung und Beleidigung in mittelbarer Täterschaft	140
a)	Die Mittelung der Beleidigung durch einen Handelnden	141
aa)	Die erste Fallvariante: Fehlende Zustimmung und vorsatzloses Handeln.....	142
bb)	Die zweite Fallvariante: Einwilligung des Sohns.....	144
cc)	Zwischenergebnis.....	145
b)	Der Vorsatz des Hintermanns	145
c)	Zusammenfassung	146
6.	Handeln durch einen anderen – der <i>dolo incapax</i>	146
7.	Handeln durch einen anderen – der vorsatzlos handelnde <i>puber</i>	146
a)	Der Irrende	147
b)	Handeln durch einen anderen - das erzwungene Handeln (Nötigungsnotstand)	147
8.	Zusammenfassung zur Täterschaft	148
9.	Die Formel <i>ope consilio</i> und die Behandlung der Teilnahme am <i>furtum</i>	149

a)	Inhalt der Formel <i>ope consilio</i>	149
b)	Die Vortat - Voraussetzungen des <i>furtum, quod ipse facitur</i>	151
aa)	Überblick über die Entwicklung des <i>furtum</i>	151
bb)	Die Tathandlung – <i>contrectatio</i> als Voraussetzung des <i>furtum</i>	152
cc)	Das Tatobjekt	154
dd)	Das subjektive Element	154
	(1) Das subjektive Element bei physischer Berührung	156
	(2) Das subjektive Element beim <i>furtum usus</i>	157
ee)	Zwischenergebnis zum täterschaftlichen <i>furtum</i>	158
ff)	Die Rechtswidrigkeit	159
gg)	Das Verwirklichungsstadium der Vortat.....	159
hh)	Prozessuale Akzessorietät - Verfolgbarkeit der Tat?.....	161
ii)	Zwischenergebnis	162
c)	Die Teilnahmemodi	163
aa)	<i>Consilium</i>	163
bb)	<i>Ops</i>	165
cc)	Das Verhältnis der beiden Begehungsweisen zueinander	165
dd)	Die Kausalität der Teilnahmehandlung für die Haupttat	168
ee)	Zusammenfassung der für die Teilnahmemodi gewonnenen Ergebnisse	168
d)	Der Teilnahmevorsatz.....	168
aa)	Die Ansicht WATSONS	169
bb)	Kritik an der Ansicht WATSONS und eigene Ansicht.....	171
cc)	Die Bestimmung des Teilnahmevorsatzes	173
dd)	Das bewusste Zusammenwirken von Täter und Teilnehmer als Voraussetzung der Teilnahme strafbarkeit.....	174
	(1) Problemaufriss.....	174
	(2) Die Ansicht THOMAS	174
	(3) Die Ansicht MACCORMACKS	175

(4) Kritik und eigene Auffassung.....	175
ee) Der Anstiftervorsatz als strafbegrenzendes Element – Straflosigkeit..... des Anstifters bei bewusster Abweichung des Haupttäters	177
ff) Zusammenfassung der zum Teilnahmevorsatz beim Diebstahl erarbeiteten Ergebnisse	178
10. <i>Ope consilio</i> bei anderen Delikten	179
a) Der Hochverrat [<i>crimen laesae</i> (oder <i>inimittuae maiestatis</i>)]	179
b) Teilnahme am <i>adulterium</i> (Ehebruch der Ehefrau).....	182
c) Zusammenfassung	184
11. Unbenannte und benannte Teilnahmeformen	184
a) Unbenannte Teilnahmeformen	185
aa) <i>Facere</i>	187
bb) <i>Causam praestare</i>	188
cc) <i>Curare</i>	188
b) Benannte Teilnahmeformen	190
aa) Anstiftung (<i>consilium, persuadere, auctor - actor,</i> <i>mandare, instruere, sollicitare, concitare</i>)	191
(1) <i>Sollicitare – concitare</i>	191
(2) <i>Conducere</i>	192
(3) <i>Mandator</i> und <i>mandare</i>	192
(4) Verhältnis der Formen in der Anstiftung zueinander	193
bb) Beihilfe	194
cc) Zusammenfassung	195
12. Die Billigung als nachträglich strafbegründende Teilnahmehandlung	196
13. Tatbestände, die die Beteiligung mehrerer voraussetzen	197
14. Die Teilnahme an einem Delikt, das besondere persönliche Eigenschaften voraussetzt.....	198
15. Die Bestrafung von Täter und Teilnehmer.....	201
16. Hilfeleistung nach der Tat.....	203

a) Hehlerei als Teilnahmehandlung	203
b) Gewährung von Unterschlupf und Vereitelung der Strafverfolgung	204
c) Zwischenergebnis	206
17. Die Verbrechensverabredung	206
18. Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung	206
IV. Ergebnis justinianisches Recht	206
2. Teil: Das englische Strafrecht	209
1. Kapitel: Die Elemente der Straftat im englischen und	
walisischen Recht: <i>actus reus</i> und <i>mens rea</i>	209
I. <i>Actus reus</i>	210
1. Funktion des <i>actus reus</i>	210
a) Die Verhaltensdelikte (<i>conduct crimes</i>)	210
b) Die Erfolgsdelikte (<i>result crimes</i>)	211
c) Die Situationsdelikte (<i>state of affair offences, situational offences</i>)	211
d) Grundtatbestand, Qualifikation, Privilegierung	211
2. Willensgetragenes Verhalten (<i>willed conduct</i>)	212
3. Delikte absoluter Verantwortlichkeit (<i>absolute liability</i>)	213
a) <i>Larsonneur</i> (1933) 24 Cr.App.R. 74	213
b) <i>Winzar v. Chief Constable of Kent</i>	214
c) Kodifizierte Situationsdelikte, die kein willensgetragenes Verhalten voraussetzen	215
d) Zusammenfassung	217
4. Die Verwirklichung des <i>actus reus</i> durch ein Unterlassen	217
a) Die echten Unterlassungsdelikte (<i>offences of mere omission</i>)	217
b) Die unechten Unterlassungsdelikte (<i>crimes comitable by ommission</i>)	220
aa) Natürliche Verbundenheit	221
bb) Übernahme der Sorge	221
cc) Vertragliche oder aus Dienststellung begründete Pflichten	222
dd) Handlungspflicht aus Vorverhalten	222

ee) Ärztliche Hilfeleistung.....	223
ff) Das Ende der Handlungspflicht	224
c) Zusammenfassung	224
5. Die Verursachung (<i>causation</i>)	225
II. <i>Mens rea</i>	225
1. <i>Intention</i>	226
2. <i>Knowledge</i>	231
3. <i>Recklessness</i>	231
a) CUNNINGHAM <i>type recklessness</i>	231
b) CALDWELL <i>type recklessness</i>	233
c) <i>R v. Gemmell and Richardson</i> [2003] UKHL 50 (HL).....	234
4. <i>Malice</i>	235
5. <i>Wilfulness</i>	235
6. Zeitliche Koinzidenz von <i>actus reus</i> und <i>mens rea</i>	236
7. Keine Erscheinungsform der <i>mens rea: negligence</i>	237
a) Inhalt und Voraussetzung der <i>negligence</i>	237
b) Einordnung	238
III. Die Strafbarkeit ohne Verschulden und ohne objektive Fahrlässigkeit – Erfolgshaftung (<i>strict liability offences</i>).....	239
1. Übersicht und Terminologie	239
2. Durch einen ohne <i>mens rea</i> herbeigeführten Erfolg qualifizierte Delikte (<i>constructive liability</i>)	240
3. Bestimmung der <i>offences of strict liability</i>	241
4. Die Vermutung zugunsten des Vorsatzerfordernisses	242
a) Die Natur der Straftat	242
b) Die Schwere der Tat	244
c) Der Wortlaut des Gesetzes	244
IV. <i>Defences</i> : Verteidigungseinreden und der Deliktsaufbau im englischen Strafrecht.....	245

1. Vorsatzdelikte	245
2. Erfolgshaftungsdelikte	245
3. Situationsdelikte	246
2. Kapitel: Die Strafbarkeit der Beteiligten in der Entwicklung des common law.....	249
I. Die Entwicklungsphase des Rechts der Teilnahme im common law	249
1. Hochverrat (<i>crimen laesae maiestatis</i>).....	249
2. Schwere Straftaten (<i>feloniae</i>).....	251
a) Die Abgrenzung von Täter und Teilnehmer im „materiellen Recht“	252
b) Die Abgrenzung von Täter und Teilnehmer im „prozessualen Recht“	254
aa) <i>Ille de facto – ille de forcia</i>	255
bb) Die Verfahrensreihenfolge.....	255
cc) <i>Ille de praecepto</i>	256
dd) Keine mittelbare Verantwortlichkeit aufgrund der Stellung als Hausherr	257
c) Kausalität des Tatbeitrags.....	257
d) Subjektive Voraussetzungen der Strafbarkeit.....	258
aa) Meinungsstand	258
bb) Zeugnisse in den Werken GLANVILLES und BRACONS sowie den Leges Henrici.....	258
cc) Geltung für den Teilnehmer.....	261
e) Der Grund für die Abgrenzung zwischen Täter, Gehilfen und Anstifter	261
f) Besonderheiten beim Diebstahl (<i>latrocinium</i>).....	263
3. <i>Transgressiones</i>	265
4. Hilfeleisten nach der Tat	267
5. Zusammenfassung.....	267
II. Die weitere Entwicklung des Rechts der Teilnahme	268
1. Konsolidierung	268
2. Die Überwindung der eingeschränkten Verfolgbarkeit der Teilnehmer.....	269

a)	Rechtszustand bis 1553	269
b)	Die Entscheidung in der Sache <i>Griffith</i> (1553) Plowd. 97	270
3.	Entwicklungen seit dem 17. Jahrhundert	271
a)	Einschränkung der prozessualen Akzessorietät.....	271
b)	Die Beseitigung der Einrede des benefit of clergy	272
III.	Ausblick auf die seit 1967 geltende Rechtslage.....	273
IV.	Zusammenfassung des 2. Kapitels	273
3. Kapitel: Täterschaft und Teilnahme im englischen Recht		
 die Bedeutung der Unterscheidung von		
 principal offender und accessory.....		
		275
I.	Der Täter (<i>principal offender</i>).....	276
1.	Die eigenhändige Begehung und die unmittelbare Verursachung.....	276
a)	Die Einschränkung des Kreises möglicher Täter bei den Sonderdelikten... 277	277
b)	Die Einschränkung des Kreises möglicher Täter bei den Unterlassungsdelikten.....	278
2.	Most immediate cause.....	278
a)	<i>Factual causation</i> und <i>causation in law</i>	279
b)	<i>Novus actus interveniens</i> – die Unterbrechung des Ursachenzusammenhangs im englischen Strafrecht.....	280
aa)	Handlungen oder Unterlassungen von Dritten.....	281
bb)	Unvorsehbares Verhalten eines Dritten, das nicht auf einem freien Willensentschluss beruht	282
cc)	<i>Environmental Agency (formerly National Rivers Authority)</i> <i>v. Empress Car Co (Abertillery) Ltd</i>	282
dd)	Ärztliche Behandlungsfehler	284
(1)	Zur Zeit des Behandlungsfehlers noch nicht verheilte Verletzungen	284
(2)	Zur Zeit des Behandlungsfehlers verheilte Verletzungen	284
(3)	Die Ansicht J.C. SMITHS	285
ee)	Reaktionen des Opfers	286

ff)	Das Verhältnis zwischen der Handlung des Täters und Naturgewalten	286
gg)	Unterlassungen kein <i>novus actus interveniens</i> ?.....	287
hh)	Tötung durch Meineid (<i>perjury</i>)	287
ii)	<i>Causation</i> und <i>mens rea</i>	288
jj)	Eine „neue“ Kausalität? Die Entscheidungen in <i>Kennedy, Rogers (Stephen)</i> und <i>Finlay</i>	288
(1)	Die Entscheidungen.....	289
(2)	Eigene Ansicht und Folgen für die Abgrenzung zwischen <i>principal offender</i> und <i>accessory</i>	292
(a)	Kritik.....	292
(b)	Ausblick	293
3.	Die Unterscheidung von Täter und Teilnehmer bei den Unterlassungsdelikten: Kausalität und Unterlassungen	294
a)	Ansichten in der Literatur.....	294
b)	Die Rechtsprechung.....	296
c)	Zusammenfassung	298
4.	<i>The doctrine of innocent agency</i> – die mittelbare Täterschaft im englischen Strafrecht.....	299
a)	Der Anwendungsbereich der <i>doctrine of innocent agency</i>	299
aa)	Die Verwirklichung des <i>actus reus</i> durch den <i>innocent agent</i>	299
bb)	Delikte, die keine <i>mens rea</i> voraussetzen	301
cc)	Sonderdelikte	302
dd)	Eigenhändige Delikte (<i>non proxyable offences</i>).....	302
b)	Der <i>innocent agent</i>	304
aa)	<i>Agent</i>	304
bb)	<i>Innocence</i>	305
(1)	<i>Infancy</i>	305
(2)	<i>Insanity</i>	306
(3)	<i>Duress</i>	307

(a)	Der Zusammenhang zwischen der <i>doctrine of innocent agency</i> und dem Nötigungsnotstand (<i>duress</i>) in den Entscheidungen <i>Lynch</i> und <i>Howe</i>	307
(b)	Einordnung von <i>duress</i> als Strafbarkeitsdefizit des <i>agent</i> ...	308
(c)	Voraussetzungen von <i>duress</i> – Belehrung der Jury	309
(4)	Vorsatzloses Handeln (<i>absence of mens rea</i>).....	310
(a)	Der Tatsachenirrtum	311
(b)	Trunkenheit (<i>intoxication</i>)	313
(c)	Der Irrtum über ein Merkmal, hinsichtlich dessen Erfolgshaftung besteht („objektives Merkmal der Strafbarkeit“): Die Entscheidung <i>Tolson</i>	313
(d)	Die Putativnotwehr	316
(e)	<i>Transferred malice</i> : aberatio ictus und error in persona im englischen Strafrecht	317
(f)	Der Rechtsirrtum.....	318
(g)	Befehle eines Vorgesetzten.....	318
(h)	Der private Helfer der Polizei als <i>innocent agent</i>	319
(i)	Die <i>doctrine of innocent agency</i> und die eingeschränkten Erfolgshaftungsdelikte (<i>offences of strict liability</i>)	320
(j)	Third party defence – kein Fall der <i>innocent agency</i>	321
c)	Der Hintermann	321
aa)	<i>Actus reus</i>	321
bb)	<i>Mens rea</i>	322
(1)	Kenntnis der Strafbarkeitsdefizite	322
(2)	Absicht hinsichtlich der Verursachung des Werkzeugungsverhaltens.....	323
(3)	Irrtümer auf Seiten des Täters	326
(a)	Der Irrtum über die Person des <i>agent</i> : Die Entscheidung <i>Michael</i> 173 E.R. 867 (C.C.R.)	326
(b)	Der Irrtum über die Vorsatz- oder Schuldlosigkeit des <i>agent</i>	327
d)	Zusammenfassung zur <i>doctrine of innocent agency</i>	328

II.	<i>Joint principals</i> – die eigenhändige Verwirklichung des Tatbestandes durch mehrere.....	329
1.	<i>Actus reus</i>	329
2.	<i>Mens rea</i> und der gemeinsame Tatplan im Rahmen eines gemeinschaftlichen Unternehmens als Voraussetzung der Mittäterschaft	330
a)	<i>Mens rea</i>	330
b)	Der gemeinsame Tatplan	330
3.	Mittäterschaft in Abgrenzung zum gemeinschaftlichen Unternehmen (<i>joint enterprise</i>).....	332
4.	Abgrenzung der Mittäterschaft zur Anwendung von s. 8 <i>Aiders and Abettors Act 1861</i> bei Sachverhaltsgewissheit	333
5.	Sukzessive Mittäterschaft.....	334
III.	Die Beteiligten (<i>accessories</i>)	335
1.	Haupttat und Akzessorietät	335
a)	Beweisrechtliche und prozessuale Voraussetzungen für die Annahme einer Haupttat	336
b)	Materiellrechtliche Aspekte der Akzessorietät im englischen Recht	337
aa)	<i>Morris v. Tolmann</i> [1923] 1 K.B. 166	337
bb)	Die Wirkung von Verteidigungseinreden des Täters auf die Strafbarkeit des Teilnehmers	338
cc)	Ausblick auf die Funktion der Teilnahmeform <i>procure</i>	340
dd)	Die Selbsttötung als teilnahmefähige „Haupttat“	340
2.	<i>Actus reus</i> der Teilnahme.....	341
a)	Gang der Darstellung.....	341
b)	Die Teilnahmeformen nach s. 8 <i>Accessories and Abettors Act 1861</i>	341
aa)	Auslegungskriterien	341
bb)	Die einzelnen Teilnahmemodi	343
(1)	<i>Aid</i>	343
(2)	<i>Abet</i>	344
(3)	<i>Counsel</i>	347

(4)	Die Willensübereinstimmung (<i>consensus</i>) als Voraussetzung von <i>aid</i> , <i>abet</i> und <i>counsel</i>	347
(5)	<i>Procure</i>	349
	(a) „Ermunterung“ zur Tat	350
	(b) Anstiften und „Hervorbringen“ der Tat	351
	(c) Eigene Ansicht	352
(6)	Die Verbindung zwischen Teilnahmehandlung und Haupttat	360
	(a) Die fehlende innere Geschlossenheit der Rechtslage	360
	(b) Der Verursachungsbegriff	361
	(c) <i>Attorney General’s Reference No. 1 of 1975</i>	361
	(d) Kausalität der Teilnahmehandlung für den Taterfolg – die übrigen Teilnahmeformen	362
	(aa) <i>Abet</i> und <i>counsel</i>	362
	(bb) <i>Aid</i>	366
	(e) Zusammenfassung zur Beziehung zwischen Teilnahmehandlung und Haupttat	366
(7)	„Unterlassen“ als strafbegründendes Verhalten des Teilnehmers	367
	(a) <i>Du Cros v. Lambourne</i>	368
	(b) Sachverhaltsgewissheit und die Voraussetzungen der Teilnahme bei Unterlassen (<i>right of control</i>)	369
	(c) Voraussetzungen der Strafbarkeit eines Garanten als Teilnehmer durch Unterlassen	371
	(d) Zusammenfassung zur Teilnahme durch „Unterlassen“	373
(8)	Der nach Beginn der Tatausführung hinzukommende Teilnehmer - sukzessive Teilnahme	373
(9)	Zusammenfassung der Ergebnisse des objektiven Tatbestands der Teilnahme	374
(10)	Das Opfer als Teilnehmer	376
(11)	Teilnahme an der Teilnahme	376
(12)	Teilnahme am Versuch	377

(13) Versuchte Teilnahme.....	377
3. <i>Mens rea</i>	377
a) Die <i>mens rea</i> des Teilnehmers in den „normalen“ Fällen der Teilnahme...	379
aa) Die <i>mens rea</i> hinsichtlich der Haupttat.....	380
(1) <i>Knowledge as to the circumstances of the offence</i>	381
(2) <i>Recklessness</i> – Die Entscheidung in der Sache <i>Carter v. Richardson</i>	381
(a) Ansicht der Law Commission.....	381
(b) Kritik	382
(3) <i>Foresight</i>	384
(4) <i>Knowledge of essential matters / circumstances</i>	384
(a) Die Bestimmung der Art der Straftat (<i>type of crime</i>). 384	
(b) Kritik	389
(c) <i>Foresight / contemplation:</i> Der Grad der Überzeugung des Teilnehmers.....	389
(5) Das Wissen des Teilnehmers bei Erfolgshaftungs-, erfolgsqualifizierten und Fahrlässigkeitsdelikten.....	390
(a) Erfolgshaftungsdelikt (<i>offence of strict liability</i>).....	309
(b) <i>Constructive liability offence und offence of negligence</i>	391
(6) Das Willenselement hinsichtlich der Haupttat	391
(a) <i>Lynch v. DPP for Northern Ireland</i>	392
(b) Abweichende Entscheidungen	393
(c) Kritik der Literaturmeinung und eigene Auffassung	394
(d) Leistungspflicht und die Absicht des Teilnehmers, die Teilnahmehandlung auszuführen	395
(e) Variation der Voraussetzung des subjektiven Elements beim <i>procurement</i>	398
(7) Die <i>mens rea</i> hinsichtlich der Teilnahmehandlung	401
(8) <i>Mens rea</i> bei Teilnahme durch Unterlassen	402
b) Die Lehre vom gemeinschaftlichen Unternehmen (<i>doctrine of joint enterprise</i>) und die <i>mens rea</i> der Beteiligten	402

aa)	Sachverhaltscharakteristiken der Konstellation eines <i>joint enterprise</i> ...	403
bb)	Besonderheiten des <i>actus reus</i>	405
cc)	Die <i>mens rea</i> der Beteiligten an einem <i>joint enterprise</i>	406
	(1) <i>Foresight / contemplation</i> des täterischen Verhaltens	406
	(a) <i>Chan Wing-siu</i>	407
	(b) <i>Powell and another; English</i>	409
	(c) Indizien für die Voraussicht des am <i>joint enterprise</i> Beteiligten: Die Belehrung der Jury und die Voraussetzungen der <i>mens rea</i>	410
	(d) Verantwortlichkeit für Erfolge / Handlungen, die der Teilnehmer nicht vorhergesehen hat?	412
	(2) Einschränkung des Vorsatzerfordernisses	414
c)	Unterschiede der Rechtslage bei den gemeinschaftlichen Unternehmungen und den „normalen Fällen der Teilnahme“	414
d)	Bewertung	416
	(aa) Die Ansicht J.C. SMITHS	416
	(bb) Die Ansicht A.P. SIMESTERS und G.R. SULLIVANS	418
	(cc) Stellungnahme und eigene Ansicht	419
	(1) Kritik	420
	(2) Eigene Ansicht	422
e)	Auswirkung von Abweichungen (<i>variations</i>) des Täters auf den Teilnehmer	423
	aa) Bewusste „Abweichung“ des Haupttäters	423
	bb) Unvorhergesehene Zwischenfälle bei der Verwirklichung des gemeinsamen Tatplans	424
	cc) Die Auswirkungen von <i>mistake</i> (error in persona vel obiecto) und <i>accident</i> (aberratio ictus) des Täters auf den Teilnehmer	424
	(1) Überwiegende Ansicht	424
	(2) K.J.M. SMITHS Auffassung	425
	(3) LANHAMS Auffassung	425
	(4) Stellungnahme und Ergebnis	426

4.	Unterschiedliche Bestrafung von Täter und Teilnehmer – „Akzessorietätslockerungen“	427
	a) Freispruch des Täters und Verurteilung des Teilnehmers	427
	b) Persönliche Verteidigungseinreden	428
	aa) Die privilegierenden Verteidigungseinreden gegen den Vorwurf des Mordes (<i>partial defences</i>)	428
	bb) Nötigungsnotstand (<i>duress</i>)	429
	c) Die Bestrafung von Täter und Teilnahme auf der Grundlage unterschiedlicher Straftaten – Bestrafung der Beteiligten ihrer Schuld entsprechend?	430
	aa) Bestrafung des Teilnehmers wegen der Teilnahme an einem schwereren Delikt, als der Täter verwirklicht hat (<i>semi innocent agency</i>).....	431
	bb) Bestrafung des Teilnehmers wegen der Teilnahme an einem leichteren Delikt, als der Täter verwirklicht hat.....	432
	d) Zusammenfassung	432
5.	Der Rücktritt von der Teilnahme (<i>withdrawal</i>).....	432
	a) Die Unterscheidung zwischen gemeinschaftlichen Unternehmen und Fällen der normalen Teilnahme	433
	aa) Der Rücktritt von einem gemeinschaftlichen Unternehmen.....	433
	bb) Der Rücktritt in Fällen der normalen Teilnahme.....	435
	b) Freier Wille.....	436
	c) Wirkung des Rückzugs von der Teilnahme.....	436
	d) Zusammenfassung	437
6.	Die polizeiliche Beteiligung an einer Straftat zum Zwecke der Strafverfolgung	437
7.	Zum Strafgrund der Teilnahme	438
	a) „Zivilrechtliche“ Theorien.....	438
	aa) Vertretertheorie (<i>agency theory</i>).....	438
	bb) Willensübereinstimmungs- (<i>consensus theory</i>) und Billigungstheorie (<i>ratification theory</i>).....	439
	b) Die Teilnahme als eigenständiges Teilnahmedelikt (<i>incoate, endangerment, risk rationales</i>).....	439

c) Kausalitätstheorie	440
d) Fazit: Kein einheitlicher Strafgrund	440
IV. Die nicht akzessorische Anstiftung (<i>incitement</i>) und die Verabredung zur Deliktsverwirklichung (<i>conspiracy</i>).....	440
1. Voraussetzungen der nichtakzessorischen Anstiftung (<i>incitement</i>).....	441
a) Der <i>actus reus</i>	441
aa) Die Anstifterhandlung.....	441
bb) Die Straftat	442
cc) Das Tatobjekt	442
dd) Die nichtakzessorische Anstiftung zur Teilnahme	442
ee) Die nichtakzessorische Anstiftung zu anderen <i>inchoate offences</i>	442
b) <i>Mens rea</i>	444
aa) Doppelter Anstiftervorsatz.....	444
bb) Irrtümer	444
c) Die Verteidigungseinrede der Unmöglichkeit der Deliktsbegehung (<i>defence of impossibility</i>).....	444
2. Verabredung zur Deliktsverwirklichung (<i>conspiracy</i>).....	444
a) Die kodifizierte Verabredung zur Deliktsverwirklichung (<i>statutory conspiracy</i>).....	445
aa) <i>Actus reus</i>	445
bb) <i>Mens rea</i>	446
(1) Doppelter Vorsatz	446
(2) Die Auslegung des Gesetzestexts.....	446
b) Verabredung zur Vermögensschädigung (<i>conspiracy to defraud</i>).....	447
c) Verteidigungseinrede der Unmöglichkeit der Deliktsverwirklichung.....	447
V. <i>Vicarious liability</i> (strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung)	448
1. Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung kraft Gesetzes	448
2. Erfolgshaftungsdelikte	448
3. Delegation von Pflichten durch den Geschäftsherrn auf seine Angestellten	449
4. Strafbarkeit der Beteiligten bei der Geschäftsherrenhaftung	450

VI. Juristische Personen	451
1. Inhalt des Identifikationsprinzips	452
2. Beschränkungen des Prinzips.....	453
VII. Zusammenfassung des dritten Kapitels.....	453
3. Teil: Vergleich und Schlussbetrachtung.....	459
I. Überblick	459
II. Die Abgrenzung von Täter und Teilnehmer in den verschiedenen Rechten.....	462
1. Eindeutige Fälle	462
2. Problematische Fälle	463
III. Unmittelbarer Täter und Mittäter, mittelbarer Täter und Nebentäter	465
1. Der unmittelbare Täter	465
2. Der Mittäter	465
3. Der mittelbare Täter	466
IV. Die Strafbarkeit des Teilnehmers	467
1. Die Haupttat – Akzessorietät	467
2. Teilnahmehandlungen	467
3. Vorsatz des Teilnehmers	470
a) Das englische Recht.....	470
b) Das römische Recht.....	472
c) Das deutsche Recht.....	472
d) Bewusste Abweichungen.....	473
e) Unbewusste Abweichungen	473
4. Rücktritt von der Teilnahme	473
5. Akzessorietätslockerungen.....	474
IV. Grundgedanken europäischer Rechtstradition als Basis für eine Rechtsangleichung?.....	474
Anhang 1: Die Reformvorschläge der Law Commission.....	477
1. Vorschläge zur Reform der <i>inchoate offences</i>	478

2. Vorschläge zur Reform des Rechts der Teilnahme.....	481
3. Resümee	488
Anhang 2: Gesetzesentwurf zur Reform der <i>inchoate offences</i>	489
Anhang 3: Gesetzesentwurf zur Reform des Rechts der Teilnahme	495
Literaturverzeichnis	499

Abkürzungsverzeichnis

Über die in der deutschen Rechtswissenschaft gebräuchlichen Abkürzungen hinaus werden die folgenden Abkürzungen verwendet:

A. Crim. R.	Australian Criminal Reports
AC, A.C.	Law Reports, Appeal Cases
ALJR, A.L.J.R.	Australian Law Journal Reports
All ER, All E.R.	All England Law Reports
ANRW	Aufstieg und Niedergang der römischen Welt
AUPA	Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo
B & Ald	Barnewall & Alderson's King's Bench Reports
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja
C & F	Clark & Finnelly's House of Lords Cases
C & P	Carrington & Payne's Nisi Prius Reports
C.L.J.	Cambridge Law Journal
CA, C.A.	Court of Appeal
Cal. L. Rev.	California Law Review
Car. & K.	Carrington & Kirwan's Nisi Prius Reports
Car. & M.	Carrington & Marshman's Nisi Prius Reports
CJ	Codex Iustinianus, rec. P. Krüger, Berolini 1877 (ed. Maior); Corpus iuris civilis II, rec. et retr. P. Krüger, ed. undecima, Berolini 1954

Coll.	Mosaicarum et Romanorum legum collatio, M. Hyamson - Repr. of the ed. London 1913. - Buffalo, New York 1997
Cox C.C.	Cox's Criminal Cases
Cr.App.R.	Criminal Appeal Reports
Crim.L.J.	Criminal Law Journal
Crim.L.R.	Criminal Law Review
CTh	Codex Theodosianus (Theodosiani libri XVI cum Constitutionibus Sirmondanis et Leges Novellae ad Theodosianum pertinentes, ed. Th. Mommsen – P.M. Meyer, I 1-2, II, editio secunda, Berolini 1954)
D.	Digesta Iustiniani Augusti, recognovit Th. Mommsen, Berolini 1870, Nachdr. 1962 – 63 (editio maior); Corpus iuris civilis I, Digesta, rec. Th. Mommsen, retr. P. Krüger, editio sexta decima, Berolini 1954
DNP	Der neue Pauly: Enzyklopädie der Antike
East	East's Term Reports, King's Bench
Eng.Rep.	English Reports
ER, E.R.	English Reports
EWCA Crim.	Court of Appeal (Criminal Division)
F. & F.	Foster & Finlayson's Nisi Prius Reports
Fam.	Law Reports, Family Division
Gai., Gaius	Gaius, Institutionum Commentarii Quattuor - The Institutes of Gaius / transl. with an introd. by W. M. Gordon and O. F. Robinson. With the Latin text of Seckel and Kuebler. - London : Duckworth, 1988.
Gellius	A. Gellii Noctes Atticae : cum indicibus locupletissimis opt. libr. fid. accurante editae. - Ed. stereotypa. - Lipsiae, 1835
H & N	Hurlstone & Norman's Exchequer Reports
HL	House of Lords
HMSO	Her Majesty's Stationery Office
I.L.T.	Irish Law Times

Index	Quaderni camerti di studi romanistici. International Study of Roman Law
Inst.	Institutiones Iustiniani, Corpus iuris civilis I, recognovit P. Krüger, editio sexta decima, Berolini 1954
IURA	Rivista internazionale di diritto romano e antico
J.C.	Justiciary Cases
J.C.L.	Journal of Criminal Law
J.P.	Justice of the Peace Reports
KB, K.B.	Law Reports, King's Bench
Ky	Kentucky Reports
L.Q.R.	Law Quaterly Review
L.R.C.C.R.	Law Reports, Crown Cases Reserved
L.T.	Law Times Reports
Labeo	Rassegna di Diritto Romano
Leges Henrici	Leges Henrici Primi. Hrsg. L. J. Downer, Oxford, 1972
Lew.C.C.	Lewin's Crown Cases Reserved
LJKB	Law Journal Reports, King's Bench New Series
LT	Law Times Newspaper
M & W	Meeson & Welsby's Exchequer Reports
M.L.R.	Modern Law Review
Mood & R	Ryan & Moody's Nisi Prius Reports
Mood CC	Moody's Crown Cases Reserved
Nov.	Novellae Iustiniani. Corpus Iuris Civilis III, edd. R. Schoell – D. Kroll, editio sexta decima, Berolini 1954
NZLR	New Zealand Law Reports
Plowd., Comm.	The commentaries, or Reports of Edmund Plowden containing divers cases upon matters of law, argued and adjudged in the several reigns of King Edward VI., Queen Mary, King and Queen Philip and Mary, and Queen Elizabeth: originally written in French, and now faithfully translated

	into English, names of the cases, the other of the principal matters
PS	Pauli Sententiae . Testo e interpretatio / a cura di Maria Bianchi Fossati Vanzetti, Padova 1995
QB, Q.B.	Law Reports, Queen's Bench
QBD, Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division
R.R.C.C.	Russell & Ryan's Crown Cases Reserved
RE	Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft
RHD	Revue historique de droit français et étranger
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité
RTR, R.T.R.	Road Traffic Reports
SA	South African Law Reports
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris
SSE	Studi Senesi
St R Qd	Queensland State Reports
State Tr	Cobbett & Howell's State Trials; Howell & Howell's State Trials
Tab.	Leges XII tabularum, Fontes iuris Romani antiqui I ed. Georg Bruns et Otto Gradenwitz, Tübingen 1909
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d'histoire du droit
UKHL	United Kingdom House of Lords
V.L.R.	Victorian Law Reports
W.W.R.	Western Weekly Reports
WLR, W.L.R.	Weekly Law Reports
ZS	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung

Zielsetzung der Arbeit und Vorgehensweise

Mit dieser Arbeit soll untersucht werden, inwieweit eine Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Strafrechts in Europa Aussicht auf Erfolg haben kann. Entscheidend für eine solche Angleichung ist vor allem der politische Wille der nationalen Gesetzgeber. Dabei ist die Angleichung nicht zuletzt eine Frage von Akzeptanz und Vermittelbarkeit der Inhalte einer neuen gesetzlichen Regelung. Die Arbeit verfolgt daher den Ansatz, Unterschiede und Ähnlichkeiten zweier aktueller, maßgeblicher europäischer Rechte zu vergleichen und zu untersuchen, inwieweit eine sich an europäische Rechtstradition, nämlich das römische Recht, anlehrende Angleichung möglich ist. Dies erfolgt unter der Annahme, dass eine solche Bezugnahme auf die Rechtstradition erhöhte Chancen einer Akzeptanz in sich trägt.

Rein technisch gesehen wird die Angleichung der Strafrechte Europas als lösbare Aufgabe gesehen. Bei dem Bemühen um eine Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Strafrechts erscheint unter den Strafrechten der europäischen Länder das englische und walisische (im Folgenden: das englische) Strafrecht als sperrig. Zunächst tritt es dem Betrachter in ganz anderer Form entgegen als das kontinentaleuropäische und mit ihnen das deutsche Strafrecht. Während das deutsche Strafrecht – zumindest sein Kernbereich – verhältnismäßig übersichtlich in den Regelungen des Strafgesetzbuches zusammengefasst ist, muss für die Betrachtung auch des englischen Kernstrafrechts auf eine Vielzahl von Gesetzen zurückgegriffen werden. Mangels einer durchgängigen Kodifikation hilft schließlich auch der Blick in das Gesetz nicht weiter. Es ist erforderlich, die Rechtslage den richterlichen Entscheidungen zu entnehmen. Hilfsweise kann auf die großen Lehrbücher (*textbooks*) zurückgegriffen werden, von denen zumindest der „Smith & Hogan“ ein Renommee erreicht hat, auf Grund dessen er in einigen Entscheidungen und zu manchen Fragen durch die Gerichte zitiert wird. Entscheidend bleibt aber das Studium der Gerichtsentscheidungen, die Kraft des *stare decisis* das Recht maßgeblich prägen – sei es innerhalb eines durch ein Gesetz vorgegebenen Rahmens, sei es durch Fortbildung oder Wandlung des vorhandenen Rechtssprechungskorpus.

Neben einer anderen Bedeutung der Rechtsquellen bestehen zwischen deutschem und englischem Strafrecht Unterschiede im materiellen Recht. Schließlich kommen Unterschiede des Prozessrechts hinzu. Das Parteiverfahren auch in Strafsachen sowie die Teilnahme der Jury an der Wahrheitsfindung und beim Fällen eines Schuldspruchs haben das englische Recht in ganz besondere Weise geprägt, wengleich der *trial by jury* bei Weitem nicht die häufigste Verfahrensart in Strafsachen ist. Die knappe Skizze von Unterschieden lässt die Schwierigkeiten erahnen, die dem Wunsch nach einer Rechtsangleichung in ganz Europa als entgegenstehend angesehen werden.

Sie zeigt aber auch einen Teil der Aufgabenstellung der Arbeit. Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen dem englischen Strafrecht und dem deutschen Strafrecht als Vertreter eines kontinentaleuropäischen Rechtssystems sollen herausgearbeitet werden. Gegenstand der Untersuchung ist dabei ein Ausschnitt aus dem allgemeinen Teil oder den *general principles* des jeweiligen Rechts, nämlich das Recht von Täterschaft und Teilnahme.

Entsprechend wird das englische Recht von Täterschaft und Teilnahme umfassend dargestellt. Die Art der Darstellung, primär auf die richterlichen Entscheidungen unter Berücksichtigung der Besonderheiten einer Beteiligung der Jury zurückzugreifen, ist zugleich Darstellung der Art der Rechtsfindung und der Natur des englischen Strafrechts auf diesem Rechtsgebiet. Die Verbindung von Prozessrecht und materiellem Recht erfordert den Rückgriff auf die richterlichen Entscheidungen als wichtigste Rechtsquellen. Den maßgeblichen *textbooks* soll nicht ihre Bedeutung abgesprochen werden. Manche Frage ist von den Richtern nicht beantwortet worden und muss mit Hilfe der *textbooks* geschlossen werden. Doch wird die alleinige Verwendung von Sekundärliteratur dem Wesen des englischen Rechts nicht gerecht und kann zu einer Verzerrung in der Darstellung führen. Allein die Entscheidungen selbst machen deutlich, auf welche tradierten Entscheidungen die Richter in ihrem *reasoning* zurückgreifen: Recht ist in Großbritannien nach wie vor ein von den konkreten Fragestellungen bestimmter, nicht immer geradlinig verlaufender Prozess. Des Weiteren muss auf die Entscheidungen zurückgegriffen werden, weil sie allein über die besonderen prozessualen Konstellationen, insbesondere Beweisprobleme, Zusammenfassungen von Sachverhalten und Belehrungen der Jury berichten, die auf die Entscheidung maßgeblichen Einfluss gehabt haben kann. Sie lassen ein vorsichtiges Urteil über ihre Bindungskraft auch für spätere Entscheidungen zu.

Noch heute sind für das englische Recht von Täterschaft und Teilnahme Entscheidungen von Bedeutung, die vor einem halben Jahrtausend getroffen wurden. Will man bestimmende Prinzipien des englischen Rechts von Täterschaft und Teilnahme erkennen, so kommt man nicht umhin, auch diese Entscheidungen darzustellen. Allerdings sind diese alten Entscheidungen oftmals sehr kurz gefasst und berichten wenig über die zugrundeliegenden Tatsachen. Der Versuch einer Analyse des Entscheidungstexts führt oftmals nicht über den Tenor hinaus. Einen Ausweg bietet der kurze Rückblick auf die Entwicklungsgeschichte, die das englische Recht von Täterschaft und Teilnahme schon beim Ergehen dieser Entscheidungen hinter sich gebracht hatte. Daher wird neben einer umfassenden und von den gerichtlichen Entscheidungen ausgehenden Darstellung des englischen Rechts ein Blick auf die Entwicklungsgeschichte des Rechts von Täterschaft und Teilnahme geworfen werden. Am Ende dieser Betrachtungen werden bestimmende Prinzipien des englischen Rechts von Täterschaft und Teilnahme herausgearbeitet sein. Die genaue Darstellung wird einen Vergleich mit den Inhalten der deutschen Regelungen dieses Rechtsgebiets zulassen und eine Erklärung für Unterschiede erlauben.

Die bereits erwähnten Unterschiede zwischen dem englischen und dem deutschen Recht als Vertreter „des“ kontinentaleuropäischen Rechtssystems weisen auf Schwie-

rigkeiten bei der Rechtsangleichung hin. Es gilt als mögliche Alternative zu einem Oktroy, der nationale Besonderheiten vernachlässigt, zu untersuchen, ob nicht eine Grundlage des europäischen Rechts, das römische Recht, einen konsensfähigen Ausgangspunkt der Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Strafrechts bietet. Dazu ist eine genaue Darstellung der Teilnahmeregelungen des römischen Rechts erforderlich. Die letzte deutschsprachige Untersuchung dieses Themas im Kontext des gesamten römischen Strafrechts hat THEODOR MOMMSEN unternommen. MOMMSENS „Römisches Strafrecht“ eignet sich aber als Grundlage für die hier angestrebte Untersuchung nur bedingt. Es geht auf die verschiedenen Entwicklungsstufen der rechtlichen Grundlagen von Täterschaft und Teilnahme nicht durchgängig ein. Angesichts des Entwicklungsstandes der strafrechtlichen Dogmatik zur Zeit MOMMSENS werden aus heutiger Sicht interessierende Fragen nicht gestellt. In der Darstellung folgt MOMMSEN dem Stil der klassischen und nachklassischen römischen Juristen. Wie bei ihnen lässt die Kürze der Mitteilung einer Rechtslage nicht immer den dahinterstehenden Sinn einer bestehenden Regelung erkennen. Hier ist wie im englischen Recht auf den Ursprung der Regelungen zurückzugreifen, um bestimmende Prinzipien zu ermitteln: Das Recht der Zwölftafeln als wichtiger Fixpunkt des Rechts zur Zeit der Republik wird im Hinblick auf die dort enthaltenen Regelungen von Täterschaft und Teilnahme untersucht und zum Recht, wie es im Corpus Iuris Civilis zusammengefasst ist, in Bezug gesetzt. Mit der Einbeziehung des römischen Rechts ist auch die Frage beantwortet, warum Täterschaft und Teilnahme untersucht werden. Die Beteiligung mehrerer Personen an einer Tat und die Frage, ob und wie gegen die Beteiligten vorgegangen werden muss, ist – wie auch andere Bereiche des Allgemeinen Teils – vergleichsweise unabhängig von dem Entwicklungsstand der jeweiligen Gesellschaft.

Im Ergebnis wird die rechtliche Behandlung der Teilnahme an strafbaren Handlungen im römischen und im englischen mit der vertrauten aktuellen Rechtslage in Deutschland verglichen. Letztere dient als Vergleichsgröße, ihr wird kein eigener Raum für die Darstellung eingeräumt. Die Gegenüberstellung der erkannten Prinzipien wird eine Antwort auf die Frage zulassen, ob ein Rückgriff auf gemeinsame historische Grundlagen ein gangbarer Weg zu einer Angleichung des Rechts von Täterschaft und Teilnahme, möglicherweise des europäischen Strafrechts insgesamt ist. Jüngere Vorhaben des europäischen Gesetzgebers zur Angleichung der nationalen Rechte auf einzelnen Gebieten wie dem Marken-, Patent- und Geschmacksmusterstrafrecht¹ lassen gemeinsame Prinzipien nicht nur wünschenswert, sondern notwendig erscheinen, um das Ziel einer Angleichung überhaupt realisieren zu können.

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte geistigen Eigentums: http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0168en01.pdf (Stand Januar 2008) und Bericht des Europäischen Parlaments mit Änderungsvorschlägen: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0073+0+DOC+XML+V0//DE#title1> (Stand Januar 2008).

1. Teil: Das römische Recht

I. Einleitung

Wurden Rechtsgüter eines anderen verletzt, so kannte das altrömische Recht in seinen Anfängen nur eine, wenn auch variierte Antwort, die einen in den Zwölftafeln und darüber hinaus fortlebenden Grundgedanken römischen Rechts abbildet. Es war die Rechtsverfolgung durch den Verletzten selbst, deren Motiv in der Königszeit zunächst noch die private Rache des Verletzten war. Parallel zu der Sazerätät des Täters eines Sakralvergehens, der göttlicher Rache anheim fällt,¹ begründete der Delinquent ein Recht des Verletzten, der nunmehr auf die Person des Täters zugreifen durfte.² Es war durch die Tat ein Anspruch des Verletzten gegen den Schädiger oder genauer auf die Person des Schädigers entstanden: Ist das Strafrecht nach heutigem Verständnis die Summe der im Rahmen eines weitreichenden Gesellschaftsvertrages übertragenen einzelnen Selbsthilfe- und Vergeltungsrechte, die durch staatliche Einrichtungen im Namen der Gesellschaft - „Im Namen des Volkes“ - zur Erhaltung inneren Friedens ausgeübt werden,³ so zeigt der Grundgedanke des altrömischen Rechts, dass der Rechtsfolge des Delikts zunächst eine andere Vorstellung von der Verfolgung und der Ahndung der Straftaten zugrunde lag. Ist bei jenem der Verletzte grundsätzlich von der Strafverfolgung des Schuldigen ausgeschlossen,⁴ so ist es bei diesem gerade der Verletzte (oder dessen Sippe), der selbst verfolgt und vollstreckt.⁵ Das altrömische Deliktsrecht diente einem Teil der Strafzwecke, die heute im Wege der staatlichen Strafverfolgung erreicht werden sollen: Bestrafung des Verantwortlichen, Genugtuung für den Verletzten und Spe-

¹ Vgl. SANTALUCIA, BERNARDO: Verbrechen und Ihre Verfolgung im antiken Rom, Lecce 1997, S. 4; KASER, MAX: Das altrömische Ius, Göttingen u.a. 1949, S. 179.

² KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München u.a. 1971, S. 147, 152: *manus iniectio*.

³ Es findet sich im römischen Rechtsdenken eine dem Kontraktualismus ähnliche Vorstellung, jedoch von der Natur der Gesetze im Allgemeinen. Insoweit geht das römische Denken über den Kontraktualismus hinaus und bleibt zugleich hinter diesem zurück. Einerseits wurde jedes Gesetz (sei es formell oder materiell nach heutigem Verständnis) als Vertrag zwischen den einzelnen *cives* angesehen. Andererseits sind *leges publicae* von den römischen Juristen als Vertrag zwischen den Freien angesehen worden, freilich ohne die Konsequenz eines Transfers von dem Einzelnen zukommenden Rechten an die die Interessen des Einzelnen wahrnehmenden Institutionen der Rechtsgemeinschaft zu denken. Es ging darum, gemeinsame, für alle geltende Regeln aufzustellen, wie die Terminologie des Gesetzgebungsverfahrens zeigt, vgl. JHERING, RUDOLPH V.: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1. Teil, 8. Aufl. Leipzig 1924, S. 216.

⁴ Die Möglichkeit der Privatklage im deutschen Strafrecht nach §§ 374ff. StPO sei vernachlässigt.

⁵ KASER, MAX: Das altrömische Ius, Göttingen 1949, S. 183. Die bloße Überwachung des Vollstreckenden, ohne ihm Hilfe zu leisten, ändert an dem Grundgedanken nichts.

zial- wie Generalprävention.⁶ Hingegen ist eine staatliche Institution zunächst unbekannt, die zur Abwendung der persönlichen Rache die Bestrafung und einen gesellschaftlichen Ausgleich herbeizuführen sucht.⁷ Der Verletzte selbst musste für die Verwirklichung dieser Zwecke sorgen, indem er selbst (An-)Klage erhob, um seinen Anspruch auf Strafe durchzusetzen. Hierin liegt (neben der Rechtsfolge) eine der Ursachen für die Zugehörigkeit eines Teils der Materie zum Zivilrecht, die nach heutigem Verständnis (auch) dem Strafrecht zugehört.⁸ Der Fall der Verletzung fremder Rechtsgüter wurde bei folgenden Delikten zwischen Täter und Verletztem ausgemacht: Diebstahl privaten Guts (*furtum*), Sachbeschädigung (*damnum iniuria datum*) sowie die Körper- und Ehrverletzung (*iniuria*) sind bei den Römern vom Verletzten zu verfolgen gewesen (*delictum* oder *delictum privatum*: Privatdelikt).

In den Zwölftafeln⁹ kündigt sich zugleich die Trennung zwischen diesen Privatdelikten und den (öffentlichen) Verbrechen (*crimen* oder *crimen publicum*)¹⁰ an. Den Dezemvirn lag eine generell publizistische Auffassung des „Strafrechts“ an

⁶ Und darüber hinaus stand hinter den Strafen nicht nur im Falle der Sakralverbrechen eine religiöse Motivation. Es war der Ausgleich mit den Göttern zu suchen, die nach der Tat zürnten und versöhnt werden mussten.

⁷ Wie der Prozess vor dem König im Falle der Sakralverbrechen und der *proditio* (Verrat an den Feind) oder anderer schwerer Militärdelikte eingeleitet wurde, ist unklar, vgl. SANTALUCIA, BERNARDO: Verbrechen und Ihre Verfolgung im antiken Rom, Lecce 1997, S. 8f.

⁸ Eine zweite Strömung, die die Entwicklung eines gesonderten und in sich geschlossenen Strafrechts hinderte, war die Verfolgung von Straftaten durch die Magistrate, die heute mit repressiver polizeilicher Tätigkeit zu vergleichen wäre, an deren Ende aber die Bestrafung des Täters durch die Verfolgungsbehörde selbst stand. Den *tresviri capitales* kamen dabei sowohl ein Entscheidungsspielraum als auch erhebliches Ermessen zu. Sie schritten ein, wenn sie eine Verhaltensweise aus subjektiver Sicht als nicht rechtens ansahen. Der weite Spielraum, mit dem sie tätig wurden, die Vielzahl der Fälle, die ihnen zur Verfolgung oblag und die Abwesenheit umfassender Gesetze brachten Lösungen hervor, denen Klarheit und erkennbares Prinzip fehlten, die Grundlage der wissenschaftlichen Beschäftigung mit ihnen waren. Zu diesen Entscheidungen gab es entsprechend keine *responsa*, vgl. THOMAS, J. A. C.: The Development of Roman Criminal Law, in: L.Q.R. 79 (1963) S. 224 – 237, S. 224 f., MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 34.

⁹ Die Bezeichnung der einzelnen Tafeln unterscheidet sich von Rekonstruktion zu Rekonstruktion ganz erheblich. Hier wird auf die Rekonstruktion nach CRAWFORD, M.H. (Hg.): Roman Statutes, Bd. 2, London 1996, und die dort verwandte Einordnung zurückgegriffen. Ihm folgt nunmehr FLACH, DIETER: Das Zwölftafelgesetz, Darmstadt 2004. Die bislang gängige Einordnung des jeweiligen Gesetzes nach BRUNS, CARL GEORG: Fontes Iuris Romanes Antiqui, Tübingen 1909, S. 15ff. findet sich, falls abweichend, in Klammern hinter der Angabe.

¹⁰ Die ebenfalls vorhandene Kategorie der Sakralverbrechen bildet eine eigene Gruppe neben den Privatdelikten, ohne Vorläufer der *crimina publica* zu sein. Sie sind gesondert, weil in ihnen Magie zur Erreichung eines schädlichen Zwecks angewendet wird, vgl. Tab. VIII, 1; VIII, 4 (VIII, 8); SANTALUCIA, BERNARDO: Verbrechen und Ihre Verfolgung im antiken Rom, Lecce 1997, S. 27.

sich noch fern. Gesetzgeberische Motivation für die Schaffung von Deliktstatbeständen war es, die Stadt von schädlichen Sippenfehden freizuhalten. Dennoch gab es Taten, die vom Staat durch seine Strafverfolgungsorgane angeklagt, verfolgt und mit öffentlicher Strafe sanktioniert werden konnten. Das gilt nach nicht unumstrittener Ansicht für den Nächstenmord (*parricidium*).¹¹ Soweit es um eine Tat ging, die den Bestand der Gesellschaft selbst unmittelbar bedrohte, z.B. die *perduellio* oder die *proditio*¹² als ein die Gemeinschaft bedrohendes Verhalten,¹³ sollte man als Normzweck den Staatschutz, die Verteidigung der *utilitas publica populi Romani Quiritium*¹⁴ und damit ein „öffentliches Interesse“ an der Strafverfolgung und schließlich erst recht einen staatlichen Strafverfolgungsanspruch durchgesetzt von staatlichen

¹¹ Vgl. SANTALUCIA, BERNARDO: Verbrechen und Ihre Verfolgung im antiken Rom, Lecce 1997, S. 27. Für einen Privatprozess, freilich ohne eine öffentliche Strafverfolgung auszuschließen KUNKEL, WOLFGANG: Ein direktes Zeugnis für den privaten Mordprozess im altrömischen Recht, in: Niederländer, Hubert (Hrsg.): Kleine Schriften, Weimar 1974, S. 111ff., 116 [= ZS 84 (1967), 382ff.]; KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, S. 146 f., 609. Danach hat ein Familienangehöriger die Möglichkeit, den Schuldigen im mittels der *legis actio sacramento* eingeleiteten Privatprozess und zu seinem Vorteil zur Verantwortung ziehen.

¹² *Proditio* wird in dem Zwölftafelgesetz nicht mit dem Terminus *technicus*, wohl aber mit dem Tatbestand erwähnt: Dig. 48.4.3 pr. (Marcianus 14 inst.): *Lex duodecim tabularum iubet eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri*. (Das Gesetz der zwölf Tafeln befiehlt, dass dieser, der den Feind aufgehetzt, oder der, der einen Bürger dem Feind ausgeliefert hat, mit dem Tode bestraft wird.). Streit besteht hinsichtlich der Systematik: MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 540 Anm. 3, sieht alle Fälle des Verrats (Hoch-, Landes- und Kriegsverrat) unter dem Begriff der *perduellio* geeint. Die *proditio* müsse als Unterfall der *perduellio* angesehen werden, a.a.O. S. 547 f.

BRECHT, C. H.: *Perduellio*, Diss., München 1938; S. 27ff., 113ff., 123 ist der Auffassung, die Fallgruppen der *perduellio* seien aus diesem einheitlichen Delikt herauszulösen und neu zu gruppieren. Danach sei die *proditio* von der *perduellio* als gesonderter Tatbestand zu unterscheiden. Die *proditio* ist dem Landesverrat gleichzusetzen und enthält darüber hinaus auch militärische Delikte (Kriegsverrat). Sie tritt neben die *perduellio*, die dem Hochverrat entspricht. Desgleichen FUHRMANN, MANFRED: *proditio*, in RE Suppl. 9, S. 1224, 1226 f. Artur Völkl, *proditio*, in DNP 10, S. 371 f. Ähnlich SANTALUCIA a.a.O., S. 8, der den Verrat an den Feind in Kriegssituationen und Tatbestände gegen die Integrität des militärisch organisierten *populus* bei diesem Entwicklungsstand des römischen Rechts als *perditio* aufgefasst wissen will. Die *perduellio* hingegen schütze allein die politische Ordnung der *civitas* gegen Angriffe, die nicht in Kollusion mit einem äußeren Feind ausgeführt werden.

¹³ Vgl. VOIGT, MORITZ: Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie –prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten. Bd. 2 Das Civil- und Criminalrecht der XII-Tafeln, Leipzig 1883, S. 782: Im Fall eines Amtsvergehens des Konsuls, das in der Missachtung des Rechts zur *provocatio* des Angeklagten bestand (eine spezielle Form der Rechtsbeugung, von VOIGT der wohl fälschlich der *proditio* zugeordnet) wird durch die *lex Valeria Publicolae de provocatione* (245 v.Chr.) das Standesinteresse des *plebs* das für die Qualität als *crimen publicum* bestimmende Element.

¹⁴ Vgl. D.16. 3. 1. 4.(Ulp. ad. ed.)

Institutionen vermuten. Es ging ja nicht darum, das Racherecht eines Einzelnen wegen einer ihm gegenüber begangenen Rechtsgutverletzung durch das Gesetz zu beschränken. Tatsächlich scheint es so gewesen zu sein, dass den *quaestores parricidii* die Einleitung des Verfahrens vor der Zenturiatsversammlung mittels Anklage nicht nur im Falle des Mords oblag, sondern bei allen Verbrechen, die mit der Kapitalstrafe geahndet wurden. Somit hatten sie auch den Verrat zu verfolgen. Initiativ tätig werden kann der Staat auch im Wege der magistratischen *coercitio*.

Das (privat zu verfolgende) Delikt begründet nach der zur Talion abgemilderten maßlosen Rache den Bußanspruch des Verletzten.¹⁵ Die seitens des Staats gewünschte Einschränkung der Ausübung des Racherechts erforderte es zunächst, dass die ihrer Natur nach maßlose Rache durch die Wiedervergeltung (Talion) abgelöst werde, und schließlich, dass der Täter dem Opfer dessen Recht zur Wiedervergeltung abkaufen konnte.¹⁶ Dieser Rechtszustand war in den Zwölftafeln erreicht. Der „Kauf“ bewirkte Bestrafung des Verantwortlichen und Genugtuung für den Verletzten. Die Buße war Privatstrafe. Im Gegensatz zur heutigen Geldstrafe im öffentlichen Strafrecht kam sie dem Verletzten zugute.¹⁷ Die funktionale Verschränkung beider Rechtsgebiete wird in spätere Zeit bei der Konkurrenz der im Falle eines *delictum privatum* entstehenden Ansprüche offenbar: Während rein sachverfolgende Klagen (*rem tantum*) und reine Strafklagen (*poenam tantum*)¹⁸ kumulativ gehäuft werden können,¹⁹ ist der dritte Typ der Klage, die gemischte Klage (*rem et poenam*), nur elektiv zu erheben. Die verschiedene Funktion der jeweiligen Klageart findet Ausdruck in den Konkurrenzen.²⁰

¹⁵ Im Wege der *actiones poenales* (bzw. der *actiones mixta*); *poena* (ποινη) als griechisches Lehnwort bezeichnete ursprünglich ein Sühnegeld.

¹⁶ V. JHERING, RUDOLPH: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1. Teil, 8. Aufl. Leipzig 1924, S. 129ff.

¹⁷ Neben die Buße trat in der Zeit der mittleren Republik der Schadensersatz mit dem Ziel, einen Ausgleich für den erlittenen Schaden zu schaffen: Die *lex Aquilia* (287 v. Chr.) sah den Ausgleich des *damnum iniuriae* (=Vermögenseinbuße) vor.

¹⁸ Zu deren Unterscheidung vgl. Gaius, 4, 112: *est ... certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae.*

Es ist die sicherste Regel des Rechts, dass Strafklagen aus Übeltaten gegen den Erben weder zugelassen noch gewährt werden, gleichwie aus Diebstahl, aus mit Gewalt gestohlenen Gütern, aus Körperverletzungen, aus Sachbeschädigung.

¹⁹ LEVY, ERNST, Die Konkurrenz der Aktionen und der Personen im klassischen römischen Recht, Bd.I., Berlin 1918, S. 428ff.

²⁰ Aussagekräftiger wäre noch eine definitive Aussage über das Verhältnis von Pönalklage und sich aus demselben Lebenssachverhalt ergebendem *iudicium publicum* in der Art, dass das eine erhobene Pönalklage (oder das ihr stattgebende Urteil) eine öffentliche Strafe ausschließt. Allerdings ist die Antwort auf diese Frage höchst umstritten, vgl. LIEBS, DETLEF: Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, Göttingen 1972, S. S. 266 Anm. 161.

Mit diesen Ausführungen ist angedeutet, dass das Objekt der Betrachtung in der Frühzeit des römischen Rechts zwar Strafrecht benannt wird, es für die Privatdelikte jedoch mit Begriffen charakterisiert wird, die nach heutiger Terminologie dem Zivilrecht zuzuordnen sind. Eine Trennung beider Rechtsgebiete ist im Hinblick auf ihre funktionale Verschränkung in der Zwölftafelzeit und auch danach nicht immer möglich, wenngleich die Rechtsfolge den Weg zu den *delicta privata* einerseits und den *crimina publica* andererseits zeigen. Die Trennlinie der Darstellung verläuft durch das Zivilrecht und fügt den Taten, die öffentliche Strafen zur Folge haben, die Delikte hinzu, die im Wege der Pönalklage Privatstrafen für den Schädiger nach sich ziehen. Entsprechend verläuft im Verfahrensrecht die Trennlinie. Der Deliktsprozess, mit dem die *delicta privata*, aber auch Delikte verfolgt werden, die zumindest als Reflexwirkung²¹ die Interessen „jedes einzelnen aus dem Volk“ schützen und für die eine *actio popularis*²² erteilt werden kann, gehörten nach römischem Verständnis zum Privatrecht.²³ Der Komitialprozess, in dem die *crimina publica* verfolgt werden, gehört zum *ius publicum*. Gleichwohl ist den Römern die funktionale Verschränkung der *delicta privata* mit den *crimen* und somit die Zusammengehörigkeit von Teilen des *ius civile* und des *ius publicum* stets bewusst gewesen. Dieses Bewusstsein hat schließlich auch Ausdruck in der Zusammenfassung des strafenden Rechts in den Büchern 47, 48 und 49 der Digesten gefunden.

II. Diachronischer Ansatz der Untersuchung

Diese Darstellung des römischen Rechts von Täterschaft und Teilnahme will einen Ansatzpunkt für einen Vergleich bieten. Der Vergleich ist aber nicht nur in der Form des Gegenüberstellens zweier konkret-sachlicher Regelungen eines bestimmten Lebenssachverhalts denkbar. Gewinnbringend ist es, Grundgedanken der rechtlichen Regelungen herauszuarbeiten und die gedanklichen Substrate von Sachverhalten zum Gegenstand des Vergleichs zu machen. Über die Grundgedanken der Behandlung von Täterschaft und Teilnahme im römischen Recht besteht Unsicherheit. Lediglich einige Fragen sind beantwortet worden,²⁴ oder es sind Querschnitte des Rechts entwickelt worden, zumeist des klassischen. Bei der Rückbeziehung der von klassischen und nachklassischen Juristen gewonnenen Ergebnisse hinsichtlich der

²¹ Vgl. CASAVOLA, FRANCO: Studi sulle azioni popolari: Le „actiones populares“, Neapel 1958, S. 15.

²² Vgl. KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, S. 610 m.w.N., BRUNS, CARL GEORG: Popularklagen, in: Kleinere Schriften, Bd. I, Weimar 1882, S. 313ff.; MOMMSEN, THEODOR: Popularklagen in ZS 24 (1903) S. 1ff.; JAHR, GÜNTHER: Rezension ZS 77 (1960), S. 472ff.

²³ Vgl. KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, S. 26, 147, 609.

²⁴ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899; ROBINSON, OLIVIA F.: The Criminal Law of Ancient Rome 1994.

Rechtsslage ihrer Zeit auf die frühromische Zeit ist jedoch Vorsicht walten zu lassen, sofern nicht ausdrücklich auf die frühromischen Quellen Bezug genommen wird.²⁵ Zudem hat die Überlieferung, wenn nicht die Entwicklung eines eigenständigen Strafrechts durch die römischen Juristen, unter der bereits erwähnten Verteilung der strafrechtlichen Materie gelitten.

Abhandlungen aus neuerer Zeit rücken den Entwicklungsstand des klassischen Rechts in den Mittelpunkt ihrer Darstellung und beachteten die davor liegenden rechtlichen Regelungen nicht: Eine geschlossene Behandlung des Problems der Beteiligung mehrerer an einem Delikt im frühromischen Recht ist noch nicht unternommen worden.²⁶ Zum anderen sind moderne Autoren der Frage nach der Entwicklung von Täterschaft und Teilnahme bislang in der Weise aus dem Weg gegangen, dass für einzelne Delikte und Entwicklungsstände des römischen Rechts gesicherte Ergebnisse zur Behandlung von Täterschaft und Teilnahme generalisiert wurden²⁷, was schon im Ansatz der fallorientierten Vorgehensweise römischer Juristen als maßgeblicher Rechtsschöpfer nicht gerecht wird.

Erstes Bemühen der Arbeit soll es daher sein, durch eine Zusammenschau des Rechts der Zwölftafeln und des justinianischen Rechts unter Beachtung der Entwicklung im klassischen Recht die Grundgedanken herauszuarbeiten, denen die Behandlung der Teilnahme mehrerer an einer Straftat zugrunde liegen.

²⁵ Sehr wohl können jedoch die justinianischen und die nachjustinianischen Quellen Aufschluss über das klassische und das vorklassische Recht geben, vgl. KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. 1971, S. 190ff.

²⁶ Vgl. MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, ROBINSON, OLIVIA F.: The Criminal Law of Ancient Rome 1994.

²⁷ Vgl. ROBINSON, OLIVIA F.: The Criminal Law of Ancient Rome 1994, S 19.

1. Kapitel: Täterschaft und Teilnahme im Recht der Zwölftafeln

I. Die Voraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in frührömischer Zeit – Die unmittelbare Täterschaft

Die Verwirklichung eines in den Zwölftafeln oder den *leges regiae* genannten Tatbestandes hatte neben der beschriebenen Handlung oder dem Eintritt des inkriminierten Erfolges weitere Voraussetzungen, die sich den Deliktstatbeständen selbst selten oder gar nicht entnehmen lassen. Man kann insoweit von allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit sprechen.

Hier soll eine Einführung in diese allgemeinen Voraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit gegeben werden, die für den weiteren Gang der Darstellung erforderlich sind. Zum einen wird damit gezeigt, welche Voraussetzungen vorliegen mussten, um Täter eines Delikts sein zu können, zum anderen können erste Merkmale der Verantwortlichkeit anderer an der Tat beteiligter Personen abgeleitet werden.

1. Das Tatsubjekt

a) Der römische Bürger

Die Regelungen der Zwölftafeln haben dem Zweck gedient, gleiches Recht für Patrizier wie Plebejer festzulegen. Standesschranken bestanden auf Gebieten fort, die die ordentliche Gerichtsbarkeit nicht berührte.¹ Somit war zunächst jeder Inhaber des Bürgerrechts als Adressat des Zwölftafelgesetzes tauglicher Täter eines Delikts. Dabei ist davon auszugehen, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit nur für den Einzelnen, nicht für eine Personenmehrheit festgestellt werden konnte. Das römische Strafrecht kannte Menschen als Subjekt der Straftat nur in der Form des Individuums.²

Geahndet werden konnten nur Taten eines Lebenden.³ Der Grund hierfür ergibt sich aus dem beherrschenden Gedanken vom Anfang der Entwicklung des römischen Strafrechts, dem Rachedenken. An dem Toten war keine Vergeltung mehr zu üben.⁴ Aus diesem Gedanken folgt, dass wo das pönalisierte Verhalten keinen

¹ FLACH, DIETER: Die Gesetze der frühen römischen Republik, Darmstadt 1994, S. 2.

² D.4.3.15.1 (Ulpian 11 ad. ed.).

³ D.38.16.1.3, (Ulpian 12 ad Sab.); D.48.1.3. (Ulpian 35 ad Sab.); D.48.4.11 (Ulpian 8 disp.).

⁴ Gaius, 4, 112: *est ... certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae.*

Es ist die sicherste Regel des Rechts, dass Strafklagen aus Übeltaten gegen den Erben weder zugelassen noch gewährt werden, gleichwie aus Diebstahl, aus mit Gewalt gestohlenen Gütern, aus Körperverletzungen, aus Sachbeschädigung.

Angriff auf die Rechtsgüter eines Einzelnen darstellt, der Tote sehr wohl verantwortlich sein konnte. Handelte es sich um ein Verbrechen gegen die Allgemeinheit wie den Hochverrat (*perduellio*), so konnte auch der verstorbene Täter angeklagt und bestraft werden.⁵ Die Strafe in Form der Verhinderung der Bestattung oder auch der Zerstörung des Grabes sowie die Verwünschung des Andenkens an den Toten wirken auch nach dem Tod.⁶

b) *Infans, impuber* und Frauen

Die *impuberes* sind die Geschlechtsunreifen. Sie sind unmündig.⁷ Das Zwölftafelgesetz kennt die spätere Unterscheidung zwischen *infans* (Geschäftsunfähige) und *impubes* nicht oder benennt sie zumindest nicht, sondern führt die aufgrund ihres Alters und Entwicklungsstandes vom Recht besonders zu Behandelnden in dem hier zu betrachtenden Bereich des Deliktsrechts insgesamt als *impubes*.⁸ Inwieweit die *impuberes* als fähig erachtet wurden, Delikte zu verwirklichen, richtete sich als Tatfrage nach den Umständen des Einzelfalls⁹ und den einzelnen Tatbeständen. Dies soll mit den Erörterungen zum Erfordernis der *dolus*, insbesondere bei der Brandstiftung und beim Diebstahl von Feldfrüchten, geklärt werden. Kleinkinder, die später unter die Kategorie der *infantes* fielen, waren von Haftung ausgenommen.¹⁰ Frauen sind nach Erlangung der Mündigkeit, also regelmäßig nach dem zwölften Lebensjahr deliktsfähig.¹¹

c) Sklaven

Sklaven sind Menschen *in potestate*¹², sie unterstehen der Hausgewalt des *pater familias*, die freilich hier keine familienrechtliche, sondern eine auf das Eigentum an dem Sklaven gegründete ist. Gleichwohl wird der Sklave niemals tatsächlich als Sache angesehen, wenngleich seine rechtliche Stellung während der Republik abgewer-

⁵ D.38.16.1.3, (Ulpian 12 ad Sab.); D.48.1.3. (Ulpian 35 ad Sab.); D.48.4.11 (Ulpian 8 disp.).

⁶ D.3.2.11.3 (Ulpian 6 ad ed.), 31.76.9 (Papinianus 7 resp.).

⁷ KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 84; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 84.

⁸ Tab. VIII, 5 (VIII, 9); I, 19 (VIII, 14).

⁹ KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 84; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 75f.

¹⁰ KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 84; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 76.

¹¹ KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 84; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 78.

¹² Gai. 1, 52.

tet wird¹³ und obgleich der Verlust und der Erwerb der Gewalt über ihn den Regeln über den Eigentumserwerb und -verlust folgen. Dieser Stellung entspricht es, dass Sklaven rechtsunfähig sind. Sie konnten keinerlei Verpflichtungen eingehen, die sie oder ihren Herren belastet hätten. Nichtsdestotrotz können Sklaven Täter eines Deliktes sein, denn eine Deliktsunfähigkeit wurde ihnen nicht unterstellt. Im Gegenteil fielen die Strafen gegen sie härter aus als gegen Freie.¹⁴ Der Geschädigte war wegen der mangelnden Rechtsfähigkeit gezwungen, sich an den Herren des Sklaven zu halten und die seinem Zugriff entgegenstehende Hausgewalt im Wege einer Noxalklage zu überwinden.¹⁵

d) *Furiosus*

Über die rechtliche Stellung des gemeingefährlichen Wahnsinnigen, nicht des einfachen Geisteskranken, gibt Tab. V, 7 Auskunft:

Tab. V, 7 *si furiosus? prodigusue? ess(i)t, agnatum gentiliumque in eo (familiaque)? pecuniaque? eius potestas esto.*

Wenn jemand geisteskrank oder verschwendungssüchtig ist, sollen die Agnaten und die Gentilen über ihn und sein Hausgut und sein Gesamtvermögen das Bestimmungsrecht haben.

Der Wahnsinnige war unfähig, rechtlich relevant zu handeln. Die Geschäfts- und auch die Deliktsfähigkeit sind völlig ausgeschlossen.¹⁶

e) Ausländer

Die freien Fremden erscheinen in den Zwölftafeln als *hostis*.¹⁷ Die Erwähnung eines Ausländers als möglicher Prozessgegner in Tab. II, 2, die in Tab. VI, 4 (III, 7) impliziert die Möglichkeit eines Rechtserwerbs durch Ausländer und der Ausschluss des Erwerbs durch Ersitzung (*usucapio*)¹⁸ unterwirft den *hostis* dem Recht der Zwölftafeln.

¹³ KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 84; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 112ff.

¹⁴ So beim manifesten Diebstahl, der für den Freien Geißelung und Schuldknechtschaft (*adictio*), für den Sklaven nach der Geißelung den Tod durch Sturz vom tarpeischen Felsen bedeutete: Tab. I, 19 (VIII, 14).

¹⁵ S. 1. Teil, 2. Kapitel, III. 4. c) cc).

¹⁶ KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 84.

¹⁷ Tab. II, 2 und VI, 4.

¹⁸ FLACH, DIETER: Die Gesetze der frühen römischen Republik, Darmstadt 1994, S. 146f., der Tab. VI, 4 mit den Bestimmungen hinsichtlich der Ersitzung und der unterschiedlichen Fristen rekonstruiert.

Die Geltung eines Territorialprinzips für Delikte, die von einem Nichtbürger auf römischem Boden gegen einen römischen Bürger verübt worden sind, kann allerdings für diese Zeit nicht mit letzter Sicherheit festgestellt werden.¹⁹ So mag der täterische Fremde der Selbsthilfe des verletzten römischen Bürgers unterfallen sein. In späteren Phasen der Rechtsentwicklung ist der *hostis* Adressat des öffentlichen Strafrechts.²⁰ Dies gilt unabhängig vom Tatort zumindest dann, wenn die Tat gegen das römische Gemeinwesen gerichtet ist.²¹

f) Delikte, die eine besondere Eigenschaft des Täters voraussetzen

Bei den folgenden Delikten der Zwölftafeln handelt es sich um solche, die nicht von jedermann verwirklicht werden können. Sie treffen eine täterbezogene Negativselektion insoweit, als der Täter Merkmale aufweisen muss, die ihn, wenn auch nur vorübergehend, von anderen unterscheiden und ihn allein als Täter in Betracht kommen lassen.

aa) Bruch des Treuebundes

Tab. VIII, 10 (VIII, 21): *si patronus clienti fraudem fecerit, sacer esto.*

Wenn der Patron seinen Schutzbefohlenen übervorteilt hat, sei er verflucht.

Im Tatbestand werden *patronus* und *cliens* genannt. Die Klienten waren in Rom „Schützlinge“ oder „Schutzbefohlene“ einer römischen *gens*. Sie waren Bürger, die durch freiwillige Selbstunterstellung (*applicatio*), oder Ausländer, die durch freiwillige Ergebung (*deditio*), ein Klientelverhältnis mit dem *patronos* begründeten.²² Freigelassene, deren frühere Herren nach ihrer Freilassung die Stellung des Patrons einnahmen, gehören ebenfalls zu dieser Gruppe.²³

Das Verhältnis zwischen Patron und Klienten ist ein Schutz- und Treueverhältnis (*fides*). Gewöhnlich ist der älteste *gentilis* als *patronus* zum Schutz des Klienten (zur Hilfe in der Not, zu rechtlicher Vertretung vor Gericht u. dgl.) verpflichtet. Der Klient hatte ebenfalls Pflichten gegenüber dem Patron (Leistung eines Beitrags zur Ausstattung der Töchter, zum Lösegeld aus feindlicher Gefangenschaft, zu ge-

¹⁹ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 79.

²⁰ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 106, allerdings ohne zeitliche Einordnung des Ergebnisses.

²¹ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 105.

²² KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 118f.

²³ KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 118f.

richtlichen Strafgeldern u. dgl.). Außerdem bestanden gegenseitige Verpflichtungen zwischen dem Patron und seinem Klienten. Keiner durfte gegen den anderen klagen, gegen ihn oder für die Gegner stimmen oder Zeugnis ablegen.²⁴

Neben einem solchen Verhältnis setzt der Tatbestand voraus, dass der Patron sich auf Kosten des Klienten bereichert hat. Wahrscheinlich ist, dass der Patron den Klienten ausgebeutet haben muss.²⁵ Es geht der Sache nach sowohl um die Zufügung eines Vermögensschadens wie um die übermäßige und mit dem Inhalt des Schutz- und Treueverhältnisses unvereinbare Inanspruchnahme des Klienten. Die Verwendung von *fraus* weist auf eine vorsätzliche Begehung hin. *Fraus* bedeutet „betrügerische Absicht“, impliziert also den Willen zur Schädigung des Schutzbefohlenen. Die harte Sanktion versteht sich im Hinblick auf die besondere Bedeutung des Treueverhältnisses für den Bestand der Gemeinde insgesamt.

bb) Vorteilsannahme und Bestechlichkeit

Der vermutliche Inhalt der Tab. IX, 3 lautet:

*nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur?*²⁶

Müsstest Du nicht das als ein hartes Gesetz anerkennen, welches einen auf rechtmäßige Weise bestellten Richter oder unparteiischen Schiedsmann mit dem Tode straft, der überführt worden ist, in der ihm zur Beurteilung übertragenen Sache Geld angenommen zu haben?

Ein Richter oder Schiedsmann hat im Hinblick auf seine Entscheidung in einer Rechtssache Geld angenommen. Ob dieses Geld einen Einfluss auf den Prozessausgang genommen hat oder nicht, ist nicht sicher, aber wegen der Erwähnung der zu entscheidenden Sache wahrscheinlich. Unsicher ist zudem, um was für einen Prozess es sich gehandelt haben muss. Der Einordnung in Tafel IX zufolge könnte es sich um einen Prozess handeln, der nicht vor den Zenturiatkomitien verhandelt wird.²⁷

Die Tat kann nur von einem Richter oder Arbitr begangen worden sein. Der Tatbestand bildet eine vom Normzweck her eine Entsprechung zu den heutigen §§ 331 Abs.

²⁴ GOTTFRIED SCHIEMANN: Patronus, in: Cancik, Hubert; Schneider, Helmut (Hrsg.): Der Neue Pauly: Enzyklopädie der Antike, Bd. 9, Stuttgart Weimar 2000, S. 422.

²⁵ Gellius, Noctes Atticae 20.1.40.

²⁶ Gellius, Noctes Atticae 20.1.7; Cicero, de officiis III, 111.

²⁷ MACCORMACK, GEOFFREY: The Liability of the Judge, in: ANRW (Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt) II, 14, Berlin - New York 1982, S. 4ff., 5.

2 und 336 StGB.²⁸ Es handelt sich um ein Sonderdelikt. Zum Vorsatz ist hier zu sagen, dass dieses Delikt nur mit Vorsatz des Richters oder des Arbiters gedacht werden kann. Eine unvorsätzliche Verknüpfung von Entscheidung und erhaltenem Geldbetrag ist nicht möglich.

cc) Falschaussage

Tab. VIII, 12 (VIII, 23): *si falsum testimonium dixerit, de saxo deicito.*

Wenn er falsch Zeugnis abgelegt hat, soll er vom Felsen hinabgestürzt werden.

Die Zeugen in dieser Entwicklungsphase des römischen Rechts können in zwei Gruppen eingeteilt werden. Die erste Gruppe besteht aus solchen Zeugen, die bei der Vornahme eines Rechtsakts anwesend und für dessen Wirksamkeit oder Rechtmäßigkeit sie konstitutiv sind. Zur zweiten Gruppe gehören die Zeugen, die über Tatsachen außerhalb eines Rechtsgeschäfts, die sie selbst wahrgenommen haben, aussagen sollen.²⁹ In der Praxis wird diese Unterscheidung keine große Rolle gespielt haben, da im Fall eines Streits über die Wirksamkeit eines Libralgeschäfts oder einer Hochzeit durch *confarreatio* die erste Gruppe von Zeugen gerade über den Rechtsakt, bei dessen Vornahme sie anwesend waren, berichten sollen.

Tab. VIII, 12 (VIII, 23) stellt die falsche Aussage *apud iudicem* unter Strafe. Es handelt sich um ein Tätigkeitsdelikt. Alle weiteren Tatbestandsmerkmale sind unsicher.³⁰ Zunächst ist unklar, ob die Aussage bewusst falsch abgegeben sein musste. Des Weiteren ist ungewiss, ob die Aussage objektiv oder subjektiv falsch sein musste. Schließlich hat dieser Tatbestand möglicherweise einen Prozess vorausgesetzt, in dem es um die Verhängung der Kapitalstrafe ging.

Wenngleich die Voraussetzungen der Falschaussage nicht geklärt sind, so ist das für diese Untersuchung interessierende Merkmal des Tatbestandes deutlich. Nur der, der in den Zeugenstand berufen ist und falsch aussagt, wird mit dem Tode bestraft.³¹ Auch dieses Verbrechen sieht eine besondere Täterqualität vor.

²⁸ Die Strafe dessen, der den Richter bestochen hat, bleibt unklar. Dass dieser nicht ungestraft blieb, ist wahrscheinlich, kann anhand der Quellen aber nicht nachgewiesen werden.

²⁹ MACCORMACK, GEOFFREY: *Witnesses in the Law of the Twelve Tables*, in: *BIDR* 76 (1973) S. 225ff., 231f.

³⁰ MACCORMACK, GEOFFREY: *Witnesses in the Law of the Twelve Tables*, in: *BIDR* 76 (1973) S. 225ff., 241ff.

³¹ Zweifelhaft ist, ob sich dieser Tatbestand nur auf den falsch aussagenden Sklaven bezog und somit auch in dieser Hinsicht nach moderner Strafrechtsdogmatik ein Sonderdelikt ist. MACCORMACK, GEOFFREY: *Witnesses in the Law of the Twelve Tables*, in: *BIDR* 76 (1973)

dd) Zusammenfassung

Die Zwölftafeln kennen eine Reihe von Delikten, deren Tatbestände eine bestimmte Eigenschaft des Täters beschreiben und so den Täterkreis begrenzen. Diese Tatbestände setzen von vornherein ein bestimmtes Subjekt der Tat voraus. Daneben wird in anderen Tatbeständen die eigenhändige Begehung zumindest inhaltlich-logisch vorausgesetzt. Das führt ebenfalls zu einer Begrenzung des Täterkreises.

2. Die Beziehung zwischen Tat und Täter: Kausalität und Verschulden

Nach heutiger Auffassung setzt die Haftung für einen rechtlich missbilligten Erfolg sowohl einen objektiven Zusammenhang zwischen Tat und Täter in Gestalt der Kausalität³² als auch eine subjektive Beziehung des Täters zu seiner Tat, das Verschulden, voraus. Kausalität und Verschulden wurden von den frühen Rechtsordnungen nicht getrennt.³³ Dennoch soll im Folgenden versucht werden, die Beziehung zwischen dem Täter und seiner Tat und der Einstellung zu seiner Tat gesondert darzulegen.³⁴

a) Kausalität

Den frühen römischen Juristen war eine selbständige Kausalitätslehre, noch dazu eine naturwissenschaftlich geprägte wie die Äquivalenztheorie, unbekannt.³⁵ Stattdessen war die Kausalität eine „von Gesetz zu Gesetz, von Sachbereich zu Sachbereich verschiedene Wertaussage über die Verbindung von Handlung und Erfolg“.³⁶ Gleichwohl wurde erkannt, dass eine Verbindung zwischen dem missbilligten Erfolg und der Per-

S. 225ff. S. 242f., schlägt diese Einschränkung im Hinblick auf die Bestrafung des offenkundig diebischen Sklaven vor, der vom tarpeischen Felsen gestürzt wird. Die Strafe wird nur dort und bei der falschen Aussage angedroht. MACCORMACKS Erklärung ist freilich nicht zwingend. Es gibt auch eine andere plausible Deutung des hohen Strafmaßes und der besonderen Vollstreckungsart: In einer Zeit, in der der Zeugenbeweis das einzig verfügbare Beweismittel darstellt, muss die Wahrhaftigkeit der Zeugen durch besonders harte Sanktionierung der falschen Aussage sichergestellt werden.

³² Anders, wenn wie bei den schlichten Tätigkeitsdelikten, z.B. § 154 StGB, kein Außenweltereignis vorausgesetzt wird.

³³ HOKE, RUDOLF: Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. Wien Köln Weimar 1996, S. 26.

³⁴ Grundsätzlich kritisch zu einem solchen Unterfangen MACCORMACK, GEOFFREY: Fault and Causation in Early Roman Law, in: RIDA (1981) 28, S. 97ff., S. 112, der anthropologische Beobachtungen bei heutigen „primitiven“ Gesellschaften auf die damalige Zeit übertragen möchte. Danach sollen Verwandtschaft zwischen Täter und Opfer, der Einzelfall und eine grundsätzliche Unbeachtlichkeit eines subjektiven Elements maßgeblich bei der Zurechnung eines Erfolges ein.

³⁵ MACCORMACK, GEOFFREY: Aquilian Studies, in: SDHI 41 (1975), S. 1ff., 29f.; ZIMMERMANN, REINHARD: The Law of Obligations, Cape Town München 1990, S. 991.

³⁶ SELB, WALTER: Kausalität in der dogmengeschichtlichen Betrachtung, in: Horak, Franz; Waldstein, Wolfgang (Hrsg.) FS Hredlitzcka München 1972, S. 215ff., 217.

son bestehen musste, wollte man die fragliche Person zur Verantwortung ziehen. Die Frage nach dem Zusammenhang zwischen Tat und Täter beinhaltet die Frage nach dem, was nach moderner Dogmatik Kausalität genannt wird.

Um den Inhalt dessen bestimmen zu können, was in der Frühzeit des römischen Rechts die Funktion der heutigen Verursachung übernahm, soll zunächst der Blick von der Zwölftafelzeit in die Klassik gerichtet und untersucht werden, welcher Beziehung zwischen Tat und Täter es nach dem ersten Kapitel der *lex Aquilia* bedurfte. Danach wird untersucht, ob das gewonnene Ergebnis auf die Haftung nach den Zwölftafeln übertragbar ist. Anschließend werden die Problematik der Beweisführung als Hinweis auf das Kausalitätsverständnis und der Wortlaut des Gesetzes zur Verifizierung des Ergebnisses herangezogen.

aa) Die Kausalität³⁷ in der *lex Aquilia*

Ein Problembewusstsein und darauf beruhende Erörterungen zur Verursachung finden sich zuerst in Ausführungen der klassischen römischen Juristen zum ersten Kapitel der *lex Aquilia*³⁸ (287 v. Chr.):

Kap. 1: *si quis servum servam alienum alienam quadrupedem pecudem iniuria occiderit, quanti id eo anno plurimi fuit, tantum aes ero dare damnas esto.*

Wenn irgendeiner widerrechtlich einen Sklaven oder eine Sklavin, die ihm nicht gehören, oder ein vierfüßiges Tier getötet hat, muss er verurteilt werden, soviel Geld zu geben, wie dieses in demselben Jahr am meisten wert gewesen ist.

Als problematisch wurde erachtet, welches Verhalten noch diesen Tatbestand erfüllte:

D.9.2.9.2 (Ulpianus 8 ad ed.): *si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait.*

³⁷ Wenn hier durchgehend der Begriff Kausalität verwendet wird, so muss auf den allgemeinen Gedanken in der Einleitung hingewiesen werden. Selbstverständlich haben die Römer nicht in der Kategorie Kausalität gedacht, sondern eher den Inhalt des Wortes *occidere* zu ergründen versucht. Das beinhaltet aber ein Nachdenken über die Beziehung zwischen der Handlung des Täters und dem eingetretenen Erfolg. Diese Beziehung bezeichnet die moderne Dogmatik als Kausalität, so dass die Überlegungen der römischen Juristen als Erwägungen hinsichtlich dessen, was heute als Kausalität bezeichnet wird, gelten dürfen, MACCORMACK, GEOFFREY: *Aquilian Studies*, in: SDHI 37 (1975), S. 1ff., 9ff.

³⁸ Zum strafrechtlichen Charakter der *lex Aquilia* BINDING, KARL: *Die Normen und ihre Übertretung*, 4. Band, Leipzig 1919, S. 63; MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 825ff., 832ff. Entscheidend für die Einordnung als *actio mixta* ist die „Schadens“-berechnung in Gai. 4, 19, nach der der Geschädigte besser gestellt wird, als er ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses stünde (Höchstwert des letzten Jahres).

Hat irgendjemand einen Sklaven dadurch getötet, dass er ihn verhungern ließ, so haftet er nach Neraz mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage

Nach dem Sachverhalt von D.9.2.9.2. – Tötung eines in fremdem Eigentum stehenden Sklaven – ist das erste Kapitel der *lex Aquilia* einschlägig. Der *quis* hat für den Tod des fremden Sklaven eine Ursache gesetzt, jedoch nicht eigenhändig getötet. Deshalb soll nach Ulpian nicht die *actio directa*, sondern eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage gewährt werden.

Der Grund dafür ist in der Bedeutung von *occiderit* und dem ihm immanenten engen Kausalitätserfordernis zu sehen. *Occiderit* ist als handgreifliches Töten im Wege einer zielgerichteten Angriffshandlung zu verstehen.³⁹ Doch fehlt es hier an der handgreiflichen Tötung. Auf den Sklaven hat der Täter der Sachbeschädigung nicht unmittelbar körperlich eingewirkt. Die Klage nach der *lex Aquilia* ist somit nach der von Ulpian referierten Ansicht Neraz nicht einschlägig. Um der Gerechtigkeit dennoch Genüge zu tun, wird sich stattdessen mit einer *actio in factum* beholfen. Nicht die *actio directa*, sondern eine andere, auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage wird gewährt.⁴⁰ Der Täter kann auf diese Weise zur Verantwortung gezogen werden und muss den Schaden wiedergutmachen.

Eine ähnliche Entwicklung durch die römischen Juristen hat Kap. 3 der *lex Aquilia* erfahren. Die Tatbestände *urere*, *frangere* und *rumpere* sind sehr eng und weisen auf das Erfordernis eigenhändiger Begehung und unmittelbarer Erfolgsverursachung hin. Das sahen auch die republikanischen Juristen,⁴¹ die – diesmal im Wege der Wortinterpretation – den Tatbestand erweiterten. *Ruperit* (brechen, zerbrechen, zerreißen, zerteilen, gewaltsam trennen, öffnen, zersprengen⁴²) wurde als *corrupe-rit* (der Existenz nach verderben, zuschanden machen, bis zur Unbrauchbarkeit beschädigen, zunichte machen, vernichten⁴³) aufgefasst. Letzteres beschreibt den eingetretenen Erfolg, während *rupere* eine konkrete Begehungsart und eigenhändi-

³⁹ D.9.2.51pr (Iulianus 86 dig.); D.9.2.7.1 (Ulpianus 18 ad ed.); D.9.2.7.2 (Ulpianus 18 ad ed.), D.9.2.7.7 (Ulpianus 18 ad ed.), D.9.2.7.8 (Ulpianus 18 ad ed.), D.9.2.9pr (Ulpianus 18 ad ed.), D.9.2.9.1 (Ulpianus 18 ad ed.).

⁴⁰ Wie in Fällen nur mittelbarer Verursachung vor der Gewährung der *actio in factum* verfahren worden ist, ist streitig, hier aber auch ohne Belang. Für einen Überblick über den Streitstand HAUSMANINGER, HERBERT: Das Schadensersatzrecht der *lex Aquilia*, 5. Aufl. Wien 1996, S. 14, Anm. 30.

⁴¹ D.9.2.27.13 (Ulpianus 18 ad ed.). HAUSMANINGER hält diese Datierung durch Ulpian für falsch, sie sei zu früh angesetzt, HAUSMANINGER, HERBERT: Das Schadensersatzrecht der *lex Aquilia*, 5. Aufl. Wien 1996, S. 17.

⁴² Lateinisch-deutsches Handwörterbuch: *rumpo*, S. 1. Digitale Bibliothek Band 69: Georges: Lateinisch-deutsches Wörterbuch, S. 49127 (Georges-LDHW Bd. 2, S. 2426).

⁴³ Lateinisch-deutsches Handwörterbuch: *corrumpe*, S. 1. Digitale Bibliothek Band 69: Georges: Lateinisch-deutsches Wörterbuch, S. 14709 (Georges-LDHW Bd. 1, S. 1714).

ge Begehung fordert. Daneben verloren *urere* und *frangere* ihre ursprünglich vorhandene Selbständigkeit. Die von ihnen beschriebenen Tatbestände werden bei dem weiten Verständnis von *ruperit* als *corruperit* mit erfasst. Die Gewährung des Rechtsschutzes setzt hier nicht im gleichen Maße wie das erste Kapitel eine Erweiterung durch eine *actio in factum* voraus. Der Wortlaut sorgt für eine Gleichbehandlung von Fällen unmittelbarer und mittelbarer Verursachung.⁴⁴

Für die *lex Aquilia* muss deshalb bei der Beurteilung, ob ein Verhalten kausal für den eingetretenen Schaden war, von einem engen Kausalitätsbegriff ausgegangen werden.⁴⁵ Es wurde eine unmittelbare Verursachung gefordert, deren Anknüpfungspunkt eine unmittelbare Verletzungshandlung, ein unmittelbares Einwirken auf den Verletzten war.

Die Juristen der Klassik haben – wie Ulpian – in ihren Stellungnahmen nicht danach gefragt, ob es eines Kausalzusammenhangs überhaupt bedurfte. Sie setzten als selbstverständlich voraus, dass Handlung und Erfolg miteinander durch ein Ursache Wirkung - Verhältnis verbunden waren. Es ging nur noch um die Frage, wie die Kausalität beschaffen sein musste, um die *actio directa* zu gewähren. Sie wurde – wie das Beispiel oben zeigt – nur im Fall der unmittelbaren Kausalität gewährt. Zur Zeit des Plebiszits über den Erlass der *lex Aquilia* setzte ein Anspruch aus dieser gemischten Strafklage voraus, dass der Beklagte eigenhändig den Sklaven oder das Rind getötet hatte. Dieser Rechtszustand änderte sich nicht, vielmehr wurde *occiderit* zwar nicht von seiner ursprünglichen Bedeutung abweichend interpretiert⁴⁶, doch wurde nun in Fällen der mittelbaren Verursachung eine andere Klage gewährt, um das viele Fälle der Schadensverursachung nicht erfassende enge Kausalitätserfordernis veränderten Bedürfnissen anzupassen.

Spätere Gesetze der Republik wie die *lex Cornelia de sicariis et veneficis* (87 v. Chr.) verwenden eine andere Fassung des Tatbestandes. Danach ist zu bestrafen, wer eine „Ursache des Todes gesetzt hat“ (*causam mortis praestare*). Dies lässt den Schluss zu, dass ein weites Verständnis der Verursachung, das nicht allein die unmittelbare

⁴⁴ HAUSMANINGER, HERBERT: Das Schadensersatzrecht der *lex Aquilia*, 5. Aufl. Wien 1996, S. 13, 14ff. m.w.N; HONSELL, HEINRICH: Römisches Recht, 5. Aufl. Berlin Heidelberg New York 2001, S. 91; PUGGSLEY, DAVID: On the *lex Aquilia* and *Culpa* in: TR 50 (1982) S. 1ff., 7; PRICHARD, A.M.: Leage's Roman Private Law, 3. Aufl. London 1967, S. 411.

⁴⁵ HAUSMANINGER, HERBERT: Das Schadensersatzrecht der *lex Aquilia*, 5. Aufl. Wien 1996, S. 13, 14ff. m.w.N; HONSELL, HEINRICH: Römisches Recht, 5. Aufl. Berlin Heidelberg New York 2001, S. 91; PUGGSLEY, DAVID: On the *lex Aquilia* and *Culpa* in: TR 50 (1982) S. 1ff., 7; PRICHARD, A.M.: Leage's Roman Private Law, 3. Aufl. London 1967, S. 411; ZIMMERMANN, REINHARD: The Law of Obligations, Cape Town München 1990, S. 977ff., 983ff.

⁴⁶ Anders WATSON, ALAN: The Law of Obligations in the Later Roman Republic Oxford 1965, S. 243f.

telbare Verursachung erfasste, entwickelt worden war und dies durch eine Formulierung verdeutlicht wurde, die nicht einzelne eigenhändige Begehungsweisen aufzählte.

bb) Generalisierbarkeit des engen Kausalitätserfordernisses?

Es muss gefragt werden, inwieweit dieses Ergebnis auf die Zwölftafeln übertragen werden kann.

(1) Die Ansicht NÖRRS zur Kausalität in der Zwölftafelzeit

Die herrschende Ansicht geht für die Zeit der Zwölftafeln von der unmittelbaren Kausalität als grundsätzliche Voraussetzung der Haftung aus.⁴⁷ NÖRR hingegen vertritt, dass die Haftung in der Zwölftafelzeit nicht allein durch die unmittelbare Kausalität eines Verhaltens für den Erfolg ausgelöst wurde. Er meint, dass der Anlass für die umfassende Diskussion des Unterschieds zwischen *occidere* und *causam praestare* durch die römischen Juristen die Verwendung der *causa mortis* - Formel in der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* und nicht ein grundsätzlich enges Kausalitätsverständnis gewesen sei.⁴⁸ Er vertritt, die römischen Juristen der frühen Republik seien bereits vor der *lex Aquilia* in der Lage gewesen, mittelbare Kausalität rechtlich zu erfassen und sie in den Rechtsfolgen der unmittelbaren Verursachung gleichzustellen.⁴⁹ Gegen die Ansicht zur alleinigen Geltung unmittelbarer Kausalität als Voraussetzung der Haftung im Zwölftafelgesetz spreche die Formulierung von Tab VIII, 3 (VIII, 6). Ulpian referiert den Gesetzestext wie folgt:

D.9.1.1pr (Ulpianus 18 ad ed.): *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre.*

Wenn vorgetragen wird, dass ein vierfüßiges Tier Tierschaden angerichtet hat, gibt es eine aus dem Zwölftafelgesetz stammende Klage. Dieses Gesetz hat bestimmt, dass entweder ausgeliefert werden muss, was geschädigt hat, das heißt das Tier, das die

⁴⁷ HONSELL, HEINRICH; MAYER – MALY, THEO; SELB, WALTER: Römische Recht, 4. Aufl. Berlin Heidelberg New York London Paris Tokyo 1987, S. 229, 231ff.; JHERING, RUDOLPH VON: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. II, 2, Nachdruck der 8. Aufl., Darmstadt 1954, S. 424; KASER, MAX: Typisierter «Dolus» im altrömischen Recht, in: BIDR 65 (1962), S. 79ff., 80; ders.: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt – Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl. München 1971, S. 503; WIEACKER, FRANZ: Zwölftafelprobleme, in: RIDA 3 (1956), S. 459ff., 481; abschwächend VÖLKL, ARTUR: Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht, Wien Köln Graz 1984, S. 90 f.

⁴⁸ NÖRR, DIETER: Causa Mortis, Berlin Heidelberg New York 1986, S. 105.

⁴⁹ NÖRR, DIETER: Causa Mortis, Berlin Heidelberg New York 1986, S. 122f.

Schadenstat begangen hat, oder dass der Schätzwert für die Schadenstat zu leisten ist.

Auffällig ist die auf den ersten Blick weite Formulierung des Tatbestandes durch die Verwendung *pauperiem fecisse* (ursprünglich wohl *pauperiem faxit*). NÖRR weist zur Unterstützung seiner Vermutung darauf hin, dass man diese Worte (frei) mit „Schaden zufügen“ übersetzen könne. Diese „offene Fassung“ zeige, dass man auch keine Schwierigkeiten mit Fällen mittelbarer Kausalität hatte.⁵⁰ Danach ist die mittelbare Schädigung den Dezemviren vertraut und von ihnen rechtlich erfasst worden. Es habe somit keinen Grundsatz gegeben, wonach nur der, der selbst unmittelbar einen Erfolg herbeigeführt hat, allein in Anspruch genommen werden kann.

(2) Kritik an der Auffassung NÖRRS – Argumente zugunsten der herrschenden Auffassung

Entgegen der Ansicht NÖRRS muss aufrechterhalten werden, dass die unmittelbare Verursachung prinzipiell eine Voraussetzung für die Haftung in der Zeit der Zwölftafeln gewesen ist. *Pauperiem facere* ist nicht zwingend so zu verstehen, dass hier auch mittelbar verursachte Schäden gemeint sind. *Pauperies* ist der von einem Tier ohne Zutun eines Menschen angerichteten Schaden.⁵¹ In der Verbindung mit *facere* handelt es sich um eine weite Formulierung im Hinblick auf die vielfältigen, durch ein Tier verursachten Schäden. Dafür spricht die Formulierung der Zwölftafelgesetze selbst.

Eine präzise Eingrenzung und Beschreibung möglicher Schäden wie durch *rupit* [Tab I, 13 (VIII, 2)] oder *fregit* [Tab I, 14 (VIII, 3)] ist beim Tierschaden nicht möglich und sollte auch gar nicht vorgenommen werden. Es handelt sich bei der Formulierung des von Ulpian referierten Gesetzeswortlauts um eine bewusst allgemein gehaltene Formulierung, die dazu dient, eine große Vielfalt von Schadensarten an Personen oder Sachen erfassen zu können. Das belegt die Bedeutung von *faxit* innerhalb des Zwölftafelgesetzes an anderer Stelle. Die Verwendung von *faxit* ist auch für Tab. I, 15 (VIII, 4) gesichert.⁵² Als gesichert kann auch die Funktion von Tab. I, 15 (VIII, 4) gelten. Sie pönalisiert Angriffe, eigenhändig vorgenommene Tötlichkeiten gegen den Körper einer Person, die im Gegensatz zu den Bestimmungen der vorangehenden Tafeln zumindest keine dauerhafte Beeinträchtigung der Körperfunktion bewirken und die in erster Linie der Ehre des Opfers gelten.⁵³ Man kann in diesem Zusammenhang von einem Sammeldelikt⁵⁴ sprechen. Auch

⁵⁰ NÖRR, DIETER: *Causa Mortis*, Berlin Heidelberg New York 1986, S. 123.

⁵¹ LIEBS, DETLEF: *Damnum, damnare und damnas*, in: ZS 85 (1968) S. 173ff., 195f.

⁵² CRAWFORD, M.H. (Hg.): *Roman Statutes*, Bd. 2, London 1996.

⁵³ HAGEMANN, MATTHIAS: *Iniuria*, Köln Weimar Wien 1998, S. 2ff., 42 m.w.N.

⁵⁴ HAGEMANN, MATTHIAS: *Iniuria*, Köln Weimar Wien 1998, S. 42; LÜBTOW, ULRICH VON: *Zum römischen Injurienrecht*, in: *Labeo* 15 (1969), S. 131ff., 135f; ähnlich PLESCIA,

bei der Injurie beschreibt *faxit* die Vornahme einer in ihren Wirkungen im Voraus nicht bestimmbar Handlung, die aber dennoch sanktioniert werden soll. Um eine auch mittelbare Verursachung geht es nach den eigenhändig zu verwirklichenden Tatbeständen der Tab I, 13 (VIII, 2) und Tab I, 14 (VIII, 3) aber nicht.

Gleiches ergibt die Bedeutung von *faxit* in der als gesichert anzusehenden Rekonstruktion von Tab. I, 17 (VIII, 12)⁵⁵:

Tab. I, 17 (VIII. 12): *si nox furtum fa(x)it, (ast) im occisit, iure caesus esto.*

Wenn er bei Nacht einen Diebstahl begangen hat und man den Dieb getötet hat, soll er zu Recht erschlagen sein.

Nur der kann zu Recht erschlagen sein, wer selbst der Dieb ist. Dennoch wird die eigenhändige Begehung mit *faxit* beschrieben. Die Verwendung von *facere* stellt gerade keine offene Formulierung des Tatbestandes dar. Ebenso spricht der nach CRAWFORD rekonstruierte Wortlaut von Tab. I, 18 (VIII, 13) für dieses Verständnis von *faxit*:

Tab. I, 18 (VIII, 13): *si luci (furtum faxit, ast) se telo defendit, ... endoque plorato.*

Wenn er bei Tag einen Diebstahl begeht und sich mit einer Waffe verteidigt hat, ... soll er das Gerüft erheben.

Die Verteidigung mit einer Waffe erfolgt durch den, der selbst stiehlt und dabei er tappt worden ist. *Faxit* beschreibt hier die Diebstahlshandlung selbst. Für eine weite Bedeutung im Sinne einer mittelbaren Verursachung des Diebstahls ist kein Raum.

Die besseren Gründe sprechen dafür, dass *facere* zu diesem Zeitpunkt der Rechtsentwicklung nicht die mittelbare neben der unmittelbaren Kausalität, sondern eine Vielfalt unmittelbar verursachter Einwirkungen beschreibt.⁵⁶

NÖRR ist zuzugeben, dass die römischen Juristen auf den frühen Entwicklungsstufen wohl zwischen unmittelbarer und mittelbarer Verursachung zu unterscheiden vermochten. Doch löste prinzipiell die unmittelbare Verursachung die Haftung auf Grundlage der Zwölftafeltatbestände aus. Dafür können die Entwicklungsge-

JOSEPH: The Development of „iniuria“, in: Labeo 23 (1977), S. 271ff., 287f.; PÓLAY, ELEMÉR: „iniuria dicitur omne, quod non iure fit“, in: BIDR 88 (1985), S. 73ff., 75.

⁵⁵ BRUNS, CARL.GEORG.: Fontes Iuris Romanes Antiqui, Tübingen 1909, S. 31; CRAWFORD, M.H. (Hg.): Roman Statutes, Bd. 2, London 1996, S. 612; FLACH, DIETER: Die Gesetze der frühen römischen Republik, Darmstadt 1994, S. 173, der *factum sit* statt *faxit* annimmt.

⁵⁶ Gleiches hat auch für den *fur* zu gelten: Der Täter war unmittelbar kausal für den Erfolg. *Fur* bedeutet nach der ganz h.M. soviel wie Wegträger, NIEDERLÄNDER, HUBERT: Die Entwicklung des *furtum* und seine etymologischen Ableitungen, in: ZS 67 (1950) S. 185ff., 257; STEIN, PETER: School Attitudes in the Law of Delicts, in: Studi in honore di Arnaldo Biscardi, Bd. II, Mailand 1982, S. 281ff., 281.

schichte der Haftung, die Beweisproblematik, die Rechtsfolgen bei Delikten, bei denen keine Zurechnung des Erfolges aufgrund unmittelbarer Verursachung durch den Haftenden erfolgen kann und die Formulierung des Gesetzes selbst ins Feld geführt werden.

(3) Entwicklungsgeschichte

Für die herrschende Auffassung spricht das enge Verständnis der Kausalität noch fast 200 Jahre nach Erlass der Zwölftafeln, wie sich in der Verwendung von *occidere* zeigt. Sollte zur Zwölftafelzeit ein solches Verständnis der Kausalität nicht gegeben gewesen sein, sondern ein anderes, weites Verständnis, so müsste sich die Entwicklung der Bedeutung von *occidere* wie folgt darstellen: *Occidere* hätte von den Dezemviren zunächst weiter aufgefasst werden müssen, als das zur Zeit des Erlasses der *lex Aquilia* der Fall war. In dieser Zeit hätte auch mittelbare Verursachung ausreichen können, um die Haftung zu begründen.⁵⁷ Darauf hätte die Entwicklung in Richtung eines engeren Verständnisses der Kausalität in der *lex Aquilia* gehen müssen, um in der Folgezeit als nicht befriedigende Lösung für viele Fallgestaltungen erkannt und durch eine *actio in factum*⁵⁸ umgangen zu werden. Die an praktischen Erfordernissen orientierte Rechtsentwicklung macht den oben alternativ vorgestellten „schwankenden“ Entwicklungsverlauf unwahrscheinlich.⁵⁹

Ein anderer Weg scheint realitätsnäher. So wie die Äquivalenztheorie heute als zu weitmaschig erachtet wird, erachteten die römischen Juristen das Erfordernis einer unmittelbaren Verursachung als zu eng. Am Anfang der Rechtsentwicklung ist deshalb von dem Erfordernis unmittelbarer Kausalität für den Erfolg auszugehen.⁶⁰ Dies führte allerdings zu Unbilligkeiten, die zunächst je nach Fallgestaltung durch die Gewährung einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage beseitigt

⁵⁷ WATSON, ALAN: *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* Oxford 1965, S. 243 f.

⁵⁸ NÖRR, DIETER: *Causa Mortis*, Berlin Heidelberg New York 1986, S. 126ff., 137 f., 146ff. ist der Ansicht, dass davor eine Ausweitung von *occidere* im Wege der Fiktion stattgefunden habe. Gai. 4, 11 liefere ein Beispiel zur Vorgehensweise der Juristen. So wie dort im Wege einer Fiktion Weinstöcke mit Bäumen gleichgesetzt worden seien, so sei im Legisaktionenprozess die sich aus der Gesetzesformulierung ergebende Regelungslücke geschlossen worden. Für die Tötung lediglich mittelbar kausale Handlungen seien so unter *occidere* zu subsumieren gewesen. Dieser Vorschlag ist allerdings eher eine nicht belegte Vermutung. Dagegen MACCORMACK, GEOFFREY: Rezension zu NÖRR a.a.O., in: TR 56 (1988) S. 209ff., 210, der zu Recht kritisiert, dass die Gleichsetzung von Weinstöcken mit Bäumen bei Weitem gegenständlicher und leichter zu vollziehen sei als die Gleichsetzung des (mittelbar kausalen) Anstifters, der bei der Tat gar nicht in Erscheinung zu treten brauche, mit dem unmittelbar kausalen Täter.

⁵⁹ ZIMMERMANN, REINHARD: *The Law of Obligations*, Cape Town München 1990, S. 982 m.w.N.

⁶⁰ ZIMMERMANN, REINHARD: *The Law of Obligations*, Cape Town München 1990, S. 977.

werden konnten. Schließlich war eine Handlung dann kausal für die Tötung, wenn sie dem „*causam mortis praestare*“ genügte.⁶¹

In den Zwölftafeln selbst findet sich ein Indiz dafür, dass zur Zeit des Erlasses der *lex Aquilia* die Bedeutung von *occidere* als handgreifliche, unmittelbare Tötung bereits etabliert war.

Tab. VIII, 6 (VIII, 9): *si aedes acervumve frumenti iuxta domum? positum combusserit, uinctus uerberatus igni ...*

Wenn er ein Haus oder in der Nähe eines Hauses gelagerte Feldfrüchte verbrannt hat, soll er gebunden und geprügelt werden, durch Feuer (soll er getötet werden) ...

Welches Verb die durch Feuer bewirkte Tötung beschreibt, ist für die Zwölftafelzeit nicht mit letzter Sicherheit zu sagen. Es wird allgemein davon ausgegangen, dass die Überlieferung des Gaius den genauen Wortlaut wiedergibt⁶²:

D.47.9.9 (Gaius 4 ad l. XII tab.): *Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit...*

Danach wurde im Wortlaut der Zwölftafeln die Tötung hier mit *necari* beschrieben, nicht mit *occidere*. Wenngleich die – nicht mit letzter Sicherheit – nachzuweisende Verwendung von *necari* kein alleiniger Beweis für feste Bedeutung ist, die *occidere* zu dieser Zeit bereits zukam, so stärkt *necari* die oben vertretene Auffassung. Sollte bereits in der Zwölftafelzeit die enge Bedeutung von *occidere* gegolten haben, so hätte dieses Wort mangels mit handgreiflicher Gewalt begangener Tötung nicht auftauchen dürfen: Das Feuer tötet, nicht der Mensch.⁶³ Der nach dem bisherigen Ergebnis zur Kausalität in den Zwölftafeln zu erwartenden Verwendung von *occidere* wird eine aufgrund der Darstellung des Gaius rekonstruierte Tab. VIII, 6 (VIII, 9) vollauf gerecht.

⁶¹ So im Ergebnis die wohl h. M. HONSELL, HEINRICH: *Römisches Recht*, 5. Aufl. Berlin Heidelberg New York 2002, S. 91; HONSELL, HEINRICH; MAYER – MALY, THEO; SELB, WALTER: *Römisches Recht*, 4. Aufl. Berlin Heidelberg New York London Paris Tokyo 1987, S. 229; LÜBTOW, ULRICH v.: *Untersuchungen zur lex aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, S. 135ff.; SELB, WALTER: *Kausalität in der dogmengeschichtlichen Betrachtung*, in: Horak, Franz; Waldstein, Wolfgang (Hrsg.) *FS Herdlitzcka München 1972*, S. 215ff., ZIMMERMANN, REINHARD: *The Law of Obligations*, Cape Town München 1990, S. 977.

⁶² Dabei handelt es sich wenn nicht gar um den Wortlaut so doch um eine sinngemäße Wiedergabe des Wortlauts, MACCORMACK, GEOFFREY: *Criminal Liability for Fire in Early and Classical Roman Law*, in: *Index 3* (1972), S. 382ff., 382 Anm. 2 m.w.W.

⁶³ ANDREWS, N. H.: „*Occidere*“ and the *lex Aquilia*, in: [1987] *C.J.L.* 315ff., 322.

Damit ist freilich allein für *occidere* eine bereits zur Zeit der Zwölftafeln geltende Voraussetzung unmittelbarer Kausalität festgestellt. Die *lex Aquilia* regelt in ihrem ersten und dritten Kapitel ausdrücklich nur die Sachbeschädigung und erstmals den sich daraus ergebenden Ersatz eines Vermögensschadens,⁶⁴ da nun nicht mehr feste Bußen, sondern die dem Einzelfall angepasste Sachwertschätzung die Höhe des zu zahlenden Betrages vorgab.⁶⁵

Fraglich ist, inwieweit von einer Geltung des oben erarbeiteten Ergebnisses für die Kausalität auch bei allen Delikten der Zwölftafeln ausgegangen werden kann. Zunächst ist auf die Stellung der *lex Aquilia* im Gefüge der römischen Rechtsentwicklung hinzuweisen. Die *lex Aquilia* ist an die Stelle von Vorschriften getreten, die sich bereits in den Zwölftafeln fanden und die durch die *lex Aquilia* und ihr vorangegangene Gesetze an die veränderten wirtschaftlichen Bedingungen, insbesondere die fortschreitende Geldentwertung angepasst wurden.⁶⁶ Sie hat diese älteren Vorschriften ersetzt, stellt aber zugleich ihrem Umfang nach nur ein Reformgesetz dar. Einzelne Vorschriften der Zwölftafeln, die ebenfalls die Beschädigung von Sachen regelten, galten weiter, so die Buße für das Fällen eines fruchttragenden Baumes [Tab. I, 17 (VIII, 11)], die Schädigung einer fremden Wiese durch Abweiden - Lassen [Tab. VIII, 5 (VIII, 9)] und die Privatklage bei der Brandstiftung [Tab. VIII, 6 (VIII, 10)]. Für weitergehende Veränderungen bestand aus Sicht der Gesetzgeber offenbar kein Bedarf. So hat sich die durch den *rogator* als selbstverständlich vorausgesetzte strenge unmittelbare Kausalität in der engen Formulierung der genau umrissenen und beschränkten Tathandlungen (Kap. 1: *occiderit*; Kap. 3: *usserit, fragerit, ruperit*) widergespiegelt.

(4) Die Beweisproblematik

Ein weiteres Argument zugunsten eines grundsätzlich engen Kausalitätserfordernisses ist an die Erkenntnis anzuknüpfen, dass die Zurechnung eines Erfolges zum Handeln einer Person unerlässliche Voraussetzung dafür ist, einen Menschen für einen rechtlich missbilligten Erfolg einstehen zu lassen. Fraglich ist, wie zur Zeit der Zwölftafeln eine solche Beziehung zwischen Tat und Täter hergestellt werden konnte. Wie muss der Lebenssachverhalt beschaffen sein, der die Sanktion für den Täter hervorbringen kann?

⁶⁴ PERNICE, ALFRED: Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht, 1867, S. 93ff.

⁶⁵ Wobei die Regelung über die Gewährung von Schadenersatz hinausgeht. Es soll der höchste Wert ersetzt werden, den der Sklave oder das Tier zuletzt hatte. Ein bestrafender Charakter wohnt dieser Regelung noch immer inne.

⁶⁶ D.9.2.1.pr (Ulpianus 18 ad ed.). Das gilt sicher für das 3. Kapitel, das an die Stelle der Tab. I, 14 (VIII, 3) – *os fractum* - getreten ist, HAUSMANNIGER, HERBERT: Das Schadenersatzrecht der *lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien 1996, S. 9; PUGGSLEY, DAVID: On the *lex Aquilia* and *Culpa*, in: TR 50 (1982) S. 1ff., 4. Darüber hinaus ist anzunehmen, dass sämtliche in Kap 1 und 3 aufgeführten Tatbestände bereits in den Zwölftafeln angelegt waren.

Die Tatsachen – die Wegnahme fremden Gutes, die Tötung, die falsche Aussage – müssen der Gesellschaft zur Zeit der Zwölftafeln, der ein System der Beweiserhebung zur Verschaffung einer Gewissheit über Täter und Tat noch nicht vertraut ist⁶⁷ und die die Strafverfolgung keiner staatlichen Institution überlassen hat, klar erkennbar vorgelegen haben. Dem entspricht die Beweisbindung der Zwölftafeln: Ohne weiteren Ergebnissen vorgreifen zu wollen, soll an dieser Stelle bereits auf die harte Strafe beim *furtum manifestum* (offenkundiger Diebstahl) und die vergleichsweise mildere beim *furtum nec manifestum* (nicht offenkundiger Diebstahl) und dem *furtum conceptum* (dem im Wege der nicht förmlichen Haussuchung aufgefundenen Diebesgut) hingewiesen werden. Es liegt nahe, die milde Strafe einem gewissen Misstrauen selbst direkten Beweisen gegenüber zuzuschreiben. Nur die in dem Bemühen, jede Manipulationsmöglichkeit auszuschließen,⁶⁸ streng formalisierte Haussuchung *lance lico* im Anschluss an die Spurfolge nach erfolgtem Diebstahl liefert die Sicherheit, die für notwendig erachtet wird, um gegen den Dieb die Todesstrafe zu verhängen.⁶⁹ Es wird ein hohes Maß an Offenkundigkeit zur Verhängung der Strafe vorausgesetzt. Auch die Zuordnung des Erfolges zur Handlung des Verdächtigen muss diesem Offensichtlichkeitspostulat gefolgt sein. Dem hat nur die unmittelbare Verursachung eines Erfolges gerecht werden können.⁷⁰ Der Täter muss „den Volksgenossen notorisch gewesen sein“.⁷¹ Ähnliches hat für die Taten zu gelten, die bereits durch Handeln des Täters erfüllt waren. Eine Offensichtlichkeit durch einen Zeugenbeweis wird man hier nur dann erhalten haben, wenn der Zeuge berichten konnte, dass der Verdächtige die inkriminierte Handlung mit eigenen Händen begangen hat. All dem liegt zugrunde, dass eine unmittelbare Begehung durch den Täter als Regelfall jeder Deliktsverwirklichung angesehen wurde.

(5) Rechtsfolgen

Weiterhin kann der der Noxalhaftung zugrundeliegende Gedanke als Beleg eines grundsätzlichen Erfordernisses unmittelbarer Verursachung zur Begründung der Haftung angeführt werden.

⁶⁷ DAUBE, DAVID; Roman Law, Linguistic, Social and Philological Aspects, Edinburgh 1969, S. 152.

⁶⁸ Z.B. die Einbringung eigenen Gutes, um einen falschen Verdacht zu erregen.

⁶⁹ KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1901, S. 775; TOMULESCU, C. ST.: Die Rolle der *actio furti concepti* in F. De Visschers Anschauung, in: RIDA 15 (1968), S. 445ff., 455f., der noch weitere Indizien für die Täterschaft fordert. Eine prägnante Übersicht über die Bedeutung von *lanx* und *licium* statt vieler FLACH, DIETER: Das Zwölftafelgesetz, Darmstadt 2004, S. 19, 186ff.; ders: Die Gesetze der frühen römischen Republik, Darmstadt 1994, S. 177 f.; ähnlich: FLACH, ANDREAS: Die Fortgeltung des Zwölftafelrechts, Diss. Freiburg 2003, S. 67ff.

⁷⁰ HONSELL, HEINRICH; MAYER – MALY, THEO; SELB, WALTER: Römische Recht, 4. Aufl. Berlin Heidelberg New York London Paris Tokyo 1987, S. 231.

⁷¹ KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1901, S. 775.

In Fällen, in denen der Erfolg dem Haftenden nicht aufgrund seiner unmittelbaren Verursachung zugerechnet werden kann, verhängten die Zwölftafeln eine vergleichsweise milde Rechtsfolge.⁷² Dem lässt sich der Grundgedanke entnehmen, dass allein der unmittelbar Ursächliche der vollen Härte der Rechtsfolgen ausgesetzt sein soll, während demjenigen, der allein für die Gefahr einer von ihm besessenen Sache einstehen soll, Milde widerfährt.⁷³ Dennoch soll er aufgrund der „Sachgefahr“ den Verletzten nicht mit seinem Schaden allein lassen. Entsprechend ist die Buße mit dem einfachen Wert der zerstörten oder beschädigten Güter veranschlagt. Dieser Gedanke liegt der Noxalhaftung zugrunde, bei der der *pater familias* für eine Tat eines Gewaltunterworfenen oder eines ihm gehörenden vierfüßigen Haustiers einsteht. Dies gilt jedoch nur, wenn er den von der Rechtsanschauung dieser Zeit als wirklichen Täter betrachteten unmittelbaren Verursacher, sei er Mensch, sei er Tier,⁷⁴ nicht an den Verletzten hat ausliefern (*noxae deditio*) wollte. Der *pater familias* haftet nicht aufgrund seiner möglicherweise mittelbaren Verursachung des Erfolges, denn er kann das Tier auch getrieben haben, um einen Schaden zu verursachen, sondern aufgrund des gegen die Interessen des Geschädigten ausgeübten Eigentums.

(6) Gesetzesformulierung

Schließlich sollen noch einige Besonderheiten in den Formulierungen der Zwölftafeln näher betrachtet werden. Hier werden unbelebte Dinge, hinter denen aber zweifelsfrei erkennbar ein Mensch als Ursache steht, vom Gesetzestext behandelt, als wären sie die eigentlichen Täter⁷⁵, wohl weil sie die dem Erfolg nächste, wahrnehmbare Ursache sind:

Tab. VIII, 13 (VIII, 24): *si telum manu fugit magis quam iecit, (aries subiectus esto).*

Wenn das Geschoss mehr aus der Hand flieht als er es wirft, ist ein Widder an seiner Statt hinzugeben.

Die ungewöhnliche und umständlich wirkende Formulierung von Tab. VIII, 13 (VIII, 24) hat neben der Verschuldensfrage Anlass zu Spekulationen gegeben, warum die ansonsten um Prägnanz und Kürze bemühten Dezemviren nicht den Werfer als Subjekt des Satzes gewählt, sondern das Geschoss an dessen Stelle gesetzt haben. Nach herrschender Auffassung tritt in diesem Satz eine archaische Vorstellung der Dezem-

⁷² Vgl. Tierschaden in Tab. VIII, 2 (VIII, 6), das nächtliche Abweidenlassen einer Weide in Tab. VIII, 3 (VIII, 7), sowie der durch einen Unmündigen begangene Diebstahl von Feldfrüchten und Tab. VIII, 6 (VIII, 9).

⁷³ DAUBE, DAVID: *Nocere and Noxa*, in: (1939) 7 C.L.J. 23ff., 30f.; KASER, MAX: *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, S. 220f.

⁷⁴ MOLNÁR, IMRE: „Dolus malus“ im archaischen römischen Recht, in: BIDR 89 (1986), S. 465ff., 477.

⁷⁵ KASER, MAX: *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, S. 220.

virn über den tatsächlichen Verursacher des Schadens hervor, der eine mittelbare Täterschaft bei konsequenter Durchführung des hier formulierten Gedankens für die Zwölftafeln auszuschließen scheint. Die Formulierung legt nahe, dass der eigentliche Verursacher des Schadens das unbelebte Geschoss sei.⁷⁶ Dennoch haftet (natürlich) der Werfer, dessen Hand das Geschoss „entflohen“ ist. Das Geschoss als solches mag zwar als „Täter“ angesehen werden, doch als unbelebter Gegenstand kann es keiner Haftung unterliegen. Der Grund hierfür ergibt sich aus dem zunächst beherrschenden Gedanken vom Anfang der Entwicklung des römischen Strafrechts, dem Rachegedanken. An unbelebten Gegenständen oder Tieren war wie an dem Toten keine Vergeltung mehr zu üben. Anders verhält es sich jedoch beim Tatmittler. Mag er auch nach dem Verständnis des damaligen Juristen etwas sein, was heute als ein menschliches Werkzeug bezeichnet und sich als in der Hand eines anderen befindlich angesehen wird, so ist er doch, im Gegensatz zu dem Geschoss, das in Tab. VIII, 13 (VIII, 24a) gleichfalls Werkzeug der Verletzung ist, als Mensch taugliches Tatsubjekt und darüber hinaus je nach Tatbestand taugliches Objekt der Rache, der Talion oder des Bußanspruchs. Er ist bei Vorliegen auch der weiteren Voraussetzungen selbst haftbar. Insofern fehlt vor dem Hintergrund des Rachegedankens auch das Bedürfnis, auf einen anderen als den unmittelbaren Verursacher zuzugreifen. Der Zugriff auf ihn konnte das Rachebedürfnis stillen, die Talion verwirklichen oder den Bußanspruch befriedigen.

Am deutlichsten wird dieser Gedanke der Ursächlichkeit allein des dem Erfolg nächsten Grundes noch in der Klage wegen Schadens durch einen öffentlichen Regenwasserkanal.

Tab. VII, 8: *si aqua pluuiā nocet, «<arceto»>*

Wenn Regenwasser einen Schaden anrichtet, soll er es eindämmen.

Die Formulierung weist auf das Wasser als eigentlichen Täter hin.⁷⁷ Vorsichtig kann noch auf die Formulierung zweier späterer Gesetze hingewiesen werden. Die *lex Silia* (204 v. Chr.) bestimmt:

*si quis magistratus adversus hac d(olo) m(alo) pondera modicosque uasaque publica {modica} minora maiora faxit iusseritve re fieri dolumve malum duit quo ea fiant ...*⁷⁸

⁷⁶ KASER, MAX: Typisierter «Dolus» im altrömischen Recht, in: BIDR 65 (1962), S. 80., 81; WIEACKER, FRANZ: Zwölftafelprobleme, in: RIDA 3 (1956), S. 459ff., 481. Einschränkung VÖLKL, ARTUR: Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht, Wien Köln Graz 1984, S. 90f.

⁷⁷ DAUBE, DAVID: Nocere and Noxa, in: (1939) 7 C.L.J. 23ff., 30f.; KASER, MAX: Das altrömische Ius, Göttingen 1949, S. 220f.

⁷⁸ CRAWFORD, M.H. (Hrsg.): Roman Statutes, Bd. II, London 1996, S. 738.

Wenn irgendein Stadtbeamter entgegen dieser Regelungen vorsätzlich die öffentlichen Gewichte, Getreide- oder Hohlmaße zu schwer oder zu leicht gemacht hat, es angeordnet hat, dass dies geschieht oder vorsätzlich bewirkt hat, dass es geschieht ...

Der Magistrat bewirkt, dass Maße für den Handelsverkehr in Umlauf gebracht werden. Eine wie auch immer geartete Handlung im Sinne einer Selbstvornahme wird nicht erwähnt. Es geht vielmehr um eine mittelbare Verursachung des Erfolges. Hingegen ist die nicht eigenhändige Gefährdung der öffentlichen Wasserversorgung nach den *leges de aquis* (nicht früher als 312 v. Chr.) vom Wortlaut des Gesetzes noch nicht umfasst:

(1) *ne quis priuatus aliam ducito quam quae ex lacu humum accidit.*

Keine Privatperson soll Wasser zapfen, außer dass es aus der Zisterne zu Boden tropft.⁷⁹

(2) *ne quis aquam oletato dolo malo ubi publice saliet. Si quis oletarit, sestertiorum decem milium multa esto.*

Niemand darf Wasser mit böser List verschmutzen, wo es öffentlich zugänglich zutage tritt. Wenn irgendeiner eine Verschmutzung begangen hat, so soll es eine Geldstrafe in Höhe von 10.000 Sesterzen geben.

Es fehlt eine Formulierung, die auch eine Bestrafung dessen zulässt, der an der Tat eines anderen teilnimmt oder sie veranlasst. Die Formulierungen beider Gesetze können einen Zeitraum markieren, in dem es zu einer Abkehr vom Grundsatz eigenhändiger Verwirklichung als Voraussetzung der Strafbarkeit gekommen ist und eine gesonderten Verfolgung des Teilnehmers begann.

(7) Folgerungen

Die unmittelbare Verursachung war nicht der den Dezemviren als allein möglich bekannte Zusammenhang zwischen Handeln und Erfolg. Gleichwohl war es dieser Zusammenhang, der aus der praktischen Anschauung der Rechtsanwender der Zwölftafelzeit als grundlegende Voraussetzung der Haftung galt. Es soll nicht ausgeschlossen werden, dass in besonderen Konstellationen auch eine mittelbare Verursachung eines Erfolges gestraft werden konnte. Doch war die Regel eine andere: Die eigenhändige und unmittelbare Verursachung des Erfolges war die Voraussetzung der Haftung.

⁷⁹ CRAWFORD, M.H. (Hrsg.): *Roman Statutes*, Bd. II, London 1996, S. 729f.

b) Verschulden im altrömischen Recht

Wenn im Folgenden von „Verschulden“ die Rede ist, so muss dies vor dem Hintergrund gesehen werden, dass das römische Recht nicht zwischen dem Vorsatz i.S.d. subjektiven Tatbestandsmerkmals und dem Vorsatz als Schuldform differenzierte, wie es auf Grund des normativen Schuldbegriffs geschieht. Die römischen Juristen späterer Zeit verwendeten *dolus* dennoch in der gleichen Funktion, die nach heutiger Dogmatik der Vorsatz in seiner Doppelfunktion hat. Er beschreibt den Willen zur Tat bei Kenntnis aller Tatbestandsmerkmale und wird zur Beschreibung der Schuldfähigkeit herangezogen: Für den *impubes* galt in der klassischen Zeit die unwiderlegliche Vermutung, er sei *dolo incapax*.

aa) *Dolus*

Der vermutete Grundsatz der Einheit aus Kausalität und Verschulden erfuhr im römischen Recht bereits in der Zeit des Königs Numa Pompilius (715-676 oder 672 v. Chr.) eine Einschränkung:

Festus 247: *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto.*

Wenn irgendeiner einen freien Menschen wissend mit List dem Tod gegeben hat, so soll er zum Ausgleich getötet werden.⁸⁰

List (Wille zur Tat) und Wissen waren neben der Kausalität erforderlich, um als „Menschentöter“ zu gelten. Die Rechtsfolge verdeutlicht, dass zwischen dem „vorsätzlich“ herbeigeführten und dem nur zufällig verursachten Tod eines Menschen unterschieden wurde. Die bloße Verursachung reicht zwar aus, um die Verbindung zwischen Täter und Taterfolg zu begründen, doch genügt die von keinem subjektiven Element getragene Verursachung nicht zur Rechtfertigung der Kapitalstrafe. Der *sciens* und mit *dolo* handelnde Täter wurde getötet, während zur Sühne der unvorsätzlichen Tötung ein Widder genügte.

*In Numae legibus cautum es, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnates eos in contione offeret arietem.*⁸¹

In den Gesetzen des Numa ist vorgesehen, dass wenn irgendeiner sich nichts versahend einen Menschen getötet hat, er diesen Verwandten des Getöteten einen Widder anstatt seines Lebens in der Volksversammlung anbieten möge.

⁸⁰ Zu der Übersetzung vgl. LEIFER, F.: Parricidas, in : RE XVIII. 4, 1471 ff.

⁸¹ Servius, Commentarius in Vergilii Aeneidos, 4, 43.

Inwieweit im Anschluss daran das Zwölftafelgesetz noch auf der Stufe der reinen Erfolgshaftung verharrte oder die Schuld⁸² des Delinquenten allgemeingültig zur Rechtfertigung der Strafe heranzog, ist eine bislang sehr umstrittene Frage.⁸³

Sicher ist zunächst, dass sich im Zwölftafelgesetz zwei Regelungen finden, die sich *expressis verbis* mit einer nicht *dolus* und *sciens* begangenen Tat beschäftigen. Das ist zum einen Tab. VIII, 13 (VIII, 24), deren Wortlaut als gesichert gelten kann.⁸⁴ Es wird zwischen Vorsatzhaftung und Haftung für eine Tat unterschieden, die zumindest nicht vorsätzlich begangen worden ist. Wenn das Geschoss⁸⁵ der Hand des Werfers eher „entflieht“ als das er es geworfen hat, der Wurf also nicht auf das Opfer gerichtet ist, so unterliegt der Werfer nicht der Talion, sondern er schuldet einen Widder zur Sühne seines fehlgegangenen Wurfs.

Darüber hinaus differenziert die bereits genannte Tab. VIII, 6 (VIII, 14) zwischen verschiedenen Brandstiftungstatbeständen:

si aedes aceruumue frumenti iuxta ?domum? positum combusserit, uinctus uerberatus igni ... si casu ..., noxiam sarcito ...

Wenn er ein Haus oder in der Nähe eines Hauses gelagerte Feldfrüchte verbrannt hat, soll er gebunden und geprügelt werden, durch Feuer (soll er getötet werden) ... wenn durch Zufall ..., soll er den Schaden wiedergutmachen ...

Wer ein in der Nähe eines Hauses befindliches Gebäude oder eine Hocke in der Nähe eines Hauses verbrannt hat, soll danach gebunden und ausgepeitscht, sodann durch das Feuer zu Tode gebracht werden. Wenn Haus oder Feldfrüchte durch Zufall vernichtet werden, so soll der Verursacher hingegen nur den Schaden beseitigen. Wie im Fall des *si telum* wird die Unterscheidung anhand des Vorsatzes getroffen.

⁸² Es soll nicht versucht werden, einer sich gerade literarisierenden Gesellschaft die moderne Dogmatik der Strafrechtswissenschaft aufzuzwingen. Strikt gegen ein solch „unhistorisches“ Unterfangen wendet sich MACCORMACK, GEOFFREY: „Dolus“, „Culpa“, „Custodia“ and „Diligentia“. *Criteria of Liability or Content of Obligation*, in: *Index* 22 (1994), S. 189ff., 193.

⁸³ Für eine Übersicht über den seitdem nicht wesentlich veränderten Meinungsstand MOLNAR, IMRE: „Dolus malus“ im archaischen römischen Recht, in: *BIDR* 89 (1986), S. 465ff., 469f.

⁸⁴ CRAWFORD, M.H. (Hg.): *Roman Statutes*, Bd. 2, London 1996, S. 693. Nicht völlig geklärt ist hingegen, ob es *subiectus* oder *subiectus* geheißen hat. Die Bedeutung „anstatt anbieten“ spricht für *subiectus*.

⁸⁵ Der Begriff „*telum*“ trifft an sich nur auf das Geschoss einer Fernwaffe (Schleuder, Bogen etc.) zu. Er ist aber wohl weit aufzufassen, Gai.D.50, 16, 233, 2.: „*telum*“ *volgo quidem id appellatur, quod ab arcu mittitur: sed non minus omne significatur, quod mittitur manu: ita sequitur, ut et lapis et lignum et ferrum hoc nomine contineatur*:...Ebenso gehört hierher der mit der Hand geworfene Speer oder Stein. Für ein enges Verständnis – nur als Speer – hingegen KUNKEL, WOLFGANG, *Das römische Kriminalverfahren in vorrullanischer Zeit*, S. 69, Anm. 258.

Die Gegensatzbildung erfolgt durch die Verwendung von *casu*. *Casu* bedeutet hier nicht eine Gefährdungshaftung, aufgrund derer der Herr über eine Gefahrenquelle für das sich realisierende Risiko einzustehen hat. Die Verwendung von *casu* dient dazu, zu verdeutlichen, dass der Brandstifter nicht *dolosus* und *sciens* ein Gebäude oder eine Hocke in Brand gesetzt hat. Nur in der letztgenannten Konstellation trifft den Täter die Kapitalstrafe. Hat er jedoch *casu* das fremde Eigentum zerstört, so wiegt seine Tat aus Sicht der Dezemviren leichter. Entsprechend beschränkt sich die Sanktion auf die Wiedergutmachung des Schadens im Wege der Naturalrestitution. Mit dieser sich in der Sanktion ausdrückenden Wertung ist auch gesagt, dass *casu* mehr ist als der zufällige Erfolgseintritt. Er umfasst neben der vorsatzlos, aber kausal herbeigeführten Inbrandsetzung auch die fahrlässige Brandstiftung.⁸⁶ Eine Unterscheidung von zufälligem Erfolgseintritt und fahrlässiger Begehung der Tat ist nicht erfolgt. Vielmehr setzten die römischen Juristen auch in späterer Zeit generell den Begriff *casus* mit *neglegentia* gleich.⁸⁷ *Casu* meint einen Sachverhalt, der aus Sicht des Täters als zufällig erscheint, weil er ihn nicht gewollt hat.

bb) Zweifelhafte Fälle: typisierter *dolus* oder Erfolgshaftung?

So eindeutig Tab. VIII, 6 und 13 (VIII 14 und 24) bei gesonderter Betrachtung erscheinen, so kontrovers ist ihre Bedeutung für die übrigen Deliktstatbestände des Zwölftafelgesetzes. Beide Gesetze dienen den widerstreitenden Ansichten als Beweis für die Richtigkeit der eigenen Auffassung. Mit ihrer (und weiterer Gesetze) Hilfe werden für die Zwölftafeln drei unterschiedliche Haftungsmodelle im Hinblick auf das Verschulden vorgeschlagen, die alle Gemeinsamkeiten aufweisen.

Danach ist das Haftungssystem der Zwölftafeln auf das Prinzip der reinen Erfolgshaftung gegründet, oder es gab zumindest bei den Körperverletzungstatbeständen ein Mischsystem: Einzelne Delikte erforderten *dolus*, andere differenzierten nach Vorsatz und Fahrlässigkeit und wieder andere blieben beim Prinzip der Erfolgshaftung. Schließlich wird vertreten, dass bestimmte Umstände, die in den Tatbeständen beschrieben wurden, die unwiderlegliche Vermutung dolosen Handelns auslösten.⁸⁸

⁸⁶ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 89 Fn. 5. Diese Beschränkung der „Erfolgshaftung“ der Zwölftafeln ist aber wohl bei jedem Delikt mitzulesen. Der Grund hierfür liegt in dem strengen Erfordernis unmittelbarer Kausalität, die ein wie auch immer geartetes, sich im Erfolg unmittelbar realisierendes Verhalten fordert.

⁸⁷ Die Gleichsetzung erfolgte auch noch in nachklassischer Zeit, D.48.8.1.3 (Marian 14 inst.)- *voluntas* und *casus*; Coll. 1.9.1 - *fraus* und *casus*; D.48.19.5.2 (Ulpianus 7 de off. procons.) - *consultum* und *casus*. Die schiere Langlebigkeit lässt diese Unterscheidung als festes und früh, schon aus pontificaler Praxis gewonnenes Prinzip des römischen Rechts bei bedeutenden Verbrechen erscheinen.

⁸⁸ LÜBTOW, ULRICH V.: Untersuchungen zur lex Aquilia, Berlin 1971, S. 84, vertritt, dass zwischen der Erfolgshaftung und dem typisierten *dolus* überhaupt kein Unterschied bestehe.

(1) Die strenge Erfolgshaftung

Die Vertreter der strengen Erfolgshaftung⁸⁹ sind der Auffassung, dass die Delikte, innerhalb deren Tatbestand keine explizite Unterscheidung zwischen unvorsätzlichem und vorsätzlichem Tun getroffen worden sei, als Erfolgsdelikte angesehen werden müssten. Die Ausnahme von diesem Grundsatz bildeten vereinzelte Delikte, die eindeutig zwischen mit Verschulden und unvorsätzlich herbeigeführtem Erfolg unterschieden. PÓLAY⁹⁰ als Vertreter der grundsätzlichen Geltung einer reinen Erfolgshaftung bestreitet nicht, dass bestimmte einzelne Delikte nur mit Vorsatz begangen werden konnten und dies den Dezemvirn bewusst gewesen sein muss. In diesen Fällen sei das Erfordernis der Schuld im Tatbestand mitzulesen. Der Art nach handele es sich bei diesem Verschulden um einen „objektivierten“ Vorsatz, einen typisierten *dolus malus*.⁹¹ Dabei wird von Vertretern dieser Ansicht darauf hingewiesen, dass die Voraussetzung der unmittelbaren Verursachung die Strenge des Gesetzes abmildert haben müsse.⁹²

(2) Kritik

Die Ansicht, die grundsätzlich von der reinen Erfolgshaftung als Haftungsmodell innerhalb des Zwölftafelgesetzes ausgeht, ist jedoch – abgesehen von den akzeptierten Durchbrechungen – nicht plausibel. Der Inhalt einer Erfolgshaftung ist gerade, dass die Strafe nur vom Erfolg her begründet wird. Nun werden die *impubes* in den Zwölftafeln jedoch weniger hart als die Erwachsenen bestraft:

Tab. I, 19 (VIII, 14) *si furtum manifestum est, ni pacit,
uerberat transque dato ... si impubes, uerberato noxiamque
sarcito*

⁸⁹ HONSELL, HEINRICH; MAYER – MALY, THEO; SELB, WALTER: Römisches Recht, 4. Aufl. Berlin Heidelberg New York London Paris Tokyo 1987, S. 231; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 837 für die iniuria; HUVELIN, PAUL: La notion de l' iniuria dans le très ancien droit romain, in: Mélanges Ch. Appleton, Lyon 1903, S. 9ff.; PÓLAY, ELEMÉR, Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom, in: ZS 101 (1984) S. 143, 183; WATSON, ALAN: Personal Injuries in the XII Tables, in: TR 43 (1975), 213ff., 222; einschränkend WITTMANN, ROLAND: Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht, Diss., München 1972.

⁹⁰ PÓLAY, ELEMÉR, Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom, in: ZS 101 (1984) S. 143, 183.

⁹¹ PÓLAY, ELEMÉR, Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom, in: ZS 101 (1984) S. 143, 183.

⁹² HONSELL, HEINRICH; MAYER – MALY, THEO; SELB, WALTER: Römisches Recht, 4. Aufl. Berlin Heidelberg New York London Paris Tokyo 1987, S. 231; WITTMANN, ROLAND: Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht, München 1972, S. 19ff.

Wenn der Diebstahl offenkundig ist, soll er (der Magistrat) prügeln und ihn dem Bestohlenen als Sklaven zusprechen, es sei denn, er einigt sich ... Wenn er die Pubertät noch nicht erreicht hat, soll er geißelt und der Schaden wiedergutmacht werden.

Tab. VIII, 5 <<<*si nox segetem pauerit secueritue, Cereri suspensus esto. si impubes, uerberato duplioneque damnum decidito.*>>>

Wenn er bei Nacht hat weiden lassen oder die Feldfrüchte abgeerntet hat, soll er für Ceres aufgehängt werden. Wenn er die Pubertät noch nicht erreicht hat, soll er geißelt werden und gegen ihn soll eine Buße vom Doppelten des Schadens verhängt werden.

Ob der *impubes* stiehlt oder bei Nacht die Weide abweiden lässt oder die Feldfrüchte erntet, der Erfolg liegt vor, unabhängig vom Alter des Täters. Die Sache ist dem Eigentümer entzogen, die Weide ist abgeweidet und das Feld abgeerntet. Dennoch fällt die Strafe für den *impubes* milder aus. PÓLAY sagt zur Begründung des Prinzips der reinen Erfolgshaftung, die Kausalbeziehung allein führe zur Strafe des deliktsunfähigen Unmündigen. Anders könne die Tatsache, dass der *impubes* überhaupt einer Strafe unterliege, nicht erklärt werden,⁹³ denn er sei ja gerade an sich nicht in der Lage, Unrecht zu tun. Der *impubes* unterfällt so „nur“ der Prügelstrafe und muss den Schaden wiedergutmachen oder nach der Prügel Buße in Höhe des doppelten Werts leisten. Bei seiner Argumentation nimmt PÓLAY selbstverständlich die für spätere Zeiten zweifelsohne geltende Deliktsunfähigkeit der *impuberes* auch für die Zeit der Zwölftafeln an und schließt von dieser, der Ansicht der h.M. zum Beginn der Deliktsfähigkeit entgegengesetzten Prämisse⁹⁴ ausgehend, dass neben dem Erfolgseintritt die Kausalität ausreiche, den Tatbestand zu verwirklichen.

Abweichend von PÓLAYS Ansicht und der Geltung des Prinzips der reinen Erfolgshaftung scheint vielmehr zweierlei gegolten zu haben: Die Antwort auf die Frage, warum der *impubes* milder bestraft wurde, ist außerhalb des eingetretenen Erfolges und der Kausalität zu suchen. Das Verschulden muss, da Erfolg und Kausalität ja vorliegen, als ein weiteres Element – möglicherweise auch als negatives Merkmal – der deliktischen Haftung in diesen Tatbeständen enthalten gewesen sein. Somit bietet sich als Erklärung für die mildere Strafe die aus der Erfahrung gewonnene Einsicht, dass der Unmündige nicht oder nur unvollkommen in der Lage ist, einen vernünftigen Willen zu bilden. Es besteht die klare – nicht die klar

⁹³ PÓLAY, ELEMÉR, Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom, in: ZS 101 (1984) S. 143ff., 181.

⁹⁴ KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 84; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 75f.

formulierte – Einsicht, dass Kinder für ihre Handlungen nicht voll verantwortlich zu machen sind. Die Idee, dass Strafe eigene Verantwortlichkeit für eigenes Handeln voraussetzt, ist in diesem Haftungskonzept angelegt.

Nun kann dem entgegengehalten werden, bei *furtum* handele es sich um ein Delikt, das auch aus der Sicht der Vertreter der reinen Erfolgshaftung nur vorsätzlich begangen werden könne. Deshalb sei eine Unterscheidung zwischen *pubes* und *impubes* hier selbstverständlich und geboten. Das gleiche würde dann auch für den Erntefrevel gelten. Aus der engen Begrenzung der Haftungsmilderungen auf zwei typischerweise vorsätzlich begangene Delikte könnte dann weiter geschlossen werden, dass bei allen Delikten, die keine Haftungsmilderung für den *impubes* vorsehen, von einer Erfolgshaftung auszugehen sei. Das Ergebnis ist hart und realitätsfern. Auch andere Delikte, in denen der *impubes* nicht erwähnt wird, sind als unvorsätzlich begangene Taten nicht denkbar, wie zum Beispiel das Anstimmen des *malum carmen*. Sollten Unmündige hier stets mit der vollen Härte des Gesetzes behandelt worden sein? Dies erscheint zweifelhaft. Von einem „Prinzip“ der Erfolgshaftung kann nicht gesprochen werden.

(3) VÖLKLS Ansicht zu den subjektiven Voraussetzungen der Körperverletzungstatbestände

Für die Körperverletzungstatbestände hat VÖLKL ein den bisherigen Ansichten widersprechendes Bild gezeichnet. Die h.M.⁹⁵ geht davon aus, dass das Zwölftafelgesetz drei Tatbestände kannte, die Körperverletzungen erfassten. In Tab. I, 13 (VIII, 2) war wahrscheinlich die Verstümmelung eines Körperteils erfasst. Der Täter sollte, wenn er mit dem Opfer keinen Sühnevergleich schloss, die Talion erleiden.⁹⁶ Das folgende Gesetz Tab. I, 14 (VIII, 3) bestimmte, dass ein Knochen, der mittels der Hand oder eines Stocks gebrochen worden war, im Falle eines Freien mit 300 As, im Falle eines Sklaven mit 150 As zu ahnden war.⁹⁷ Schließlich wur-

⁹⁵ HONSELL, HEINRICH; MAYER – MALY, THEO; SELB, WALTER: Römisches Recht, 4. Aufl. Berlin Heidelberg New York London Paris Tokyo 1987, S. 368f.; KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 156 m.w.N.; VÖLKL, ARTUR: Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht, Wien Köln Graz 1984; WATSON, ALAN: Personal Injuries in the XII Tables, in: TR 43 (1975), 213ff.; ZIMMERMANN, REINHARD: The Law of Obligations, Cape Town München 1990, S. 1050 m.w.N.; anders BIRKS, PETER: (1969) 37 TR 163ff., der Tab. I, 14 (VIII, 3) mit Tab. VIII, 13 (VIII, 24a) vereinigt und so einen selbständigen iniuria-Tatbestand ablehnt.

⁹⁶ Tab. I, 13 (VIII, 2): si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.

Wenn er ein Glied (eines Körpers) verstümmelt hat, so soll ihm das Gleiche geschehen (Talion), es sei denn, er einigt sich mit ihm.

⁹⁷ Tab. I, 14 (VIII, 3): manu fustive si os fregit libero, CCC, (si) seruo, CL poena(e) su(n)to.

Wenn er einem freien Mann einen Knochen gebrochen hat, so beträgt die Buße 300, wenn einem Sklaven 150 (Asse).

den sonstige Verletzungen Tätlichkeiten gemäß Tab. I, 15 (VIII, 4) mit einer Zahlung von 25 As bestraft.⁹⁸

VÖLKL ist im Ergebnis der Ansicht, dass im Hinblick auf das Verschuldenserfordernis zwischen den einzelnen Körperverletzungsdelikten zu unterscheiden ist. Er sieht in den Regelungen der Körperverletzungsdelikte einen Normenkomplex, der aus Tab I, 13 – 15 (VIII, 2 – 4) sowie VIII, 13 (VIII, 24) besteht.⁹⁹ Die Körperverletzung *membrum ruptum* sei noch als reine Erfolgshaftung anzusehen. Die rein objektive Fassung des Tatbestandes ohne Beschreibung weiterer Tatumstände stütze diesen Schluss.¹⁰⁰ Der Täter, der nach Tab. I, 14 (VIII, 3) *manu fustive* einen Knochen breche, handele hingegen vorsätzlich.¹⁰¹ Das gleiche gelte für Tab. I, 15 (VIII, 4). Hier gehe es um Realinjurien, Angriffe auf die körperliche Unversehrtheit des Opfers. Der Täter handele hier zur Herabsetzung des Opfers, deshalb sei Vorsatz als Voraussetzung dieses Delikts mitgedacht worden.¹⁰²

Unter Einschluss des „*si-telum*-Satzes“ fänden somit reine Erfolgshaftung, Haftung für Verschulden einer bestimmten Art, nämlich dem Willen zur Herabsetzung des Opfers sowie die Haftungsmilderung für Fahrlässigkeit innerhalb der Körperverletzung nebeneinander Anwendung.¹⁰³

(4) Kritik der Ansicht VÖLKLs

An diesem buntscheckigen Bild der Verschuldenserfordernisse im Systems der Körperverletzungsdelikte ist jedoch Kritik zu äußern: Generell ist anzumerken, dass VÖLKLs Ergebnisse gerade vor dem Hintergrund seiner Argumentation zur Entwicklung des Rechts der Körperverletzungen nicht stringent erscheinen. Es wird von einer für diese Zeit der Rechtsentwicklung zu breiten gedanklichen Logik ausgegangen.

Die ansonsten verwendete Rekonstruktion nach CRAWFORD lässt hier entgegen der h.M. „*manu fustive*“ aus, CRAWFORD, M.H. (Hg.): *Roman Statutes*, Bd. 2, London 1996, S. 578, 606.

⁹⁸ Tab. I, 15 (VIII, 4): *si iniuriam alteri faxsit, uiginti quinque poenae sunt*.

Wenn er irgendein anderes Unrecht an einem anderen verübt, so sind 25 Asse die Buße.

⁹⁹ VÖLKL, ARTUR: *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Wien Köln Graz 1984, S. 93f.

¹⁰⁰ VÖLKL, ARTUR: *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Wien Köln Graz 1984, S. 48, 82.

¹⁰¹ VÖLKL, ARTUR: *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Wien Köln Graz 1984, S. 150ff.

¹⁰² VÖLKL, ARTUR: *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Habil., Wien Köln Graz 1984, S. 187f.

¹⁰³ *Si membrum rupsit*: Erfolgshaftung; *si telum*: Fahrlässigkeitshaftung bzw. Haftungsmilderung bei nicht vorsätzlichem Handeln; *os fractum*: der oben dargelegte Vorsatz zur Herabsetzung des Opfers; *si iniuriam*: Vorsatz wie *os fractum*.

Gerade soll – wie VÖLKL selbst entwickelt – die Schwelle von der reinen Erfolgshaftung zu Ansätzen einer Verschuldenshaftung überschritten worden sein. Doch zugleich findet sich in einer zu dieser Zeit bereits geschlossenen Deliktsgruppe eine nahezu modern anmutende Vielfalt von Differenzierungen nach den Tatumständen und daraus herzuleitenden verschiedenen Verschuldensanforderungen. Dieses Ergebnis scheint schlecht in diese Phase der Rechtsentwicklung zu passen.¹⁰⁴

Die herrschende Ansicht¹⁰⁵ sieht in Tab. VIII, 13 (VIII, 24a) zu Recht eine bloß abgeänderte Fassung des *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*. Entscheidend gegen die Einbeziehung des *si-telum*-Satzes in ein System der Körperverletzungsdelikte und damit eine Differenzierung innerhalb dieser Tatbestände vom Vorsatz bis zur Fahrlässigkeit spricht, dass eine Gleichheit der Bestrafung von Tötung und Körperverletzung nur schwer vorstellbar ist. Die Folgen beider Taten sind einfach zu unterschiedlich: Im Falle der Tötung wird das Opfer seiner Familie auf immer entzogen, im Fall der Körperverletzung nicht. Die einheitliche Strafe für die Delikte ist vor diesem Hintergrund unplausibel.¹⁰⁶ Ein System der Körperverletzungsdelikte, zu dem der *si-telum*-Satz gehörte, hat es nicht gegeben. Eine Unterscheidung innerhalb der Körperverletzungen nach willentlicher Herbeiführung, fahrlässiger Begehung sowie reiner Erfolgshaftung ist für die Zwölftafelzeit nicht nachweisbar.

(5) Typisierter *dolus*

KASER¹⁰⁷ vertritt die Auffassung, dass alle von den Dezemvirn niedergelegten Deliktstatbestände das subjektive Element der Tat in Form eines typisierten *dolus malus* mitenthalten hätten.¹⁰⁸ Bei Sachverhalten, in denen ein rein zufälliges Handeln aller Erfahrung nach nicht ausgeschlossen war, hätten die Rechtsanwender die *dolus* unwiderleglich vermutet.¹⁰⁹ Das ist zum einen für eine Vielzahl von Delikten

¹⁰⁴ HAGEMANN, MATTHIAS: *Iniuria*, Diss., Köln Weimar Wien 1998, S. 44.

¹⁰⁵ FLACH, DIETER: *Die Gesetz der frühen römischen Republik*, Darmstadt 1994, S. 183; HAGEMANN, MATTHIAS: *Iniuria*, Diss., Köln Weimar Wien 1998, S. 28ff.; MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 835 Anm. 10; WIEACKER, E.: *Zwölftafelprobleme*, in: RIDA 3 (1956) S. 459ff., 482; WITTMANN, ROLAND: *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, Diss., München 1972, S: 18

¹⁰⁶ MACCORMACK, GEOFFREY: *Rezension zu VÖLKL, ARTUR: Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Habil., Wien Köln Graz 1984, in: ZS 104 (1987), S. 764ff., 770.

¹⁰⁷ KASER, MAX: *Typisierter «Dolus» im altrömischen Recht*, in: BIDR 65 (1962), S. 79ff.; DAUBE, DAVID: *Roman Law, Linguistic, Social and Philological Aspects*, Edinburgh 1969, S. 163ff., 171f.

¹⁰⁸ KASER, MAX: *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt – *Das altrömische, das vor-klassische und klassische Recht*, 2. Aufl. München 1971, S. 155.

¹⁰⁹ KASER, MAX: *Typisierter «Dolus» im altrömischen Recht*, in: BIDR 65 (1962), S. 79ff., 81.

durch KASER nachgewiesen und von den Vertretern einer prinzipiellen Erfolgshaftung für diese Delikte auch nicht bestritten.¹¹⁰ Delikte, die in diese Gruppe gehörten sind das *furtum* in seinen Erscheinungsformen [Tab. I, 17 – 21 (Tab. VIII, 12 – 16)] und das *malum carmen incantare* (Tab. VIII, 1), sowie *fruges excantare* [Tab. VIII, 8 (Tab. VIII, 8)].¹¹¹ KASER ist der Auffassung, dass die Zwölftafelgesetze eine reine Erfolgshaftung für menschliches Verhalten¹¹² überhaupt nicht gekannt haben. Das folgt aus einer Annahme KASERS ganz grundlegender Natur. Die Strafe bezwecke eine Sühne. Sühne aber setze Schuld voraus. Eine reine Erfolgshaftung, die ihre Sanktionen ohne nach der Gesinnung des Täters zu schauen verhängt, ist danach „unhistorische Spekulation“.¹¹³

cc) Ergebnis

Der praktische Unterschied zwischen den Ansichten, die eine Erfolgshaftung oder einen typisierten *dolus* annehmen, ist gering: Ob jemand haftet, weil er den Erfolg herbeigeführt hat, oder ob er haftet, weil er den Erfolg herbeigeführt hat und deshalb ein Verschulden unwiderleglich vermutet wird, ist vom Ergebnis her gleich.¹¹⁴ Gleichwohl ist die von KASER begründete Ansicht zum typisierten *dolus* im Hinblick auf die Begründung von Strafe überzeugender.

Festzuhalten ist für die Zwölftafelzeit, dass der Grundsatz des typisierten *dolus malus* für die Delikte, deren Handlung oder Erfolg unmittelbar durch menschliches Handeln hervorgebracht wurde, galt. Stellenweise war eine Unterscheidung von Vorsatz und nicht vorsätzlichem Verhalten gegeben. Innerhalb des nicht vorsätzlichen Verhaltens wurde zwischen fahrlässigem Verhalten und *casu*, einem Fall, in dem der Täter kausal für die Tat war, dabei aber nicht einmal fahrlässig handelte, nicht unterschieden.

Der Zusammenhang zwischen Kausalität und Verschulden besteht darin, dass die unmittelbare Verursachung eines rechtlich missbilligten Erfolges die unwiderlegliche Vermutung des Verschuldens als Voraussetzung der Strafe auslöste.

¹¹⁰ Es sind dies *furtum* an sich (*furtum conceptum* und *oblatum*, *manifestum* und *nec manifestum* etc.), *tignum iunctum*, *vindicta falsa*, *dedicatio in sacrum*, *Litiskreszenz*.

¹¹¹ Darüber hinaus kann unabhängig von KASER auf folgende Delikte verwiesen werden, die nach der Fassung des Tatbestandes oder aufgrund der beschriebenen Handlung nur als vorsätzlich begangene Delikte denkbar sind:

¹¹² MOLNÁR, IMRE: „*Dolus malus*“ im archaischen römischen Recht, in: *BIDR* 89 (1986), S. 465ff., 477 hat Kaser entgegengehalten, dass dann auch Tiere mit *dolus* gehandelt haben müssten. MOLNÁRS Argumentation gegen KASER geht an dieser Stelle ins Leere. Selbstverständlich handelt das Tier ohne *dolus*. Ihn vorzusetzen bedeutete eine Gleichsetzung von Tier und Mensch.

¹¹³ Ebenso DAUBE, DAVID; *Roman Law, Linguistic, Social and Philological Aspects*, Edinburgh 1969, S. 163ff., 172f., 174.

¹¹⁴ LÜBTOW, ULRICH v.: *Untersuchungen zur lex Aquilia*, Berlin 1971, S. 84; MOLNAR, IMRE: „*Dolus malus*“ im archaischen römischen Recht, in: *BIDR* 89 (1986), S. 465ff., 473.

3. Die Rechtswidrigkeit der Tat – Tab. I, 15 (VIII, 4) als Lösung der Frage nach einem Rechtfertigungsgrund?

Für die Zeit der Zwölftafeln fehlt es in den Quellen an ausdrücklichen Hinweisen auf Unrechtsausschließungsgründe, bei deren Vorliegen der Tatbestand zwar erfüllt ist, die Rechtsgemeinschaft aber das Handeln nicht als Verletzung einer Rechtspflicht ansieht. Vielmehr zeigen sich die Hinweise auf Handlungen, die Deliktstatbestände verwirklichen, aber nicht zu bestrafen sind, in ihrer Bedeutung nur unklar.

a) Problemaufriss und h.M.

Ansatzpunkte einer Untersuchung zur Frage nach dem Vorliegen von Rechtfertigungsgründen können die von den Zwölftafeln festgesetzten Folgen des nächtlichen wie des bewaffneten Diebstahls und die höchst streitige Bedeutung des Wortes *iniuria* in Tab. I, 19 sein. Den Anfang der Untersuchung sollen der nächtliche Diebstahl und der bewaffnete Diebstahl machen.

Tab. I, 17 (VIII. 12) *si nox furtum fa(x)it, (ast) im occisit, iure caesus esto.*

Wenn er bei Nacht einen Diebstahl begangen hat und man den Dieb getötet hat, soll er zu Recht erschlagen sein.

Tab. I, 17 (VIII, 2) eröffnet verschiedene Verständnismöglichkeiten der Tötung. Zum einen kann die Tötung, die zu Recht erfolgt, als sofort und durch das Opfer vollstreckbare Todesstrafe verstanden werden. Unmittelbar wäre bei diesem Verständnis der Stelle für eine Antwort auf die Frage nach der Regelung der Rechtswidrigkeit nichts gewonnen. Zum anderen könnte das Niederhauen, das zu Recht erfolgt ist, die erlaubte Folge der Verteidigung von Hab und Gut gegen fremden nächtlichen Zugriff beschreiben. Der Dieb, der des Nachts angetroffen wird, dürfte dann nach Auffassung der Dezemvirn in Verteidigung der eigenen Rechtsposition getötet werden. Hier läge dann der gesuchte Hinweis auf ein in den Zwölftafeln statuiertes, wahrscheinlich aber älteres Notwehrrecht für den Fall des nächtlichen Diebstahls vor.

Weiteren Aufschluss bietet der bei Tageslicht begangene, räuberische Diebstahl.¹¹⁵

Tab. I, 18 (VIII. 13) *si luci (furtum faxit, ast) se telo defendit, ... endoque plorato.*

¹¹⁵ Ob hier auch der Raub miterfasst wurde, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht ohne weiteres klar. *Defendit* spricht dafür, dass der Dieb selbst betroffen wird und daraufhin die Waffe einsetzt. Die Ansicht, dass *telum* auch eine Angriffswaffe bezeichnen kann, was für eine Einbeziehung des Raubes spräche, habe ich nicht gefunden. Gleichwohl erscheint eine Ausscheidung des Raubes aus der Tötungserlaubnis realitätsfern.

Wenn (er) bei Tage (einen Diebstahl begeht), (und) er sich mit einer Waffe verteidigt, ..., soll (der Bestohlene) Alarmrufe erheben.

Auch diese Stelle kann entweder als sofort und durch das Opfer vollstreckbare Todesstrafe oder als Bezeichnung der maximal erlaubten Folge der Verteidigung von Hab und Gut verstanden werden.

Die überwiegende Ansicht sieht in beiden Stellen Rudimente der durch die Zwölftafeln grundsätzlich beseitigten außergerichtlichen Vollstreckung.¹¹⁶ Beim *fur nocturnus* wie beim *fur, qui se telo defendit* ist die Tat offenbar. Der Wille zur Tat wie ihre Rechtswidrigkeit waren in beiden Fällen unwiderleglich erwiesen.¹¹⁷ In beiden Fällen gehe es um die Tötung des Diebes zu Strafzwecken unter Umgehung der bereits für den *furtum manifestum* vorgesehenen staatlichen *addictio*, auf die auch die Tötung folgen kann. WIEACKER begründet diese Auffassung damit, dass die Zwölftafeln die Tötung offenbar nicht von einer Gefahr für Leib und Leben des Angegriffenen abhängig machten. Es werde nach dem Zeugnis fast aller Quellen nicht ein Angreifer oder ein Flüchtiger, sondern ein Ergriffener getötet.¹¹⁸

b) Kritik an der h.M.

Allerdings verdrängt man mit dieser Argumentation den Angriff auf Hab und Gut des Bestohlenen, der ja sicher vorliegt. Eine Notwehrlage ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass lediglich Besitz und nicht Leib und Leben des Bestohlenen bedroht sind. Letzteres kann dagegen sehr wohl der Fall gewesen sein, wenn der Dieb sich mit einer Waffe verteidigte – hier konnte schnell eine Situation entstehen, in der das Leben oder die Gesundheit des Opfers durch den Täter bedroht war. Zudem bedeutet die Tötung auch des gefassten Wehrlosen nicht, dass der aktuell gefährliche Angreifer nicht getötet werden konnte. Die Feststellung

¹¹⁶ FLACH, DIETER: Die Gesetze der frühen römischen Republik, Darmstadt 1994, S. 174f; ders: Das Zwölftafelgesetz, Darmstadt 2004, S. 181; JHERING, RUDOLPH VON: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. I, Nachdruck der 8. Aufl., Darmstadt 1954, S. 130ff.; KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 158 Anm. 34; PERNICE, ALFRED: Labeo, 2. Band, 1. Abschnitt, 2. Aufl. Halle 1895, S. 78ff.; VOIGT, MORITZ: Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten. Bd. 2 Das Civil- und Criminalrecht der XII-Tafeln, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1883, 1966, S. 560; anders CRAWFORD, M.H. (Hg.): Roman Statutes, Bd. 2, London 1996, S. 612 ; WATSON, ALAN: Two Studies in Textual History, in: TR 30 (1962) S. 209ff., 218ff.

¹¹⁷ NIEDERLÄNDER, HUBERT: Die Entwicklung des *furtum* und seine etymologischen Ableitungen, in: ZS, 67, 1950, S. 185ff., 213; einschränkend PERNICE, ALFRED: Labeo, 2. Band, 1. Abschnitt, 2. Aufl. Halle 1895, S. 80f.

¹¹⁸ WIEACKER, FRANZ: Endoplorare, in: San Nicolo, Mariano; Steinwenter, Artur; Wilcken, Ulrich: Festschrift für Leopold Wenger, München 1944, S. 129 ff., 137f.

WIEACKERS reicht nicht aus, um diesen beiden Gesetzen der Zwölftafeln einen Charakter als ausschließliche Vollstreckungsregelung zu verleihen.

Für einen Charakter als kodifizierte Notwehrrechte sprechen die Formulierung *jure* beim nächtlichen Diebstahl und die Berufung des Gerüfts am Tage beim räuberischen Diebstahl. Sollte das *jure* nur die rechtmäßige, nach *addictio* zu erfolgende Vollstreckung des Todesurteils andeuten, so wäre diese Formulierung überflüssig: Sie müsste sich dann auch bei der Hinrichtung des Brandstifters oder des "Felddiebes" finden.

c) Argumente zugunsten der h.M.

Für den Fall des sich mit Gewalt verteidigenden Diebs erweist sich das *endoplorare* als einer wirksamen Notwehr gegenüber hinderlich. Soll die Verteidigung wirksam sein, kann auf die Zusammenkunft der Schreimannen nicht gewartet werden. Ertappt der Hausherr den bewaffneten Dieb, der sich seiner Ergreifung mit Waffengewalt zu entziehen sucht, und kommt es darüber zum Kampf, so ist es realitätsfern anzunehmen, der Hausherr habe solange Schutzwehr üben müssen, bis seine Nachbarn herbeigeeilt seien, um dann erst wirksam gegen den Dieb vorgehen zu können. Das Gerüft spricht vielmehr für die andere Alternative. Es ist der Beweis, vermittels dessen sich der Bestohlene vom Verdacht des Mordes befreit.

Die von der herrschenden Ansicht zur Entwicklung und Funktion des *endoplorare* angestellten und verästelten Überlegungen bedürfen für den Zweck dieser Untersuchung keiner weiteren Darstellung: Sicher kann nämlich der Schluss gezogen werden, dass der sich gegen einen gegenwärtigen Angriff Verteidigenden nicht als Mörder angesehen und getötet wurde (*parricidas esto*), weil ja sogar eine Tötung des Diebes erlaubt war, der seinen Angriff bereits eingestellt hatte.

Vorsichtig kann zum Beleg der Richtigkeit dieser Auffassung auch der Blick auf eine andere Regelung gewendet werden:

Tab. IV, 1 *si deformis natus est, ast non tollit, se fraude esto.*

Wenn er missgestaltet geboren ist, und er ihn aussetzt, soll es kein Verbrechen sein (soll er ohne Arglist sein).

Der Vater, der seinen missgestalteten Sohn aussetzt und ihn so zweifellos dem Tod preisgibt, macht sich keines Verbrechens schuldig. Die Formulierung in Tab. IV, 1 macht keinen Unterschied zwischen der schlicht erlaubten und einer tatbestandmäßigen, aber gerechtfertigten Tötung, obwohl diese Tötung angeblich gesetzgeberisch erwünscht war und somit nach heutiger Dogmatik eine Rechtfertigung für die an exzessive Ausübung des *ius necari* kraft *patria potestas* vorlag.

Zu keinem anderen Ergebnis führt die Untersuchung des dritten Körperverletzungstatbestandes, den die Zwölftafeln kennen.

Tab. I, 15 (VIII, 4) *si iniuriam ?alteri? faxit, uiginti quinque poenae sunt.*

Wenn er einem anderen gegenüber eine Tätlichkeit¹¹⁹ begangen hat, sollen fünfundzwanzig Ass die Strafe sein.

Die h.M.¹²⁰, die *iniuria* bereits zur Zwölftafelzeit als verselbständigt Delikt und *iniuria* damit als Terminus technicus ansieht, lässt für die Zwölftafelzeit selbst keinerlei Rückschlüsse auf die Auffassung von Recht und Unrecht sowie Rechtfertigungsgründen zu. Die Bezeichnung hat sich dieser Ansicht nach schon weit von ihrem Ursprung entfernt und lässt keine verallgemeinerungsfähige Trennung von Handlungen nach *ius* und nach *in-ius* mehr zu. Eine Trennung nach Recht und Unrecht, die dann auch die Anerkennung einer Rechtfertigung implizierte, ist in dieser Formulierung nicht zu sehen. Nach alledem bleibt eine Notwehr als anerkanntes Recht jedes Angegriffenen denkbar.¹²¹

II. Die Tatbegehung durch einen anderen, die Mittäterschaft und die Teilnahme im frühen römischen Recht

Aus der Formulierung des Zwölftafelgesetzes lassen sich zunächst ohne weitergehende Untersuchung erste einfache Schlussfolgerungen auf die Behandlung von Täterschaft und Teilnahme durch das frühe römische Recht ziehen. Die Delikte werden grundsätzlich durch das Tatobjekt und durch den Eintritt eines bestimmten Erfolges, seltener durch eine Handlung charakterisiert.¹²² Soweit die Handlung durch eine Person erfolgt, findet sich die 3. Person Singular in der Formulierung. Die Konstruktion des Satzaufbaus lässt sich also (mit Ausnahmen) typisieren: Nimmt jemand (A) eine Handlung vor oder führt [bei einem anderen B] einen Erfolg herbei, so wird er einer Sanktion unterworfen.

Auf der Ebene dessen, was heute als objektiver Tatbestand bezeichnet wird, ergibt sich vorläufig folgendes Bild: Jeder wird der Sanktion unterworfen, der die Handlung vornimmt. Eine weitere Unterscheidung danach, ob er allein handelt oder nicht, fehlt. Wenn nur der entsprechende Erfolg hervorgebracht wird, so scheint es gleich zu sein, ob er allein handelt oder sich mit einem zweiten, der die gleiche Handlung vornimmt, verabredet hat.

¹¹⁹ Für die Beleidigung durch Wort und Tat: FLACH, DIETER: Das Zwölftafelgesetz, Darmstadt 2004, S. 180 f.

¹²⁰ HAGEMANN, MATTHIAS: *Iniuria*, Diss., Köln Weimar Wien 1998, S. 2ff. m.w.N.

¹²¹ MACCORMACK, GEOFFREY: Fault and Causation in Early Roman Law, in: RIDA 28 (1981), S. 97 ff., 121; WACKE, ANDREAS: Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung, in: ZS 106 (1989), S. 468ff.

¹²² WIEACKER, FRANZ: Zwölftafelprobleme, in: RIDA 3 (1956), S. 459ff., 483ff.

Jedoch sind die weiteren Voraussetzungen deliktischer Verantwortlichkeit mitzulesen. Es sind dies insbesondere die Kausalität und das Verschulden. Die enge Kausalität wirkt sich in der Praxis in den dargestellten Konstellationen strafbegrenzend aus. Wenn zwei dasselbe Opfer schlagen und dem Opfer einen Knochen brechen, wird die geforderte unmittelbare Kausalität immer gegeben sein. Im Hinblick auf das oben als vorherrschenden Haftungstypus herausgearbeitete typisierte Verschulden gilt das Gleiche: Soweit beide Täter gehandelt haben, wird das Verschulden bei ihnen aufgrund des Erfolgseintritts unwiderleglich vermutet.

Zulässig ist deshalb der Schluss, dass folgende (nach heutiger Rechtsauffassung gebildete) Arten der Täterschaft durch die Zwölftafelgesetze erfasst wurden: Es sind dies erstens die unmittelbaren Täter, die das Delikt selbst begehen, sowie die Alleintäter, die nebeneinander dieselbe Tat verwirklichen, ohne dass Mittäterschaft vorliegt (Nebentäter)¹²³.

1. Handeln durch einen anderen – Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft in der Zwölftafelzeit

Die Voraussetzungen des Handelns durch einen anderen nach moderner Strafrechtsdogmatik sollen noch einmal kurz zusammengefasst werden, um die Erfassung von Fällen der mittelbaren Täterschaft durch die Zwölftafeln klären zu können. Die heutige mittelbare Täterschaft setzt voraus, dass die Tat durch einen anderen begangen wird. Der Täter nutzt kraft seiner Wissens- oder Willensherrschaft ein menschliches Werkzeug zur Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes. Kennzeichnend sind dabei die unterlegene Stellung des Tatmittlers sowie die beherrschende Rolle des Hintermannes.

a) Der Handelnde

Es muss bei dem Tatmittler ein Defizit des Tatbestandes, der Rechtswidrigkeit seines Handelns oder des ihm zu machenden Schuldvorwurfs gegeben sein. Auch in der Zwölftafelzeit können die Defizite bei dem Verursacher des deliktischen Erfolges vorgelegen haben, die ihm bei entsprechender Überlegenheit eines anderen nach heutiger Wertung die Rolle des Tatmittlers zuweisen würden: Beispielsweise könnte A aufgrund einer Täuschung seinem eigenen anstatt einem fremden Sklaven einen oder mehrere Knochen brechen. A handelt, ohne den objektiven Tatbestand von Tab. I, 14 (VIII, 14) zu erfüllen. Erlaubtes Handeln schloss ebenfalls eine Haftung wegen Herbeiführung des schädlichen Erfolges aus. Die Deliktsfähigkeit von Kindern und Jugendlichen wurde bereits in der Zwölftafelzeit nach den bislang gewonnenen Ergebnissen im Zusammenhang mit dem Lebensalter und einem aufgrund dessen vermuteten Ent-

¹²³ Diese Einordnung der Nebentäterschaft soll ihr nicht den Status einer eigenständigen Beteiligungsform zukommen lassen.

wicklungs- und Reifezustand gesehen. Geringes Lebensalter führte aber beim *impubes* nicht zu einem generellen Ausschluss der Haftung. Vielmehr wurde in den Fällen der Tatbegehung durch einen *impubes* die Strafe gemildert. Jüngere Kinder werden von der Haftung grundsätzlich ausgeschlossen gewesen sein.¹²⁴ Sicher ist allein, dass sich in den Zwölftafeln die spätere Einteilung in *infantes* und *impuberes* und die damit verbundene widerlegbare Vermutung fehlenden Vorsatzes für den *infans* nicht findet (und vor dem Hintergrund des typisierten *dolus* nicht finden kann). Deliktsunfähig waren zudem die Geisteskranken.¹²⁵ Der ohne Vorsatz Handelnde ist zu dieser Zeit allerdings nicht denkbar, denn der Vorsatz wurde vermutet, wenn die Voraussetzungen des typisierten Verschuldens vorlagen. Im Ergebnis ebenso unbeachtlich ist das Fehlen des Vorsatzes für die Vertreter einer Erfolgshaftung für die Delikte der Zwölftafeln. Wenn allerdings eine untypische Situation gegeben war, wie zum Beispiel das Forttreiben eines fremden Rinds in der Meinung, es handelte sich um das eigene, kann der Handelnde schwerlich aufgrund Tab. I, 19 (VIII, 14) bestraft worden sein.

Die rechtlich oder tatsächlich unterlegene Stellung eines Tatmittlers ist danach auch für die Zwölftafelzeit denkbar. In den oben genannten Fällen wird der Handelnde nicht zur Verantwortung gezogen worden sein.

b) Der mittelbare Täter

Spiegelbildlich zur unterlegenen Stellung des Tatmittlers ist eine Wissens- und Willensherrschaft eines anderen bei der Tatbegehung denkbar. Doch muss aus dem Kreis möglicher Delinquenten des Zwölftafelgesetzes der mittelbare Täter ausgeschlossen werden, denn es fehlt bei ihm an der Tatbestandsverwirklichung wie an der unmittelbaren Kausalität seiner „Tathandlung“.

c) Die Noxalhaftung als funktionale Entsprechung zu einer Strafbarkeit des mittelbaren Täters

Allein problematisch bleibt in diesem Zusammenhang die sich auf den ersten Blick auftuende Strafbarkeitslücke. Wie könnte diese im Recht der Zwölftafeln geschlossen worden sein und welche Quellen sprechen für solch eine Schließung? Eine Möglichkeit böte im System der Zwölftafeln der Durchgriff auf die hinter dem Tatmittler stehende Person. Einen solchen zumindest unter besonderen Voraussetzungen denkbaren „Haftungsdurchgriff“ kennt das Recht dieser Zeit im Bereich der privaten Strafklagen. Es findet sich in

¹²⁴ KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 84; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 76.

¹²⁵ KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 84.

Tab. XII, 2: *si seruus furtum faxit noxiamue no(x)it, noxiae datus esto.*

Wenn ein Sklave einen Diebstahl begangen oder einen Schaden verursacht hat, so soll er den Schaden ersetzen.

In einem solchen Fall hat der Geschädigte ein Recht auf Vergeltung und später auf Sühne gegen die Person des Täters, auch wenn dieser ein Hauskind oder ein Sklave ist. Dem Zugriff auf den Täter des Diebstahls oder eines anderen Delikts¹²⁶ steht jedoch die *patria potestas* entgegen, der der Täter unterliegt. Die gegen den Gewaltinhaber gerichtete *actio noxalis* findet in dem Fall Anwendung, dass der Hausvater dem Geschädigten, dem dieses an sich zusteht, den Zugriff auf den täterischen Sklaven oder Haussohn verweigert. Der Geschädigte muss die *actio noxalis* erheben. Obsiegt er, wird der Hausvater nach Wahl des Klägers verpflichtet, den Sklaven zwecks Wiedergutmachung der Schuld auszuliefern (*noxae deditio*) oder, falls er sich weigert, den Schaden wieder gutzumachen. Wie die primäre Rechtsfolge der Auslieferung zeigt, geht es nicht um eine Haftung des Herrn, sondern die Tat wird primär als Tat des Gewaltunterworfenen angesehen.¹²⁷ Auch hier führt ein enges Kausalitätserfordernis dazu, dass der, der den Erfolg unmittelbar herbeigeführt hat, in erster Linie haftet. Nur wenn der Hausvater sich dem Zugriff auf den seiner *patria potestas* unterstehenden Täter widersetzt, trifft die Haftung ihn, der er sich nur durch die *noxae deditio* oder die Bußzahlung entziehen kann. Der gleiche Gedankengang findet sich in den Zwölftafeln an anderer Stelle. Bereits in der Herleitung des Erfordernisses eigenhändiger, unmittelbarer Herbeiführung eines Erfolges als Voraussetzung der Haftung nach den Zwölftafeln wurde auf die Haftung des *pater familias* für ein ihm gehörendes vierfüßiges Herdentier in Tab. VIII, 6, das einen Schaden angerichtet hat, für den diebischen *impubes* in Tab. VIII, 14 und den *impubes*, der einen Brand verursacht hat (Tab. VIII, 10), sowie den jugendlichen Erntedieb (Tab. VIII, 9) hingewiesen.

Die Noxalhaftung stellt ihrer Regelung und ihrer Rechtsfolge nach keinen Fall heutiger Durchgriffshaftung auf einen hinter dem Delinquenten stehenden Verantwortlichen dar. Die sekundäre Rechtsfolge ist eine Ersatzhaftung, die das Spannungsverhältnis zwischen Haftungsgewalt und Hausgewalt zugunsten des Geschädigten auflöst. Hintergrund dieser Haftungsart ist die aus archaischer Zeit stam-

¹²⁶ DAUBE nimmt an, *noxiae* kennzeichne den Schaden, der durch die Verwirklichung jedes beliebigen Delikts der Zwölftafeln entstehe. Die Regel hat also Gültigkeit für alle verwirklichten Delikte, DAUBE, DAVID: *Nocere and Noxa*, in: (1939) 7 C.L.J. 23ff., 30f, ebenso KASER, MAX: *Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl.* 1971, S. 163.

¹²⁷ HONSELL, HEINRICH: *Römisches Recht*, 5. Aufl. Berlin Heidelberg New York 2002, S 167; HONSELL, HEINRICH; MAYER – MALY, THEO; SELB, WALTER: *Römisches Recht*, 4. Aufl. Berlin Heidelberg New York London Paris Tokyo 1987, S. 381 Anm. 1m.w.N.; KASER, MAX: *Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl.* München 1971, S. 163 m.w.N.

mende Vorstellung von der Kollektivhaftung des Täterverbandes.¹²⁸ Vertreter des Verbandes ist der *pater familias*, der den Täter herauszugeben oder eine Wiedergutmachung zu leisten hat.

d) Der Befehl des Herrn an den Sklaven und die Noxalklage¹²⁹

Hatte der Sklave mit dem Wissen des Herrn einen Diebstahl begangen, so wurde nach dem Grundgedanken der Noxalhaftung in der Zwölftafelzeit vorrangig der Sklave dafür belangt. Der Herr machte sich für die Tat selbst nur verantwortlich, wenn er die Auslieferung verweigerte.¹³⁰ Er hatte dann den Schaden wiedergutzumachen.

Der Fall, in dem der Herr seinem Sklaven befiehlt, eine Straftat zu begehen, ist für die Zwölftafelzeit nicht eindeutig gelöst. Besonders problematisch erscheint er vor dem Hintergrund, dass dieser Fall erst von den Juristen der Klassik ausführlich diskutiert wird. BINDER¹³¹ und KARLOWA¹³² nehmen an, dass der Befehl des Herren, eine Straftat auszuführen, den Sklaven entschuldigt haben müsse. Der Befehl an den Sklaven oder den Haussohn, ein Delikt zu verwirklichen, mache diesen zum bloßen Werkzeug, da es nach der Vorstellung zur Zeit der Zwölftafeln nur richtig gewesen sein könne, den Anordnungen des *pater familias* unbedingt Folge zu leisten. Beide sind der Ansicht, dass im Fall des Befehls an den Sklaven allein der befehlende Herr gehaftet habe.¹³³

Diese Ansicht scheint für die Zeit der Zwölftafeln nicht die Rechtslage wiederzugeben. KARLOWAS an sich zugkräftiges Argument, dass die Gewalt des Herrn über seinen Sklaven zur Zeit der Zwölftafeln nicht geringer gewesen sein könne als in späteren Zeiten und deshalb der Herr nach den Zwölftafeln immer direkt verantwortlich für seine Befehle gewesen sei, muss relativiert werden. Das Verhältnis zwischen Herrn und Sklaven war zur Zeit der Zwölftafeln ein anderes als in der Epoche des klassischen Rechts. Dies sei im Hinblick auf den eigentlichen Zweck der vorliegenden Darstellung nur anhand eines kurzen Beispiels angedeutet. Während in Tab. I, 14 (VIII, 3) des Zwölftafelgesetzes die Verletzung eines Sklaven eine Buße nach sich zieht, deren Höhe 50 % der für die Verletzung eines Freien geschuldeten Zahlung beträgt, nämlich 150 Asse anstatt der 300 Asse für die Verletzung eines Freien, wird

¹²⁸ KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 163.

¹²⁹ Zu dieser Figur im justinianischen Recht unten Teil 1, 2. Kapitel, III. 4. cc).

¹³⁰ Celsus in D.9.4.2.1 (Ulpianus 18 ad ed.).

¹³¹ BINDER, JULIUS: Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht, Leipzig 1899, S. 124, Anm. 30.

¹³² KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1901, S. 109.

¹³³ BINDER, JULIUS: Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht, Leipzig 1899, S. 124, Anm. 30; KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1901, S. 109.

die Verletzung eines Sklaven 170 Jahre später im dritten Kapitel der *lex Aquilia* rechtlich der eines Tieres gleichgestellt. Hierin mag eine gesellschaftliche wie rechtliche Wertung zum Ausdruck kommen, nach der dem Sklaven menschliche Qualität eher zukommt als in einer Zeit, die aufgrund des sich durchsetzenden Großgrundbesitzes in dem Sklaven hauptsächlich ein Produktionsmittel in der Landwirtschaft erkennt¹³⁴. Die Rechtsgemeinschaft, die sich die Zwölftafeln gegeben hatte, betrachtete den Sklaven noch als Rechtsperson.¹³⁵ Verbunden mit dieser Anschauung wäre dann aber auch die Erwartung, sich zugunsten der Gemeinde gesetzestreu zu verhalten und auch so verhalten zu dürfen. Dies schlosse einen unbedingten Gehorsam des Sklaven, dessen Korrelat eine Entschuldigung wäre, aus. Zudem berücksichtigen weder BINDER noch KARLOWA bei ihren Überlegungen die „greifbar-anschaulichen Auffassung des Rechts“¹³⁶ der Zwölftafeln. Weder gehen sie auf die mit einer solchen Auffassung in Widerspruch stehende, unmittelbare Kausalität ein, die eine direkte Haftung voraussetzt, noch befassen sie sich mit der Frage, wie angesichts einer sich gerade entwickelnden Vorstellung von der subjektiven Tatseite eine entschuldigende Wirkung des Befehls erklärt worden sein könnte.

Celsus war laut der Überlieferung in D.9.4.2.1 (Ulpianus 18 ad ed.) der Ansicht, dass der Sklave in einem solchen Fall dem Befehl seines Herrn nicht gehorchen durfte. In der Frage, wie mit dem Sklaven zu verfahren sei, der mit Wissen seines Herrn oder auf dessen Befehl einen Diebstahl begangen habe, vertrat Celsus die folgende Ansicht:

... celsus tamen differentiam facit inter legem aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset.

... Celsus macht aber einen Unterschied zwischen der *lex Aquilia* und dem Zwölftafelgesetz: Denn nach dem alten Gesetz ist, wenn der Sklave mit Wissen des Herrn einen Diebstahl verübt oder ein anderes Delikt verwirklicht hat, die Klage hinsichtlich des Sklaven noxal und der Herr nicht kraft eigener Tat; dagegen haftet, so sagt er, hafte der Herr bei der *lex Aquilia* kraft eigener

¹³⁴ WATSON, ALAN: Rome of the XII Tables, Princeton London 1975, S. 86; ders. Roman Slave Law, Baltimore London 1987, S. 46.

¹³⁵ FLACH, DIETER: Die Gesetze der frühen römischen Republik, Darmstadt 1994, S. 201.

¹³⁶ LÜBTOW, ULRICH V.: Untersuchungen zur *lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1972, S. 46.

Tat und nicht wegen der Tat des Sklaven. Er gibt auch für jedes der beiden Gesetze den Gesetzeszweck an: Das Zwölftafelgesetz habe gewollt, dass Sklaven ihren Eigentümern in diesem Fall nicht gehorchen; die *lex Aquilia* habe einen Sklaven, der seinem Eigentümer gehorcht habe, entschuldigt, da er sein Leben gefährdet hätte, wenn er es nicht getan hätte.

Die Haftung des Herrn im Fall eines auf seinen Befehl vom Sklaven begangenen Diebstahls ergab sich seiner Ansicht nach jedenfalls beim Diebstahl aus dem Sinn des Zwölftafelgesetzes. Handelte der Sklave befehlsgemäß, so griff die Noxalhaftung ein, nach deren Grundgedanken der Sklave als unmittelbarer Verursacher des rechtlich missbilligten Erfolgs primär in Anspruch zu nehmen war.¹³⁷ Die Zwölftafeln fragten also nicht danach, ob der Sklave mit dem Wissen oder gar dem Willen seines Herrn einen anderen geschädigt hatte.¹³⁸ Der Herr entkam seiner Verantwortung nicht, denn entweder wurde sein Vermögen durch die Übergabe des Sklaven geschmälert oder er hatte selbst die Bußsumme zu entrichten. Es galt somit, dass der primär haften soll, der den Erfolg unmittelbar herbeigeführt hat.¹³⁹ Insoweit liegt kein Fall einer klassischen Haftung des Hintermannes vor, wenngleich auf diese Art der mittelbare Täter erfasst werden kann, sofern sich dieser entscheidet, selbst zu haften. Die Noxalklage kann danach in bestimmten Konstellationen das nach moderner Dogmatik definierte Handeln durch ein menschliches Werkzeug erfassen. Diese Rechtsfolge ist aber eben nur ein sich aus dem Gedanken der Kollektivhaftung ergebender Reflex, wenn der Herr die Bußzahlung entrichtet und nicht den Sklaven an den Verletzten übergibt.

e) Überwindung der unmittelbaren Kausalität durch „entsprechende“ Anwendung der Noxalklage?

Eine Haftbarmachung des mittelbaren Täters mit Hilfe der *actio noxalis* käme hier über eine entsprechende Anwendung in Betracht. Sie könnte aber nur eine doppelt entsprechende Anwendung sein, nämlich im Hinblick auf den Tatbestand wie auch auf die Rechtsfolge. Zum einen ginge es in einem solchen Fall nicht zwingend um einen in der Hausgewalt des mittelbaren Täters stehenden Tatmittler. Hier müssten die frühromischen Rechtsanwender mit einer Fiktion die Anwendbarkeit der Klage auf Tatumstände schaffen, die für die mittelbare Täterschaft typisch sind. Zum anderen ist die beabsichtigte Rechtsfolge der *actiones noxales* die

¹³⁷ So i.E. DAUBE, DAVID: The Defence of Superior Orders, in: (1956) 72 L.Q.R. 494ff., 511. DAUBE zieht zur Begründung maßgeblich das Vordringen der Geldbuße gegenüber der Rache heran. Mit der Zurückdrängung des Rachegedankens zugunsten der Geldbuße sei die direkte Inanspruchnahme des Herrn attraktiver geworden.

¹³⁸ FLACH, DIETER: Zwölftafelgesetz, Darmstadt 2004, S. 29.

¹³⁹ LISOWSKI, ZYGM.: Noxalis actio, in: RE Suppl. VII, 1940, S. 654.

Herausgabe mit dem Ziel, dem Geschädigten die Möglichkeit der Vollstreckung gegen den als Täter festgestellten Sklaven oder das Hauskind zu eröffnen. Hier müsste die Rechtsfolge im Wege der entsprechenden Anwendung gegen den Hintermann gerichtet worden sein.

Gegen eine entsprechende Anwendung in dieser frühen Epoche des römischen Rechts spricht, dass wir keinen direkten Hinweis auf eine solche Denkfigur der römischen Juristen dieser Zeit haben.¹⁴⁰ Die Grundlage für eine elastische Handhabung der Gesetze bildet zunächst die Fiktion. Sie ermöglicht es, fehlende Tatbestandselemente als vorliegend ansehen zu können.¹⁴¹ Allerdings können erste Spuren der Fiktion nur bei der Gestaltung der Rechtsgeschäfte selbst, wie der *in iure cessio*, festgestellt werden. Dort wird das Rechtsgeschäft gestaltet, als wenn man um die zu übertragende Sache vor dem Prätor prozessieren wollte. Eine Fiktion zur Ausweitung eines gesetzlichen Tatbestandes findet sich zur Zeit der Zwölftafeln nicht.

In der späten Republik werden *actiones in factum* oder *utiles* geschaffen. Erst in der Klassik wird im Wege dessen, was heute als Analogie bezeichnet wird, über den Wortsinn der Gesetze hinausgegangen. Das Gesetz wird „entsprechend“ angewendet, wenn die *sententia legis* als von juristischen wie von rechtsbildenden Faktoren bestimmte Bedeutung des Gesetzes zur Schaffung von Gerechtigkeit dies gebietet.¹⁴²

2. Mittäter

Mittäter, die in der Art zusammenwirken, dass jeder der Beteiligten den vollen Tatbestand verwirklicht, erfüllen die Haftungsvoraussetzungen der Zwölftafeln. Festzuhalten ist allerdings, dass das eigentliche Charakteristikum der heutigen Mittäterschaft, die auf einem gemeinsamen Tatplan beruhende gemeinschaftliche Tatbestandsverwirklichung, als Voraussetzung nicht existiert hat. Sie ist für diese Konstellation substituiert durch das typisierte Verschulden, so dass der Wille zur Tatbegehung – ob zu zweit oder allein – aufgrund der Herbeiführung des Erfolges vermutet wurde.

Andere Konstellationen der Mittäterschaft, in denen die Beteiligten das Delikt in arbeitsteiliger Weise verwirklichen, finden sich im Gesetzestext zunächst nicht.

a) Das arbeitsteilige Vorgehen

Beim arbeitsteiligen Vorgehen, z.B. der gemeinsam begangenen Körperverletzung, indem Titius den Calpurnius festhält, damit Maevius ihn in Ruhe misshandelt,

¹⁴⁰ Wenngleich die gedanklichen Voraussetzungen bereits mit der aristotelischen Induktionslehre vorliegen.

¹⁴¹ KASER, MAX: Das altrömische Ius, Göttingen 1949, S. 331.

¹⁴² KASER, MAX: Das altrömische Ius, Göttingen 1949, S. 347f.; ders.: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 213.

deln kann, setzt nur Maeuius die unmittelbare Ursache für die Verletzung des Calpurnius. Gleichwohl ist es schwer vorstellbar, dass Titius hier ungestraft bleiben sollte. Es muss davon ausgegangen werden, dass in einem solchen Fall beide an der Tat Beteiligten bestraft wurden. Die Quellen schweigen sich allerdings darüber aus.

b) Alleinige Verwirklichung des Tatbestandes

Bei der alleinigen Verwirklichung eines Tatbestandes durch einen der Mittäter, wobei der Tatbeitrag des anderen in einer sein Defizit bei der Tatbegehung ausgleichenden planenden Tätigkeit im Vorfeld der Tat bestehen kann, ist nur der Handelnde unmittelbar kausal für den Erfolgseintritt bzw. nur er hat die inkriminierte Handlung vorgenommen. Er allein ist zu bestrafen.

3. Anstiftung und Hilfeleistung

In der *declamatio in Catilinam* 19, 65 findet sich ein Hinweis darauf, dass wer nächtliche Tumulte anzettelt, bereits in der Zwölftafelzeit mit dem Tode bestraft werden sollte. So reizvoll der Gedanke ist, hier eine Durchbrechung des Grundsatzes der unmittelbaren Verursachung eines Erfolges als Haftungsvoraussetzung im Interesse der Gemeinschaft und der öffentlichen Ordnung zu sehen, so sehr stehen dem Bedenken gegen die Verlässlichkeit der Quelle entgegen.¹⁴³

Anstifter können zu dieser Zeit nach der Quellenlage grundsätzlich ebenfalls noch nicht strafbar gewesen sein. Wiederum fehlt es zunächst an der erforderlichen tatbestandsmäßigen Handlung sowie in zweiter Linie an der unmittelbaren Kausalität. Mangels der objektiven Verbindung zwischen Erfolg und Täter können Anstifter nicht nach den Zwölftafeln bestraft werden.

Die Definition eines Gehilfen ist nach vorherrschender Ansicht in der modernen Strafrechtsdogmatik lediglich durch den Beitrag zur Förderung einer strafbaren Handlung gekennzeichnet, deren Auswirkung auf den Erfolg der Haupttat gleich ist.¹⁴⁴ Daher hängt die Strafbarkeit der Beihilfe nicht von der im Täterschaftsbereich vorausgesetzten unmittelbaren Kausalbeziehung zwischen Handlung und Erfolg ab. Diese Vorstellung ist für die Zwölftafelzeit mit ihrem strengen Kausalitätserfordernis nicht nachvollziehbar. Ohne eine Kausalität der Handlung für den Erfolg gibt es keine Haftung.

¹⁴³ FLACH, DIETER: Die Gesetze der frühen römischen Republik, Darmstadt 1994, S. 184 m.w.N.

¹⁴⁴ BGH NStZ 1985, 318; BGHZ 63, 124.

4. Zwischenergebnis

Grundsätzlich kann der den Erfolg unmittelbar Verursachende bestraft werden. Wahrscheinlich ist aber, dass jeder am Tatort Anwesende, der einen wahrnehmbaren Beitrag zur Tat geleistet hat, ebenfalls bestraft worden ist. Darüber hinaus kann die Noxalhaftung die Funktion erfüllen, die heute die Regelungen von Täterschaft und Teilnahme haben: Derjenige, der keine unmittelbare Ursache für den Erfolgseintritt gesetzt hat, wird bestraft. Freilich ist dies nur eine Folge der Vorstellung der *familia* als Haftungsverband.

Dies ist die Lage bei „generalisierender“ und „abstrahierender“ Betrachtung der Deliktstatbestände der Zwölftafeln. Doch schon REIN bemerkte, dass „die Römer das Generalisieren überhaupt nicht liebten“¹⁴⁵, und das gilt umso mehr für die Frühzeit des römischen Rechts.¹⁴⁶ Eine Regel, die auf alle Delikte anzuwenden ist, kann nicht erwartet werden, und läge sie vor, dürfte sie nicht als Ergebnis gesetzgeberischer Gestaltung eingeordnet werden. Es gilt daher, mögliche Abweichungen von einem solchen Schema für die einzelnen Delikte zu erkennen und die von den besonderen Delikten erfassten Sachverhalte auf ihre Deckung mit dem prüfen, was heute dem Komplex von Täterschaft und Teilnahme entspricht. In einem zweiten Schritt ist die Anwendbarkeit der soeben entwickelten Regel zur Reichweite der Haftung nach den Zwölftafeldelikten zu überprüfen. Deshalb ist zu fragen, ob das Zwölftafelgesetz andere Fälle der Beteiligung mehrerer an einem Delikt behandelt hat und ob sich dazu Ergebnisse gewinnen lassen, die über das erste Teilergebnis hinausgehen.

III. Furtum

Neben den Körperverletzungsdelikten, die aufgrund des strengen Kausalitätserfordernisses andere Beteiligte als den voll tatbestandlich handelnden Mittäter bei der Verursachung des Erfolges nicht erfassen können, haben die Eigentumsdelikte und hier insbesondere das *furtum* in den Zwölftafeln eine eingehende Regelung als Deliktsgruppe erfahren. Die Zwölftafeln benennen die drei Formen des Diebstahls *furtum manifestum*, *furtum conceptum* und *furtum nec manifestum*.

1. *Furtum manifestum*

Tab I, 19 (VIII, 14): *si furtum manifestum est, ni pacit, verberato transque dato. si servus est, verbarato deque saxo deicito. si impubes, verberato noxiamque sarcito.*

¹⁴⁵ REIN, WILHELM: Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1844, Aalen 1962, S. 185.

¹⁴⁶ Vgl. nur die enge Formulierung des *si - telum*-Satzes.

Wenn der Diebstahl offenkundig ist, muss der Magistrat ihn, sofern er sich nicht einigt, prügeln und ihn aushändigen. Wenn er ein Sklave ist, muss er ihn auspeitschen und ihn vom Tarpejischen Felsen stürzen. Ist er ein Unmündiger, muss er den Schaden wiedergutmachen.

a) Der objektive Tatbestand

Furtum ist in der Zwölftafelzeit nach ganz herrschender Meinung¹⁴⁷ das „Wegtragen“ einer fremden Sache oder gewaltunterworfenen Person. Dem Namen dieses Delikts nach ist anfangs noch ein Gewahrsamsbruch Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestandes gewesen. Diese Auffassung wird noch durch die Tatsache gestützt, dass Tab. VIII, 8 (VIII, 19)¹⁴⁸ bis VIII, 10 (VIII, 21)¹⁴⁹ (von denen allein Tab. VIII, 9 (VIII, 20) rekonstruiert ist) gesonderte Untreue- und Betrugstatbestände enthielten. Verschiedene Fälle der Schädigung am Vermögen wurden offenbar nach dem Vorliegen eines Gewahrsamsbruchs unterschieden:

Tab. VIII, 9 (VIII, 20): *si tutor dolo malo ... duplione damnum decidito.*

Wenn der Vormund mit Vorsatz ... soll er doppelten Schadensersatz zahlen.

Im Gegensatz dazu wurden Tatbestände der Eigentumsverletzung, die ein Ergreifen und Wegtragen der Sache nicht erforderten, weil der Täter aufgrund eines fiduziarischen Rechtsgeschäfts oder aus anderem Grund bereits im Besitz der Sache war, im letzten Jahrhundert der Republik ebenfalls als *furtum* bezeichnet. Zugleich ist der Tatbestand der „Untreue“ verschwunden. Diese Erweiterung des *furtum*-Delikts auf Fälle der Untreue, der Unterschlagung, des Betruges bei gleichzeitigem Verschwinden des

¹⁴⁷ KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 157 m.w.N; LIEBS, DETLEF: Römisches Recht, 6. Aufl. Göttingen 2004, S. 192; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 733 Anm. 1; NIEDERLÄNDER, HUBERT: Die Entwicklung des *furtum* und seine etymologischen Ableitungen, in: ZSS, 67, 1950, S. 185ff. Dagegen BIRKS, der die Etymologie zur Bestimmung des *furtum* ganz ablehnt und allein den common sense sowie vermutete Erfordernisse des Prozessrechts zu Wort kommen lässt. Danach ist *furtum manifestum* bereits verwirklicht, wenn die Absicht zu stehlen durch eine objektive Handlung hinreichend konkretisiert ist, z.B. ist der Dieb, der in einer fremden Speisekammer mit einer Hand an einem Honigtopf ertappt wird, ohne dass er bereits Honig gegessen hat. Hier fehlt es an einem *amovere*, und dennoch kann dieser Sachverhalt nicht ohne rechtliche Folgen bleiben, BIRKS, PETER: A Note on the Development of *Furtum*, in: The Irish Jurist 8 (1973), S. 349ff., 350ff.

¹⁴⁸ Als Tab. VIII, 8 (VIII, 19) wird der Inhalt von Coll. 10.7.11 eingeordnet: *Ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur...* Wegen Verwahrung wird nach dem Zwölftafelgesetze eine Klage auf das Doppelte gewährt ...

¹⁴⁹ Tab. VIII, 10 (VIII, 21): *si patronus clienti fraudem fecerit, sacer esto.* Wenn der Patron seinen Schutzbefohlenen betrügt, soll er verflucht sein.

Tatbestandes in VIII, 8 (VIII, 19) bis VIII, 10 (VIII, 21) weist¹⁵⁰ ebenso wie die Etymologie darauf hin, dass der Tatbestand zur Zeit der Zwölftafeln eng aufzufassen ist. Zu fordern ist in dieser Zeit ein Ergreifen und Wegtragen (*amotio*).

b) Der subjektive Tatbestand

Das Wegnehmen allein reicht nicht aus, um den Dieb sicher zu bestimmen. Das bloße Wegtragen kann vielerlei Gründe wie die irrige Annahme berechtigter Rechtsverfolgung oder den bloßen Irrtum über den Tatbestand haben. So kann der Landmann seine entlaufene Kuh verwechseln und ein fremdes Tier aus einer fremden Herde fortführen oder die Magd eine fremde Tasche auf dem Markt irrig für die ihre halten und sie darauf nach Hause tragen. In beiden Fällen ist es auch für den auf einer frühen Stufe der Rechtsentwicklung Stehenden klar, dass eine Bestrafung als Dieb hier nicht passt. Hinzutreten muss ein weiteres Element. Es ist oben unter der Überschrift des Verschuldens besprochen worden. Das Ergebnis der Erörterungen ist gewesen, dass ein Verschuldenserfordernis in der Form eines typisierten *dolus* für die Zeit der Zwölftafeln anzunehmen ist. Zugleich haben wir gesehen, dass die frühe Rechtsgemeinschaft zur Annahme eines solchen *dolus* oder anders zur Unterscheidung strafwürdigen und nicht strafwürdigen Verhaltens, auf äußere, erkennbare und offenbare Umstände angewiesen war, die nach der Erfahrung der Rechtsanwender eine strafwürdige Tat in der Regel begleiteten und deren Fehlen ein strafwürdiges Verhalten in der Regel ausschlossen. Der Tatumstand führt zur Beweisbindung, sein Vorliegen macht eine weitere Verteidigung durch Bestreiten des Willens zur Tat aussichtslos.

Vor diesem Hintergrund ist auch eine vermittelnde Position in dem alten Streit einzunehmen, ob der *furtum*-Tatbestand in der Zwölftafelzeit allein die heimliche Tat¹⁵¹ oder auch den Raub¹⁵² umfasste. Dem frühen juristischen Denken erschloss sich eine Unterscheidungsmöglichkeit für die strafwürdige und die nicht strafwürdige Wegnahme im Wege des folgenden Gedankens: Wer sein Recht nur verfolgt oder wer im Glauben, nichts Unrechtes zu tun, eine fremde Sache an sich nimmt, handelt offen und ohne Vorsicht. Wer hingegen um die Verbotenheit seines Tuns weiß, wird nicht wollen, dass er dabei beobachtet wird. Für den Diebstahl muss der äußere Umstand, der auf Vorsatz und das Unrechtbewusstsein schließen lässt, in der Heimlichkeit der Wegnahme gesehen werden.¹⁵³ So kommt nach einer anderen Ansicht dem Wort *furtum* eine andere Bedeutung zu. Es beschreibt nicht nur die Tathandlung und den durch sie hervorgebrachten

¹⁵⁰ THOMAS, J.A.C.: *Contrectatio, Complicity and furtum*, in: IURA XIII (1962), S. 70ff., 87 Anm. 51.

¹⁵¹ NIEDERLÄNDER, HUBERT: Die Entwicklung des *furtum* und seine etymologischen Ableitungen, in: ZS 67 (1950), S. 185ff., 189ff., Anm 17 m.w.N.; KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1901, S. 785f.

¹⁵² MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 737ff.; REIN, WILHELM: Kriminalrecht der Römer, Leipzig 1844, S. 736 ff.

¹⁵³ KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1901, S. 785f.

Erfolg, sondern auch einen weiteren Tatumstand. Dieser kommt in dem Wort *fur* (Dieb) zum Ausdruck, wobei zu bedenken ist, dass die Bezeichnung des Diebes den ursprünglichen Voraussetzungen des Deliktes gefolgt ist und nicht umgekehrt. *Fur* ist von späteren Juristen dann auch folgerichtig von *furvus* abgeleitet worden und weist auf eine „dunkle“, nicht klar ersichtliche Wegnahme hin.¹⁵⁴ Liegt sie vor, so sind die Rechtswidrigkeit und der Wille zur Tat unwiderleglich zu vermuten.

Gleiches muss aber auch für den Fall gelten, dass die Sache unter Gewaltanwendung weggenommen wird. Auch hier liegen ungewöhnliche Umstände vor, denn den Redlichen würde der geleistete Widerstand zum innehalten und Auseinandersetzen der eigenen Position veranlassen, nicht dazu, geleisteten Widerstand weiterhin überwinden zu wollen. Dieser äußere Umstand, der einen dem Raub entsprechenden Tatbestand pönalisiert, ist aber nur dann anzunehmen, wenn man davon ausgeht, dass die Zwölftafeln keinen eigenständigen Raubtatbestand enthalten haben.¹⁵⁵

c) Die handhafte Tat: *manifestum*

Manifestus ist der Diebstahl, wenn die Beziehung des Diebes zur heimlichen Wegnahme offenkundig ist. Offenkundigkeit bedeutet, dass eine Situation vorlag, in der es keinen Zweifel an der Täterschaft des Ertappten geben konnte. Ein Prozess zur Feststellung der Tatsachen darf nicht mehr nötig gewesen sein. Das Leitbild der Offenkundigkeit ist die Ergreifung des Diebes mit der Diebesbeute¹⁵⁶ auf „frischer Tat“.¹⁵⁷ Der Begriff der „frischen Tat“ verfügt dabei über keine erkennbare räumliche Komponente.¹⁵⁸ Er umfasst den Zeitraum vom Beginn der Ausführungshandlung bis zur endgültigen Bergung der Beute und entspricht mangels einer räumlichen Eingrenzung dem Zeitraum bis zur materiellen Beendigung der Tat.¹⁵⁹ Letzteres ergibt sich zwar aus Quellen der Klassik und der Spätclassik. Doch ist der gezogene Rahmen so eng und mit dem Erfordernis der Offenkundigkeit auch für eine frühe Entwicklungsstufe des Rechts mit den oben dargestellten Schwierigkeiten der Beweiswürdigung in Einklang zu bringen, dass an der Geltung dieser Voraussetzungen auch in der Zwölftafelzeit kein Anlass für Zweifel besteht.

Neben der frischen Tat lässt auch der durch die *quaestio lance licioque* bewiesene Gewahrsam an Diebesgut den Gewahrsamsinhaber zum *fur manifestus* werden.

¹⁵⁴ NIEDERLÄNDER, HUBERT: Die Entwicklung des *furtum* und seine etymologischen Ableitungen, in: ZS 67 (1950), S. 185ff., 257.

¹⁵⁵ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 737 Anm. 6.

¹⁵⁶ D.47.2.3pr (Ulpianus 41 ad sab.).

¹⁵⁷ D.47.2.3.2 (Ulpianus 41 ad sab.); D.47.2.5pr (Ulpianus 41 ad sab.).

¹⁵⁸ Den genannten Quellen lässt sich eine solche jedenfalls nicht entnehmen. Insoweit besteht keine Übereinstimmung zu dem Begriff der „frischen Tat“ des § 127 Abs. 1 StPO.

¹⁵⁹ D.47.2.3.2 (Ulpianus 41 ad sab.); D.47.2.5pr (Ulpianus 41 ad sab.).

2. *Furtum conceptum* und *furtum oblatum*

Über die Voraussetzungen des *furtum conceptum* sind wir durch Gaius informiert. Sie ergeben sich aus

Gai. III, 186: *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inuenta est. nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.*

Es wird unter Anwesenheit von Zeugen festgestellter Diebstahl genannt, wenn bei irgendjemandem vor anwesenden Zeugen eine gestohlene Sache gesucht und gefunden worden ist. Denn gegen diesen ist eine eigene Klage gegeben, die Klage wegen des Auffindens von Diebesgut genannt wird, obschon er nicht der Dieb ist.

Die zeitliche Einordnung des Tatbestandes erfolgt durch

Gai. III, 191 : *Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore seruat.*

Die Strafe wegen des Diebesguts, das bei jemandem gefunden worden ist, und wegen des Diebesguts, das jemandem zugesteckt worden ist, ist nach dem Gesetz der zwölf Tafeln der dreifache Wert, und das ist in ähnlicher Weise vom Prätor aufrechterhalten worden.

An der zeitlichen Einordnung des *furtum conceptum* und des *furtum oblatum* wurden Zweifel geäußert. Ursache dafür ist die Form der Haussuchung. Das Zwölftafelrecht kennt die förmliche *quaestio lance licioque*.

Tab. I, 20 (VIII, 15): *si cum lance licioque quaesierit, ast inuenerit, furtum manifestum esto.*

Wenn er mit der Schüssel und mit dem Schurz gesucht, aber auch gefunden hat, soll der Diebstahl offenkundig sein.

Diese Form der Haussuchung ist in den Gaius-Stellen offenbar nicht gemeint, denn die Rechtsfolge – Buße in Höhe des dreifachen Wertes der Sache – passt nicht zur Gleichstellung des entlarvten Gewahrsamsinhabers mit dem *fur manifestus*, denn letzterer wird im Wege der *addictio* zum Schuldknecht seines Opfers. Es muss sich vielmehr um eine von der förmlichen *quaestio lance licioque* verschiedene Form der Haussuchung handeln. Die angebliche Existenz dieser zweiten und weniger förmlichen Haussuchung sowie die Existenz des Korrelats der *actio furti concepti*, der *actio furti oblati*, ist der eigentliche Anlass für die Zweifel an der richtigen zeitlichen Einordnung durch Gaius.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Gegen eine Einordnung in die Zeit der Zwölftafeln und die h.M: HITZIG, H. F.: Beiträge zur Lehre vom Furtum, in: ZS 23 (1902) S. 328ff.; HUVELIN, PAUL: Études sur le furtum

So scharfsinnig die vorgetragenen Argumente auch sein mögen, sie kommen nicht an dem glaubhaften Zeugnis des Gaius vorbei. Die Tatbestände des *furtum conceptum* und des *furtum oblatum* sind bereits für die Zwölftafelzeit anzunehmen.¹⁶¹

Das *furtum conceptum* weist eine Doppelnatur auf. Zum einen ist *furtum conceptum* eine bindende Beweisregel. Wird bei einem Hausherrn im Wege der Haussuchung Diebesgut gefunden, so wird das Wissen um die Bemakelung der Sache unwiderleglich vermutet, und zwar *quamvis fur non sit*. Es kommt weder auf das konkrete Wissen des Hausherrn noch darauf an, ob er selbst die gefundene Sache gestohlen hat. Zum anderen ist *furtum conceptum* auch ein spezieller Fall des nicht offenkundigen Diebstahls. Denn falls der Dieb selbst bei sich zu Hause das Diebesgut birgt und es bei der Haussuchung aufgefunden wird, so haftet er dem Geschädigten auf das Doppelte des Wertes der gestohlenen Sache.

a) Die Voraussetzungen des *furtum conceptum*

Der Kern der Regelung des *furtum conceptum* ist die Ersetzung des Beweises unmittelbarer Kausalität des Beschuldigten im Wege seiner Ergreifung mit der Beute zwischen dem Tatort und seiner Zufluchtsstätte durch den vor Zeugen erwiesenen Gewahrsam an der Sache. Ein Kausalnexus zwischen dem Hauseigentümer und dem Diebstahl braucht nicht zu bestehen.¹⁶² Der Gesellschaft reicht hier der Gewahrsam am Diebesgut aus, um dem Gewahrsamsinhaber die Tat zuzuordnen. Hierin liegt der Unterschied zu der Vorgehensweise im Wege der *quaestio lance et licio*: Diese war nur einschlägig, wenn sich die Spurfolge unmittelbar an die Begehung der Tat anschloss und die Hausdurchsuchung am Ende der „heißen“ Spurfolge stand.¹⁶³ Ziel war es, den Täter mit der Sache zu holen. Der Täter konnte dann dem *fur manifestus* gleichgestellt werden.

Ist mit den Erörterungen zur rechtlichen Natur der Anwendungsbereich des *furtum conceptum* bereits skizziert worden, so muss dieser dennoch und gerade für Fälle, in denen mehrere an der Tat beteiligt gewesen sind, präzisiert werden.

dans le très ancien droit romain, Bd. I, Paris 1915, S. 53 f. Für die h.M. HONSELL, HEINRICH; MAYER – MALY, THEO; SELB, WALTER: Römisches Recht, 4. Aufl. Berlin Heidelberg New York London Paris Tokyo 1987, S. 360; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 747; KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 159 f; DE VISSCHER, FERNAND: Études de droit romain, Paris 1931, S. 224f.

¹⁶¹ TOMULESCU, C. ST.: Die Rolle der actio furti concepti in F. De Visschers Anschauung, in: RIDA 15 (1968), S. 445ff., 454ff.

¹⁶² MOLNÁR, IMRE: „Dolus malus“ im archaischen römischen Recht, in: BIDR 89 (1986), S. 465ff., 490.

¹⁶³ LIEBS, DETLEF: Römisches Recht, 6. Aufl. Göttingen 2004, S. 192; KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 158 Anm. 32 m.w.N; KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1901, S. 778.

MOMMSEN hat das *furtum conceptum* für das klassische Recht als eine der ersten drei Varianten der heutigen Hehlerei (§ 259 Abs. 1 StGB) entsprechenden Tatbestand gedeutet.¹⁶⁴ Tatsächlich ist *furtum conceptum* in der Zeit der Zwölftafeln aber ein Tatbestand, der weiter als die Hehlerei ist. Während die Hehlerei ein Erlangen, Ankaufen und Sich – Verschaffen im Einverständnis mit dem Vortäter erfordert,¹⁶⁵ ist beim *furtum conceptum* der Zwölftafelzeit diese begrenzende Voraussetzung – wie sogleich gezeigt wird – nicht vorausgesetzt.

Der Inhalt des *furtum conceptum* ist durch zwei Eckpunkte zu bestimmen: Zum einen macht die Tatsache, dass die im *furtum conceptum* aufgestellte Beweisregel den festgestellten Gewahrsamsinhaber immer haften lässt, eine Verteidigung unmöglich. Es haftet jeder, in dessen Gewahrsam sich die Beute aufgrund Zeugenbeweises nachweisen lässt.¹⁶⁶ Zum anderen weist das Korrelat der *actio furti concepti*, die *actio furti oblati*, darauf hin, dass die Sache dem Kläger untergeschoben worden sein kann.¹⁶⁷ Es ist nicht vorstellbar, dass das römische Recht den Hehler mit einer eigenen Klage gegen den Vortäter für den Fall, dass das Stehlgut bei ihm entdeckt wird, gewährt und so den Unrechtsverkehr geschützt haben soll. Hier ist es deshalb gleich, ob das Stehlgut in Willensübereinstimmung von Vortäter und Täter übernommen wird oder ob der Vortäter es dem Täter ohne dessen Willen unterschiebt.¹⁶⁸

Diese zwei auf den ersten Blick gegensätzlichen Inhalte des *furtum conceptum* sind zusammenzuführen und ergeben folgende Reichweite des Tatbestandes in Fällen, in denen nur eine Person gehandelt hat: Es haftet der Dieb, der seine Beute in seinem Haus birgt und bei dem aufgrund der Haussuchung die Beute entdeckt wird, dem Geschädigten auf das Doppelte des Wertes der gestohlenen Sache. Handelt der Dieb in der Weise, dass er einem unbeteiligten Dritten das Diebesgut unterschiebt, um es etwa dort zu deponieren, so haftet – für strafrechtliche Fragen an sich irrelevant, aber der Vollständigkeit halber zu erwähnen – der vorsatzlose Gewahrsamsinhaber, dem der Dieb eine Sache aus seiner Beute untergeschoben hat, dem Geschädigten ebenfalls auf den zweifachen Wert der Sache. Dies folgt aus der *actio*

¹⁶⁴ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 324; ebenso FLACH, DIETER: Die Gesetze der frühen römischen Republik, Darmstadt 1994, S. 176.

¹⁶⁵ Und darüber hinaus Bereicherungsabsicht, die vom römischen Recht ebenfalls nicht gefordert wird.

¹⁶⁶ ZIEGLER, C.H.: Leage's Roman Private Law, 2. Aufl. London 1954, S. 366.

¹⁶⁷ JOLOWICZ, H.F.; BARRY, NICHOLAS: Historical Introduction to the Study of Roman Law, 3. Aufl. Cambridge 1972, S. 167, m.w.N.; KASER, MAX: Typisierter «Dolus» im altrömischen Recht, in: BIDR 65 (1962), S. 79ff., 84; ders.: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 159 f; KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1901, S. 785.

¹⁶⁸ So i.E. FLACH, ANDREAS: Fortgeltung des Zwölftafelrechts, Diss. Freiburg 2003, S. 62.

furti oblati, die nur dem ahnungslosen Hausherrn die Möglichkeit gibt, bei dem Dieb Regress für den erlittenen Schaden zu nehmen.¹⁶⁹

Furtum conceptum beschreibt darüber hinaus einen Fall, in dem schon aufgrund des Wortlauts der Regelung zwei Personen beteiligt sein können. Hier wird das fremde Eigentum auf dem Grund und Boden eines Dritten bei einer Durchsuchung mit Zeugen aufgefunden.¹⁷⁰ In Konstellationen, in denen zwei oder mehrere Personen an dem Diebstahl beteiligt waren, ergibt sich die Reichweite des Tatbestandes wie folgt:

Aufgrund der geringen Anforderungen an die Wegnahmehandlung der Beteiligten selbst, die nur aufgrund des Gewahrsams der Sache vermutet wird, können unter den Tatbestand des *furtum conceptum* all jene subsumiert werden, die mittelbare Täter, Mittäter oder Teilnehmer waren, soweit ihre Beteiligung durch Gewahrsam am Stehlgut hinreichend offenbar ist. Dazu gehören der mittelbare Täter, der die Beute erhalten hat, ferner die Mittäter in jeder Erscheinungsform der Mittäterschaft sowie die Anstifter, die das Stehlgut aufbewahren, und schließlich die Gehilfen, die in der Konstellation des *furtum conceptum* ebenfalls das Beutegut aufbewahren.

Doch damit ist die Grenze des Tatbestandes noch immer nicht erreicht. Das *furtum conceptum* umfasst auch Handlungen, die der Begünstigung des Täters dienen, freilich ohne dass der Täter Vorsatz hinsichtlich der Haupttat hätte haben müssen. Nach heutigem Verständnis fallen auch die Hehlerei sowie bestimmte Konstellationen der Begünstigung und Strafvereitelung unter diesen Tatbestand: § 257, ferner §§ 258, 259, 260, 261 StGB.

Allerdings setzt das *furtum conceptum* ein Auffinden im Wege einer Hausdurchsuchung voraus. Diese Vermischung von materiellen wie prozessualen Vorausset-

¹⁶⁹ Dem steht angesichts der für die Zwölftafelzeit bekundeten *actio furti oblata* auch die Bedeutung von *concipere* [II. insbes.: an od. in sich nehmen, annehmen, in sich aufnehmen, Lateinisch-deutsches Handwörterbuch: *concipio*, S. 3. Digitale Bibliothek Band 69: Georges: Lateinisch-deutsches Wörterbuch, S. 12746 (Georges-LDHW Bd. 1, S. 1396)], sowie die Etymologie [von *con* und *capio*: I. *com*, altlat. = *cum*. mit, zusammen, mit sich, bei sich, Lateinisch-deutsches Handwörterbuch: *com*, S. 1. Digitale Bibliothek Band 69: Georges: Lateinisch-deutsches Wörterbuch, S. 11976 (Georges-LDHW Bd. 1, S. 1289)], II. *capio*, *cepi*, *captum*, *ere*: nehmen, zugreifend nehmen, fassen, ergreifen, Lateinisch-deutsches Handwörterbuch: I. *capio*, S. 1. Digitale Bibliothek Band 69: Georges: Lateinisch-deutsches Wörterbuch, S. 8795 (Georges-LDHW Bd. 1, S. 974)], die an sich auf ein bewusstes, um die Herkunft der Sache wissendes Annehmen schließen lassen, nicht entgegen. Das *conceptum* bezieht sich allein auf die Feststellung des Diebesgutes; KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 159f; KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1901, S. 774.

¹⁷⁰ ZIEGLER, C.H.: Leage's Roman Private Law, 2. Aufl. London 1954, S. 366.

zungen liegt ebenfalls bei *furtum nec manifestum* vor, doch ist es hier nicht notwendig, dass das Stehlgut gefunden wird.¹⁷¹

b) Die Bestrafung des unmittelbaren Täters

Im Fall des *furtum conceptum* verbleibt die Frage, wie verfahren wurde, wenn nach der Auffindung von Diebesgut bei einem mitwissenden Dritten der von ihm preisgegebene Dieb zu bestrafen war. Die Quellen geben hierüber keine Auskunft, doch muss nach den bisherigen Erkenntnissen davon ausgegangen werden, dass der tatsächliche Dieb als *fur nec manifestus* zu bestrafen war. Die Sache war zwar nicht bei ihm aufgefunden, dennoch konnte er vor dem Richter des Diebstahls kraft Aussage seines Komplizen überführt werden. Im Hinblick auf die oben ermittelte Reichweite des *furtum conceptum* kommt eine Bestrafung des Hehlers oder Strafvereiters neben dem *fur nec manifestus* in Betracht.

3. *Furtum nec manifestum*

Schließlich bleibt das Delikt *furtum nec manifestum*. Entscheidend für die Frage, inwieweit hierin eine Beschäftigung mit anderen Fällen als denen der unmittelbaren Täterschaft zu sehen ist, ist wiederum die Bedeutung und die Reichweite des Tatbestandes *nec manifestum*.

a) *Furtum nec manifestum* – ein Fall des *furtum*?

Die herrschende Ansicht sieht in Tab. I, 21 (VIII, 16) ein selbständiges Delikt.

Tab. I, 21 (VIII, 16): *si adorat furt(i) quod nec manifestum erit duplione poenae esto.*

Wenn jemand einen auf Diebesgut hin verklagt, das nicht handhaft ist, soll er das Doppelte des Wertes der entzogenen Sache als Buße an den Kläger zahlen.

Nec manifestum ist danach ein Terminus technicus zur Charakterisierung eines mit besonderen Beweisschwierigkeiten behafteten Falles des Diebstahls, weil hier der Beschuldigte nicht mit der Diebesbeute ergriffen worden ist.¹⁷²

¹⁷¹ KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1901, S. 774, 779, 781.

¹⁷² FLACH, DIETER: Die Gesetze der frühen römischen Republik, Darmstadt 1994, S. 178; ders.: Das Zwölftafelgesetz, Darmstadt 2004, S. 183; KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, Leipzig 1901, S. 774, 779, 781.

aa) Die Auffassung YARONS¹⁷³

Eine davon abweichende Ansicht versucht zu zeigen, dass die Stelle XII Tab. I, 21 (VIII, 16) nicht eine besondere Konstellation des *furtum* sei, sondern ein gänzlich anderes Delikt behandle.¹⁷⁴ Es gehe in diesem Teil des Zwölftafelgesetzes nicht mehr um *furtum*, sondern um einen Fall, der nach seinem Normzweck dem heutigen Vergehen der falschen Verdächtigung gem. § 164 Abs. 1 und 2 StGB entspricht. *Furtum nec manifestum* werde hier nur als eine im Hinblick auf die Beweislage besonders schwierige prozessuale Situation erwähnt, denn in diesem Fall sei die Tat des Diebes nicht offenkundig, weil er nicht auf frischer Tat mit der Beute ertappt oder durch die Haussuchung *lance licioque* als Täter zweifelsfrei festgestellt sei. In einer solchen prozessualen Lage kommt es besonders auf die Aussage der Zeugen an.¹⁷⁵ Gegründet ist diese Ansicht auf eine Rekonstruktion von Tab. I, 21 (VIII, 16), die vorrangig die Satzstruktur anderer, ebenfalls in Tab. I (VIII) und XII genannter Delikte zur Rekonstruktion heranzieht. Nach YARON ist es bemerkenswert und mit der bisherigen Rekonstruktion nicht erklärlich, dass die Verfasser des Zwölftafelgesetzes, die sich sehr um Prägnanz und Kürze bei der Darstellung der Delikte bemüht hätten, gerade in Tab. I, 21 (VIII, 16) von diesem Grundsatz ihrer Formulierung abgewichen sein sollten und mit der Darstellung einer Klage begonnen hätten, wo es doch eigentlich um ein *furtum* gegangen sei. Vielmehr wiesen die von ihm zur Begründung seiner Ansicht angeführten weiteren Delikte¹⁷⁶ eine Struktur auf, in der die Verletzungshandlung sich am Satzanfang befindet. Folglich müsse die bisherige Rekonstruktion falsch sein. Richtig sei es, in *adorat* selbst das Delikt zu sehen. *Adorare* bedeutet im dem vorliegenden Kontext von Deliktstatbeständen „anklagen“. YARON zufolge muss Tab. I, 21 (VIII, 16) folgenden Inhalt gehabt haben: Derjenige, der einen anderen anklagt, einen nicht offenkundigen Diebstahl begangen zu haben, dies aber nicht beweisen kann, muss an den Angeklagten das Doppelte des Wertes der angeblich gestohlenen Sache zahlen. Der Gesetzeszweck einer solchen Bestimmung liege offen vor dem Betrachter, der sich die Härte der möglichen Strafen für *furtum* vergegenwärtige.¹⁷⁷ Die falsche Anschuldigung habe in einen Mord in mittelbarer Täterschaft nach heutigem Recht resultieren können. Diese Instrumentalisierung des Gerichts zu pönalisieren und

¹⁷³ Ebenso WESTBROOK, RAYMOND: The Nature and Origins of the Twelve Tables, in: ZS 105, 1988, S. 74ff., 103.

¹⁷⁴ REUVEN, YARON: Si adorat furto, in: TR 34 (1966), S. 510ff., 511f.

¹⁷⁵ REUVEN, YARON: Si adorat furto, in: TR 34 (1966), S. 510ff., 516f.

¹⁷⁶ Die erwähnten Stellen sind Tab. VIII, 1, 2, 4, 8, 12, 21, 22, 24, XII, 2, 3.

¹⁷⁷ Im Falle des *furtum (manifestum)*, der Gegenstand der falschen Anschuldigung ist, wurde der verurteilte *civis* geißelt und dann dem Bestohlenen als Sklave übergeben, der des *furtum* überführte Sklave aber wurde nach der Geißelung vom Tarpeischen Felsen gestürzt, ZIEGLER, C.H.: Leage's Roman Private Law, 2. Aufl. London 1954, S. 366: CRAWFORD, M.H. (Hg.): Roman Statutes, Bd. 2, London 1996, S. 578.

abzuwenden sei Aufgabe von Tab. I, 21 (VIII, 16) gewesen. In die Rekonstruktion sei deshalb *ni probat* oder eine Formulierung gleicher Bedeutung aufzunehmen, so dass die Stelle lauten müsse:

Si adorat furto quod nec manifestum erit, ... ni probat.

Wenn er wegen eines Diebstahls anklagt, der nicht offenkundig ist, ..., wenn er es nicht beweist.

Erwiese sich diese Auffassung von Tab. I, 21 (VIII, 16) als richtig, so müsste aber in Fortführung dieses Gedankens die Qualität von *furtum nec manifestum* als eines Terminus technicus und damit die Existenz eines Delikts *furtum nec manifestum* generell in Zweifel gezogen werden. Auf die Darstellung des Diebstahls, der nicht offenkundig sein wird, folgte nicht die Sanktion für ein Delikt *furtum nec manifestum*, sondern für ein Delikt *si adorat*. Die überraschende Verwendung des Futurs und das Fehlen der Sanktion für den Diebstahl beraubt *furtum nec manifestum* dann seiner eigenständigen Deliktsqualität.

Konkludent nimmt YARON damit dem *furtum nec manifestum* die Eigenschaft eines selbständigen Delikts. Er sieht in der Formulierung nur eine Beschreibung von Tatumständen. Ein selbständiges Delikt *furtum nec manifestum* wird damit in konsequenter Fortführung der Ansicht YARONS hier nicht erwähnt.

bb) Kritik der Ansicht YARONS

Der Richtigkeit von YARONS Ansicht stehen erhebliche Bedenken gegenüber. Die sich im Zusammenhang mit seinem Rekonstruktionsvorschlag aufdrängenden Fragen wirft er zwar teilweise selbst auf, vermag sie aber nicht befriedigend zu beantworten.

Es ist nicht plausibel, warum in einem Fall der falschen Anschuldigung nur die nach Ansicht YARONS in prozessualer, nicht in materiellrechtlicher Sicht bedeutsame Konstellation eines *furtum nec manifestum* erwähnt wird. Der von ihm vermutete Gesetzeszweck, die Abwehr einer Instrumentalisierung der Rechtsprechung, wäre auch im Zusammenhang mit anderen Delikten erforderlich. Denn auch andere Delikte als das *furtum* zogen im Fall der Verurteilung schwere Strafen nach sich¹⁷⁸, so dass auch dort das Bedürfnis nach Pönalisierung bestand. Diesem schwerwiegenden Einwand mit dem bloßen Hinweis auf die Lückenhaftigkeit der Überlieferung des Zwölftafelgesetzes zu begegnen erscheint eine sehr dürftige Begründung sein.¹⁷⁹

Zudem ist das von YARON vorgeschlagene *si-adorat*-Delikt überflüssig. Eine Regelung gleichen Strafzwecks, aber abstrakterer Formulierung findet sich bereits in

¹⁷⁸ REUVEN, YARON: *Si adorat furto*, in: TR 34 (1966), S. 510ff., 516f.

¹⁷⁹ Zur wahrscheinlich sehr weitgehenden Überlieferung der Bestimmungen der Zwölftafeln WATSON, ALAN: *The State, Law and Religion*, 1992 Athens London, S. 14ff.

Tab VIII, 12 (VIII, 23): *si falsum testimonium dixerit, de saxo deicito.*¹⁸⁰

Wenn er ein falsches Zeugnis abgelegt hat, soll er vom Tarpeijischen Felsen gestürzt werden.

Dieses Verbrechen enthält jedenfalls dann den von YARON vorgeschlagenen Tatbestand, wenn der Kläger im Wege der Parteiaussage die Tatsachen bezeugt.¹⁸¹

Auch die Strafe in Höhe des *duplum*, belegt durch die juristischen Quellen Gai, 3, 190 und 4, 37 sowie D.4.4.9.2 (Ulpian 18 ad ed.), erscheint viel zu niedrig. Wenngleich in einem überlieferten Prozess¹⁸² wegen falscher Aussage / Meineids der Angeklagte nur zur Verbannung verurteilt wurde, wobei das Zwölftafelgesetz zu diesem Zeitpunkt bereits in Kraft war,¹⁸³ so lässt sich doch feststellen, dass das *duplum* wegen der Ähnlichkeit der Strafzwecke der beiden Tatbestände der falschen Verdächtigung und des falschen Zeugnisses als Strafdrohung zu niedrig erscheint. Die Wahrhaftigkeit vor Gericht ist als so hohes Gut angesehen worden, dass Strafen drakonischer Härte, insbesondere unabhängig vom Inhalt des Prozesses vom Zwölftafelgesetz vorgesehen waren. Schließlich stehen die Quellen, insbesondere Gai. 3, 183 - 187, der Ansicht Yarons gewichtig entgegen.¹⁸⁴

Die von YARON angeführte Kürze und Prägnanz des Ausdrucks schlagen auch nicht durch. *Elegantia, brevitatis verborum* und die noch von Justinian gelobte *simplicitas* sind keine zwingenden Argumente, einen Wechsel im Satzbau als vollkommen unsystematisch und unwahrscheinlich abzutun und daraus die Fehlerhaftigkeit der Rekonstruktion herzuleiten.

cc) Die Ansicht WATSONS

WATSON schließlich stimmt den Beobachtungen YARONS zu, folgert aber anders als dieser. Er ist ebenfalls der Ansicht, dass bei der von der herrschenden Ansicht

¹⁸⁰ Gellius, Noctes Atticae 20, 1, 53: *An putas – si non illa etiam ex XII tabulis de testimoniis falsis poena absolvisset, et si nunc quoque, ut antea, qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deiiceretur, mentituros fuisse pro testimonio tam multos quam videmus?*

¹⁸¹ Zur Parteiaussage und deren Gleichstellung mit der Zeugenaussage: KASER, MAX: Das römische Zivilprozessrecht, München 1966, S. 87.

¹⁸² Verurteilung des Kaeso Quinctius aufgrund der falschen Aussage des M. Volscius Fictor. In dem hier wesentlichen Folgeprozess wurde M. Volscius Fictor wegen seines falschen Zeugnisses angeklagt, Livius, Ab urbe condita, III. 13.

¹⁸³ Allerdings kann diese mildere Strafe auch anders erklärt werden als mit einer Ungenauigkeit der Darstellung des Gellius: Es könnten politische Gründe für eine milde Bestrafung des Volkstribuns vorgelegen haben, oder das Gesetz sah in Fällen fehlenden Eingeständnisses eine Strafmilderung vor, ZUMPT, A.W.: Das Criminalrecht der römischen Republik, Bd. I, 1. Abteilung, Berlin 1865, S. 381.

¹⁸⁴ Ebenso Gellius, Noctes Atticae 11, 18, 9 – 12.

vertretenen Auffassung des *furtum nec manifestum* ein Bruch in der ansonsten vorherrschenden Syntax vorliegt. An sich sollte man hier eine zweistufige Syntax nach dem Typ „*si faxit*“ erwarten. Zudem setze die Beschreibung des Tatbestandes zu einem ungewöhnlichen Zeitpunkt ein. Warum, so fragt er, sollten die Dezemviren sich mit der erhobenen Klage beschäftigen, wenn es doch um einen Diebstahl geht? Doch anders als YARON spricht er dem *furtum nec manifestum* nicht den Charakter eines *Terminus Technicus* ab und sieht durch ihn ein besonderes Delikt beschrieben. Nur müsse der letzte Teil des Satzes anders rekonstruiert werden. WATSON zeigt dabei zwei Möglichkeiten auf: Tab. I, 19 beschreibe entweder die zur Zeit der Zwölftafeln zweifelsohne vorgesehene Hausdurchsuchung *lance licio* explizit oder bestimme die durch die erfolgreiche Haussuchung *lance licio* erfolgende Gleichstellung von *furtum nec manifestum* mit *furtum manifestum*, ohne dass dieses ritualisierte Zwangsmittel erwähnt werde. Die Rekonstruktion würde dann wie folgt lauten:

si adorat furto quod nec manifestum erit manifestum esto.

Im Hinblick auf die auf von Watson gepriesene Klarheit des Ausdrucks in den Zwölftafeln erscheint diese Rekonstruktion recht chiffriert und ist nur für den verständlich, der ohnehin wusste, worum es ging. Auch WATSON räumt ein, dass diese Rekonstruktion nicht zu beweisen ist. Wir müssen auch feststellen, dass diese Rekonstruktion keine plausiblere Lösung als die Rekonstruktion der herrschenden Ansicht hervorbringt.

dd) Die zur Zwölftafelzeit voll ausgebildete Behandlung von Täterschaft und Teilnahme

Im Zusammenhang mit der Diskussion um die Spruchformel für den Tatbestand *furtum nec manifestum* ist in jüngerer Zeit entgegen der ganz h.M.¹⁸⁵ zur Evolution des Diebstahls im römischen Recht vorgeschlagen worden,¹⁸⁶ dass bereits in sehr

¹⁸⁵ CHEVALLIER: Contribution à l'étude de la complicité en droit pénal romain, in RHD 31 (1953), S. 204ff., HITZIG, C.F.: RE VIII. 1, Sp. 388, Z. 57ff.; JOLOWICZ, H.F.: Digest XLVII. 2 De furtis, Cambridge 1940, S. lxxv ff.; KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971, S. 616; LONGO, GIANETTO: La complicità nel diritto penale romano, in: BIDR 61 (1958), S. 103ff., 107; MACCORMACK, GEOFFREY: Ope consilio furtum factum, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 291; THOMAS, J.A.C.: Contrectatio – my last word, in: IURA 14 (1963), S. 163ff.

¹⁸⁶ LA ROSA, RENATO: La repressione del furtum in eta arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere, Diss., Neapel 1990, S. 95ff.; ihm folgt HACKL, KARL: Rezension zu LA ROSA, RENATO: La repressione del furtum in eta arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere, Neapel 1990, in: ZS 110 (1993) S. 754ff., 760f.; ders.: Gaius 4, 37 und die Formel der actio furti, in: Schermaier, Martin Josef, Végh, Zoltán (Hrsg.): Ars boni et aequi – Festschrift für Wolfgang Waldstein, Stuttgart 1993, S. 127ff., 135; ders. in KASER, MAX; HACKL, KARL: Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. München 1996, S. 88 Anm. 10. Ähnlich: STOLMAR, REINHARD: Die formula der actio nec manifesti des Alleintäters, Sindelfingen 1989, S. XXX; Vor ihnen bereits VOIGT, MORITZ: Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten. Bd. 2 Das Civil- und Criminalrecht der XII-Tafeln, Leip-

alter Zeit die gesonderte Verfolgung des Teilnehmers am Diebstahl möglich gewesen sei. Beim Diebstahl sei auf einer frühen Entwicklungsstufe eine gedankliche Trennung zwischen dem Täter und dem Teilnehmer erfolgt. Diese Möglichkeit habe ihren Ausdruck in der allein für die Verfolgung des Teilnehmers am Diebstahl geschaffenen Spruchformel gefunden: Die Sakramentsklage wegen der Teilnahme am Diebstahl sei mit den Worten „*ope consilioque tuo furtum aio factum esse*“ erhoben worden.¹⁸⁷ Mit *ope* sei die tätige Hilfe, mit *consilio* die Anstiftung und die psychische Beihilfe gemeint gewesen. Folgte man dieser Ansicht, so wäre in ihrer konsequenten Durchführung auch eine bereits zur Zeit des Erlasses der Zwölftafeln vollständig durchgeführte Unterscheidung von Täter und Teilnehmer erfolgt.

Zum Beleg der Datierung wird insbesondere auf die folgenden Fragmente verwiesen:

Gai. 3, 202.: *Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit, qualis est, cuius ope consilio furtum factum est.*

(in quo numero est, qui nummos tibi excussit, ut eos alius surriperet, uel opstitit tibi, ut alius surriperet, aut oues aut boues tuas fugauit, ut alius eas exciperet.)

et hoc ueteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugauit armentum; ...

(sed si quid per lasciuam et non data opera, ut furtum committeretur, factum sit, uidebimus, an utilis actio dari debeat, cum per legem Aquiliam, quae de damno lata est, etiam culpa puniatur.)

Manchmal haftet wegen Diebstahls, wer den Diebstahl nicht selbst begangen hat. So ist es bei dem, mit dessen Rat und Tat der Diebstahl begangen worden ist ...

(Dazu zählt, wer dir Münzen aus der Hand schlägt, damit sie ein anderer schnell an sich nimmt, oder wer sich dir in den Weg stellt, damit ein anderer deine Sache wegnimmt, oder wer deine Schafe und Rinder hetzt, damit sie ein anderer einfängt.)

Das schrieben die alten Juristen auch von demjenigen, der Groß-

zig 1883, S. 579f. VOIGT meinte, die *actiones furti* und damit die ihnen zugrundeliegenden Tatbestände bereits in der Zwölftafelzeit danach einteilen zu können, ob das *furtum* täterschaftlich begangen worden ist, oder ob eine „Beförderungshandlung“ vorliegt. Zur ersten Gruppe gehören nach seiner Auffassung die *actio furti manifesti* und die *actio nec furti manifesti*. Die zweite Gruppe umfasst die *actio furti concepti*, die *actio de tigno iuncto*, die *actio furti oblata* und schließlich die *actio furti ope consilio facti*.

¹⁸⁷ KASER, MAX; HACKL, KARL: Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. München 1996, S. 88 Anm. 10. Für ein abstrakte Spruchformel ohne Angabe des Schuldgrundes dagegen WIEACKER, FRANZ: Römische Rechtsgeschichte, 1. Abschnitt, München 1988, S. 436 Anm. 37 m.w.N; unentschieden JOLOWICZ, H.F.: Historical Introduction to Roman Law, Cambridge 1932, S. 184.

vieh mit einem roten Tuch aufgehetzt hat ...

(Ist aber so etwas aus Übermut geschehen und nicht absichtlich, um einen Diebstahl zu ermöglichen, werden wir sehen, ob eine auf den Sachverhalt abgestimmte Klage gewährt werden muss, da durch die *lex Aquilia*, welche über den Vermögensschaden gefasst ist, auch der Vorsatz bestraft wird.)

Die Erwähnung der *veteres*, wie auch in:

D.9.2.27.21 (Ulpianus 18 ad ed.): *Si quis de manu mihi nummos excusserit, sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt: quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. idem etiam in factum dari posse actionem ait.*

Hat mir jemand Münzen aus der Hand geschlagen, ist nach Sabinus eine Klage wegen widerrechtlicher Schädigung gegeben, wenn sie derart verloren gegangen sind, dass sie an niemanden gelangten, zum Beispiel wenn sie in einen Fluss, das Meer oder in eine Kloake gefallen sind. Seien sie aber an jemanden gelangt, könne wegen eines mit Rat und Hilfe begangenen Diebstahls geklagt werden; diese Meinung vertraten auch die alten Rechtsgelehrten. Sabinus sagt weiter, es könne auch eine auf den Sachverhalt abgestellte Klage erteilt werden.¹⁸⁸

ordnet die gesonderte Verfolgung der Komplizenschaft der frühen Republik zu: Sabinus als Jurist, der in der ausgehenden Republik oder dem frühen Prinzipat gewirkt hat, verweist in D.9.2.27.21 (Ulpianus 18 ad ed.) auf die *veteres*, die „Altvorderen“. Damit seien die Juristen einer früheren Epoche gemeint.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Daneben müsste noch genannt werden: D.47.2.36.2 (Ulpianus 41 ad sab.): *Idem pomponius ait, si cum rebus aufugerit fugitivus, posse furti actione sollicitatorem conveniri rerum nomine, quia opem consilium contrectatori tulit. quod et sabinus significat.*

Dasselbe sagt Pomponius, wenn ein Entlaufener Sachen mitgenommen habe, so könne der Zuredende auch wegen der Sachen mit der Diebstahlsklage belangt werden, weil er dem Dieb Rat und Hilfe geleistet habe. Darauf deutet auch Sabinus.

¹⁸⁹ HACKL, KARL: Gaius 4, 37 und die Formel der *actio furti*, in: Schermaier, Martin Josef, Zoltán Végh (Hrsg.): *Ars boni et aequi – Festschrift für Wolfgang Waldstein*, Stuttgart 1993, S. 127ff., 135 Anm. 53; VOIGT, MORITZ: *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*. Bd. 2 *Das Civil- und Criminalrecht der XII-Tafeln*, Leipzig 1883, S. 548f.

Dieser Ansicht ist jedenfalls im Hinblick auf ihre Datierung der Spruchformel entgegenzutreten. Zwar sprechen die genannten Fragmente von den „*veteres*“¹⁹⁰. Doch das bedeutet nicht, dass diese Rechtslage folglich schon zur Zeit der Zwölftafeln gegolten hätte. Es fehlt an einem klaren Bezug zu den Zwölftafelgesetzen.¹⁹¹ Auch aus dem Verweis auf die *veteres* kann nicht darauf geschlossen werden, dass die von Sabinus gebilligte Rechtslage bereits zur Zeit der Zwölftafeln gegolten habe. Die genaue Bedeutung von *veteres* richtete sich danach, zu welcher Zeit eine der beiden Formulierungen verwendet worden ist. *Veteres* sind nach Ansicht SÖLLNERS die republikanischen Vorgänger der klassischen Juristen.¹⁹² Doch hat HORAK nachgewiesen, dass die Kennzeichnung als „von den ‚*veteres*‘ herrührend“ Rechtsregeln keines absolut zu bestimmenden Zeitraums erfasst hat¹⁹³. Der Begriff wurde grundsätzlich relativ und von den Klassikern für Juristen verwendet, die von der älteren Republik bis in das erste nachchristliche Jahrhundert hinein wirkten. *Veteres* ist ein Begriff, der lediglich eine Relation wiedergibt. Sabinus kann danach seine unmittelbaren Vorgänger, Juristen der mittleren oder frühen Republik gemeint haben. Ist schon die zeitliche Zuordnung einer Rechtsregel der *veteres* zum Zwölftafelgesetze nach der bisherigen Ansicht problematisch, so wird sie aufgrund des umfassten Zeitraums vollends ungenau und zur bloßen Vermutung. Zum anderen fehlt auch jede Stütze im Zwölftafelgesetze selbst. Die grundsätzlich vorherrschende sprachliche Genauigkeit des Gaius macht es auch wahrscheinlich, dass eine zur Zwölftafelzeit bereits entwickelte *actio furti ope consilio facti* durch die Verwendung einer entsprechenden Formulierung als aus diesem Gesetz stammend oder zu seiner Zeit geltend gekennzeichnet worden wäre.

Entscheidend ist aber, dass die Erwähnung von *consilio* ein subjektives Deliktsmerkmal impliziert. Zwar ist die Wendung *ope consilio* alt,¹⁹⁴ doch bedeutet dies zum einen nicht, dass sie bereits zur Zeit des Erlasses der Zwölftafeln vorhanden war. Zum anderen ist die Problematik eines subjektiven Tatbestandselements ausführlich mit dem Ergebnis besprochen worden, dass ein solches Deliktsmerkmal, das über den typisierten *dolus* hinausgeht, für die Zeit der Zwölftafeln nicht nachgewiesen werden kann.¹⁹⁵ Schließlich stehen auch die Ausführungen zur Kausalität einer so frühen Behandlung der Teilnahme entgegen.

¹⁹⁰ zu dieser Gleichsetzung HEUMANN, H.; SECKEL, E.: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl. Graz 1971, „Vetus“.

¹⁹¹ PERNICE, ALFRED: *Labeo*, 2. Band, 1. Abteilung, 2. Aufl. Halle 1895, S. 142 Anm. 2.

¹⁹² SÖLLNER, ALFRED, Einführung in die römische Rechtsgeschichte, 5. Aufl. München 1996, S. 83.

¹⁹³ HORAK, FRANZ: Wer waren die *veteres*? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen, in: *Vestigia Iuris Romani - Festschrift für Gunter Wesener*, Graz 1992 S. 235 f.

¹⁹⁴ KARLOWA, OTTO: *Römische Rechtsgeschichte*, Bd. II, Leipzig 1901, S. 786 f.

¹⁹⁵ So die h.M.: HACKL, KARL: Rezension zu LA ROSA, RENATO: *La repressione del furtum in eta arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Neapel 1990, in: *ZS* 110 (1993) S.

b) Inhalt des *furtum nec manifestum* auf Grundlage der Rekonstruktion der herrschenden Ansicht

Auf dem Boden dieser herrschenden Ansicht¹⁹⁶ muss angenommen werden, dass *furtum nec manifestum* ein Tatbestand gewesen ist, dessen Klagformel zunächst den Täter erfasste und dann im Wege der interpretatorischen Ausdehnung des *furtum*-Tatbestandes sowohl für den Täter wie für den Teilnehmer galt, um schließlich am Ende der Republik mit der Einschränkung des Diebstahls durch die Einführung der *contrectatio* als Tatbestandselement nur noch den Teilnehmer zu erfassen. Dieser Zustand ist frühestens in der mittleren, wahrscheinlich erst in der späten Republik erreicht worden.

In der Zeit der Zwölftafeln muss der Inhalt des Tatbestandes *furtum nec manifestum* über das Ausschlussprinzip zu definieren sein. Dabei sind dem *furtum nec manifestum* als Gegenbegriffe *furtum manifestum* und *furtum conceptum*¹⁹⁷ gegenüberzustellen. Alles, was weder *furtum manifestum* noch *furtum conceptum* ist, muss unter *furtum nec manifestum* subsumiert werden.¹⁹⁸ Diese Negativselektion folgt aus der Verwendung des Wortes *nec*. Doch welche Fälle der Sachentziehung umfassen die im Gegensatz zum *furtum nec manifestum* in ihrer Bedeutung unumstrittenen Konstellationen des *furtum manifestum*, des *furtum conceptum*?

754ff., 760f.; anders ders.: Gaius 4, 37 und die Formel der *actio furti*, in: Schermaier, Martin Josef, Végh, Zoltán (Hrsg.): *Ars boni et aequi – Festschrift für Wolfgang Waldstein*, Stuttgart 1993, 127ff.; HITZIG, C.F.: RE VIII. 1, Sp. 388, Z. 57ff.; LONGO, GIANETTO: *La complicità nel diritto penale romano*, in: BIDR 61 (1958), S. 10ff., 107; MACCORMACK, GEOFFREY: *Ope consilio furtum Factum*, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 291.

¹⁹⁶ CHEVALLIER: *Contribution à l'étude de la complicité en droit pénal romain*, in RHD 31 (1953), S. 204ff; HACKL, KARL: *Rezension zu LA ROSA, RENATO: La repressione del furtum in eta arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Neapel 1990, in: ZS 110 (1993) S. 754ff., 760f.; HITZIG, C.F.: RE VIII. 1, Sp. 388, Z. 57ff.; JOLOWICZ, H.F.: *Digest XLVII. 2 De furtis*, Cambridge 1940, S. lxxvff.; KASER, MAX: *Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl.* München 1971, S. 616 LONGO, GIANETTO: *La complicità nel diritto penale romano*, in: BIDR 61 (1958), S. 103ff., 107; MACCORMACK, GEOFFREY: *Ope consilio furtum factum*, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 291; THOMAS, J.A.C.: *Contrectatio – my last word*, in: IURA 14 (1963). S. 163ff.

¹⁹⁷ Nicht in der hier verwendeten Rekonstruktion der Zwölftafeln erscheint die bisherigen Tab. VIII, 15a. Sie gehört aber ebenfalls zur Behandlung des *furtum*, findet jedoch nur als Klageart Erwähnung,

Gai. 3. 191: *Concepti et oblatis poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore servatur.*

Die Buße des empfangenen und des zugetragenen aus dem Gesetz der Zwölftafeln ist das Dreifache, und dasselbe wird zugleich vom Prätor zugesprochen.

Nicht zu den besonderen Erscheinungsformen des Diebstahls zählt die hier ebenfalls erwähnte *actio furti oblatis*, die eine Rückgriffsklage gegen den Dieb selbst ist, der dem Beklagten der *actio furti concepti* und nunmehrigen Kläger der *actio furti oblatis* das Stehlgut untergeschoben hat.

¹⁹⁸ MACCORMACK, G.: *Ope consilio furtum factum*, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 271.

Auszugehen ist bei der Bestimmung des Inhalts dieses Deliktstatbestandes von dem Leitbild und somit der ursprünglichen Bedeutung des Wortes *manifestum*. Es ist oben gezeigt worden, dass noch die römischen Juristen der Klassik den *fur manifestus* darüber bestimmten, dass er die gestohlene Sache bei sich trug. Über die Verneinung mittels *nec* ist der *fur nec manifestus* der, der die Beute nicht bei sich trägt, aber dennoch als *fur* überführt werden kann, ohne dass dabei auf die *quaestio lance licioque* oder die formlose Haussuchung vor Zeugen zurückgegriffen werden muss. Denn diese Klagen sind nur einschlägig, wenn die Beute bei den Hausdurchsuchungen gefunden worden ist.

aa) Von dem Tatbestand des *furtum nec manifestum* erfasste Fallgruppen

Damit ist der unmittelbare Täter erfasst, dem die Tat z.B. durch Aussagen von Augenzeugen nachgewiesen werden kann.

Fraglich ist aber, ob der Tatbestand nicht eine noch größere Reichweite hat. Folgt man nur dem Wortlaut, so reicht es aus, dass der Eigentümer Gewahrsam an einer ihm gehörenden Sache verloren hat, und zwar aufgrund von Handlungen des Täters, die nicht in die Gruppe des *furtum manifestum* oder des *furtum conceptum* fallen. Bei diesem Verständnis des Tatbestandes ist wiederum wie beim *furtum conceptum* die Forderung unmittelbarer Verursachung aufgegeben und durch den Tatbestand die Möglichkeit der Bestrafung von Beteiligten an dem Diebstahl gegeben, die ohne das Diebesgut angetroffen werden, deren Verbindung mit dem Diebstahl aber nachgewiesen werden kann. Für eine solch weite Auffassung des Tatbestandes spricht die aktivische Bedeutung von *manifestus*. *Manifestus* bedeutet seiner Etymologie nach „in den Händen halten“. Der *fur nec manifestus* ist dann einer, „der nichts in den Händen hält“, aber dennoch zu bestrafen ist. Erfasst ist dann auch die Beteiligung an dem Diebstahl, die ohne das Tatbestandsmerkmal „wegtragen“ auskommt.

Es sind also auch alle Personen von diesem Tatbestand erfasst, die im Besitz von Stehlgut angetroffen werden und weder auf frischer Tat ertappt worden sind noch als Besitzer von Stehlgut im Wege der förmlichen oder der nichtförmlichen Haussuchung festgestellt werden konnten oder die ein Zeuge im Zusammenhang mit dem Diebstahl, zum Beispiel am Tatort zusammen mit dem Dieb, gesehen hat.

Diese Gruppe umfasst dann in endloser Weite Täter und Beteiligte: Es kann der Dieb selbst sein, der geraume Zeit nach dem Diebstahl auf dem Weg zur Veräußerung des Diebesguts ist und dabei mit dem Stehlgut angetroffen wird. Es kann ein Gehilfe des Diebstahls sein, der vom Täter einen Teil der Beute erhalten hat, oder der Gehilfe, der den Täter zum Tatort begleitet hat, um ihn vor Störungen zu bewahren. Auf dieser Grundlage stellt *furtum nec manifestum* einen Tatbestand dar, über den der bestraft werden konnte, der an der Tat beteiligt war, ohne der auf frischer Tat ertappte, unmittelbarer Täter nach heutigem Verständnis gewesen zu sein.

Zumindest beim *furtum*, ohne allerdings einen Unterschied zwischen verschiedenen Beteiligungsformen oder der Strafe für die unterschiedlich am *furtum* Beteilig-

ten zu machen, konnten alle Formen der heutigen Beteiligung geahndet werden. Jede wie auch immer geartete Beteiligung am *furtum*, sei es dass der Angeklagte die Tat veranlasst oder ihre Ausführung unterstützt hat, sei es dass er zusammen mit einem anderen oder durch einen anderen mit Werkzeugeigenschaft die Handlungen vorgenommen oder allein gehandelt hat, ohne auf frischer Tat gestellt zu werden – wurde gleich beurteilt und mit der gleichen Strafe belegt. Der aufgrund der *actio furti nec manifesti* Verurteilte hatte das Doppelte des Wertes der entzogenen Sache als Schadensersatz – Strafe an den Kläger zu zahlen.¹⁹⁹

bb) Zwischenergebnis

Auch das Zwölftafelrecht des *furtum* kennt keine inhaltliche Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme. Doch zeigt sich hier eine starke Ausdifferenzierung der Tatbestände. Sie macht es möglich, Konstellationen rechtlich zu fassen, die in der modernen deutschen Strafrechtsdogmatik teils eigene Delikte bilden. Aber es können auch Fälle aller denkbaren Konstellationen der Beteiligung erfasst werden mit Ausnahme des Handelns durch ein menschliches Werkzeug.

Die Strafbarkeitslücke, die durch das Fehlen einer Regelung von Täterschaft und Teilnahme besteht, wird durch objektivierte *furtum*-Tatbestände geschlossen. Die zur Wahrheitsfindung auf Parteiaussage und Zeugenbeweis angewiesene Rechtsordnung erweitert den Kreis zu bestrafender Täter durch eine weite Fassung der objektiven Tatbestände, an deren Vorliegen der Vorsatz des Täters ohne weitere Nachforschung geknüpft wird. Diese Vorgehensweise deckt sich mit der Vorstellung KASERS hinsichtlich des typisierten *dolus*. Bestimmte Situationen wie das nächtliche Abernten eines fremden Feldes tragen Indizien für eine Straftat in sich. Aus diesen Situationen kann auf den Willen zur Tat geschlossen werden.

Andererseits werden sich bei der damals wie heute häufigsten Straftat oftmals vielgestaltigerer Situationen ergeben haben als bei den übrigen Delikten. Hier reagierten die Dezemviren, indem sie dieser Erfahrung durch eine weite Fassung bereits ausdifferenzierter Formen des Diebstahls Rechnung trugen. Zugleich wurde das geringere Maß der Überzeugung, dass die Feststellung dieser von dem Antreffen auf frischer Tat abweichenden Situationen in sich trugen, durch geringere Strafmaße berücksichtigt und ein Rückgriffstatbestand für den zu Unrecht wegen des *furtum conceptum* Verurteilten geschaffen.

Es findet sich zwar keine Erwähnung der Voraussetzungen, doch besteht Klarheit, dass im Wege der Negativselektion bestimmte Fälle, die heute als Beteiligung am *furtum* gelten würden, von den Römern rechtlich erfasst werden konnten.

¹⁹⁹ Daneben standen dem Kläger in klassischer Zeit die rein privatrechtliche *rei vindictio* oder *condictio furtiva* zu, vergl. D.13.1.7.1 (Ulpianus 42 ad sab.).

IV. Ergebnis des 1. Kapitels

Zur Zeit des Erlasses der Zwölftafelgesetze richtet sich die Verantwortlichkeit für deliktisches Handeln nach offenbaren Umständen. Die Haftung setzt unmittelbare Kausalität oder, für Tätigkeitsdelikte, eigenhändiges Handeln voraus.

Wo dieses Prinzip gestört zu sein scheint, wie im Falle des Tierschadens, der fahrlässigen Tötung mittels eines Wurfgeschosses, ist der Haftende scheinbar bloß mittelbarer Verursacher. Doch ist seine Haftung lediglich eine Aushilfe. Das dem römischen Strafrecht der ältesten Zeit zugrunde liegende Racheprinzip kann in diesen drei Fällen nicht zur Anwendung kommen, wenngleich jeweils die unmittelbare Ursache auch als solche erkannt wird. Doch können nur der Tierhalter, der Werfer oder der Brandstifter dem Geschädigten Genugtuung leisten.

Angesichts dieses Prinzips können nur eigenhändig handelnde oder unmittelbar kausale Personen zur Verantwortung gezogen werden. Neben dem unmittelbaren Täter sind so auch Mit- und Nebentäter erfasst, soweit sie den vollen Tatbestand in eigener Person verwirklichen.

Eine Sonderstellung unter den Straftaten der Zwölftafelgesetze nimmt der Diebstahl ein. Zwar werden hier Täter und Teilnehmer weder begrifflich noch in der rechtlichen Würdigung ihrer Handlungen unterschieden. Doch zeigt sich der Diebstahl bereits zu dieser Zeit sehr ausdifferenziert. Es ist möglich bei Vorliegen von Umständen, die als bindende Beweisregel wie auch als eigenständige Tatbestände aufgefasst werden können, Täter wie Teilnehmer zu bestrafen. Dem steht gegenüber, dass auch Personen von diesen Tatbeständen erfasst werden können, die an der Tat unbeteiligt waren. Hier liegt ein Ausgangspunkt für die weitere Entwicklung des römischen Rechts von Täterschaft und Teilnahme.

Andere Delikte lassen das Bestreben nicht in gleicher Weise erkennen, andere Beteiligte zur Verantwortung zu ziehen.

2. Kapitel: Justinianisches Recht

I. Zeitliche Einordnung des Untersuchungsgegenstandes

Der folgende Teil der Untersuchung widmet sich der Rechtslage in den Gesetzen Justinians. Soweit notwendig, wird die Entwicklung der Teilnahme mehrerer an einer Straftat untersucht werden. Dabei wird bis in die Zeit der ausgehenden Republik zurückzugehen sein. Zentral ist jedoch die Betrachtung von Fällen, in denen mehrere in gleicher oder verschiedener Weise zu einem rechtlich missbilligten Erfolg oder einer Handlung beigetragen haben, und deren rechtliche Würdigung in den Gesetzeswerken Justinians.

II. Die Haftung des unmittelbaren Täters

1. *Actus reus*

Das klassische römische Strafrecht unterscheidet als Elemente der Tat strafbe gründende wie strafbegrenzende Merkmale: *actus reus* und *dolus* oder *fraus*.¹ Diese Rechtslage wird in die Gesetze Justinians übernommen. Der *actus reus* ist die Tathandlung. Als Grundvoraussetzung für die jeweilige Strafbarkeit bestimmt er das äußere Erscheinungsbild der Tat und charakterisiert so das jeweilige Delikt. Saturnius gibt eine Übersicht über strafbegründendes Verhalten:

D.48.19.16pr. (Saturn. 1.S. de poen. paganorum): *Aut facta puniuntur, ut furta caedesque, aut dicta, ut convicia et infidae advocaciones, aut scripta, ut falsa et famosi libelli, aut consilia, ut coniurationes et latronum conscientia quosque alios suadendo iuisse sceleris est instar.*

Gestraft wird entweder eine Handlung, wie Diebstähle und Morde, oder Worte, wie die Schimpfreden und untreue Prozessführung (Partei- verrat), oder Schriften, wie falsche und ehrenrührige Denunziation, oder Ratschläge, wie Verschwörungen und Mitwisserschaft der Wege- lagerer, indem die diesen von anderen geleistete Hilfe einem Verbrechen gleichsteht.

Der bloße böse Gedanke, der sich auf die Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens richtet, ohne sich zu manifestieren, reichte danach zur Strafbegründung nicht aus.²

a) Tun oder Unterlassen

Eine allgemeine Unterscheidung von Tun oder Unterlassen oder echten oder unechten Unterlassungsdelikten kannte das römische Recht nicht.³ Dennoch war Unter-

¹ D.48.4.3 (Marcianus 14 inst.); h.t. 7.3, (Modestinus 12 pand.); D.1.3.29 (Paulus ad legem Cinciam); D.21.1.23.2, (Ulpianus 1 ad ed.aed.cur); CTh 9.4.1 = CJ 9.7.1.

² THOMAS, J.A.C: Sutor ultra crepidam, in: Journal of Religion 1962, S. 127ff.

lassen in Einzelfällen ebenfalls mit Strafe bedroht. Diese Fälle, insbesondere der des Soldaten, der seinem vorgesetzten Offizier in Todesgefahr nicht beisteht, der von einer Straftat seines Sklaven wissende, aber untätige Herr sowie der *consci*, werden in dem Kontext besprochen, in den sie das römische Recht jeweils gestellt hat.

b) Kausalität

Saturninus erwähnt in der oben genannten Digestenstelle die Verursachung des Erfolgs durch den Täter als strafbegründendes Merkmal der Delikte nicht gesondert. Gleichwohl ist die Notwendigkeit der Verursachung des Erfolges durch eine Handlung des Täters Voraussetzung der Strafbarkeit. Die engen Voraussetzungen der Kausalität noch in der *lex Aquilia*⁴ werden bereits, wie oben gezeigt, durch die republikanischen Juristen erweitert.⁵ Eine Schlüsselstellung bei der Darstellung römischer Ansichten zur Kausalität nimmt D.9.2 ein. Die römischen Juristen haben hier Fälle genannt und gelöst, die nach moderner Dogmatik der alternativen⁶ und kumulativen⁷ Kausalität unterfallen. Oftmals unter der Überschrift der „überholenden“ Kausalität diskutiert wird D.9.2.51pr. (Julianus 86 dig.).⁸ Der Wortlaut lässt eine solche Interpretation nicht zu und weist mangels einer Anknüpfung an die Handlung des ersten Schlägers eher auf eine Konstellation „abbrechender Kausalität“ hin⁹: Hinsichtlich der Lösung der „abbrechenden Kausalität“¹⁰ bestand eine Kontroverse¹¹ zwischen

³ D.48.19.16pr. (Saturn. l.S. de poen. paganorum).

⁴ Zum strafrechtlichen Charakter der *lex Aquilia* BINDING, KARL: Die Normen und ihre Übertretung, 4. Band, Leipzig 1919, S. 63; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 827f.

⁵ ANKUM, HANS: Das Problem der „überholenden Kausalität“ bei der Anwendung der *lex Aquilia* im klassischen römischen Recht, in: Harder, Manfred; Thielmann, Georg (Hrsg.) FS v. Lübtow, Berlin 1980, S. 325ff.; NÖRR, DIETER: Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht in: FS Wieacker, Göttingen 1978, S. 115ff.; SCHINDLER, KARL-HEINZ: Ein Streit zwischen Julian und Celsus. Zum Problem der überholenden Kausalität, in: ZS, 74, 1957, S. 201; SELB, WALTER: Kausalität in der dogmengeschichtlichen Betrachtung, in: Horak, Franz; Waldstein, Wolfgang (Hrsg.) FS Herdlitzcka München 1972, S. 215ff.

⁶ D.9.2.51.1 (Julianus 86 dig.); 9.2.11.2 (Ulpianus 18 ad ed.).

⁷ D.9.2.11.4 (Ulpianus 18 ad ed.).

⁸ D.9.2.51.pr. (Julianus 86 dig.).

⁹ ANKUM, HANS: Das Problem der „überholenden Kausalität“ bei der Anwendung der *lex Aquilia* im klassischen römischen Recht, in: Harder, Manfred; Thielmann, Georg (Hrsg.) FS v. Lübtow, Berlin 1980, S. 325ff., 326. Der zweite Täter tötet den Sklaven, ohne dass ein Fortwirken der ersten Bedingung zum Erfolg führt.

¹⁰ Als Konstellation der überholenden Kausalität ist hingegen D.9.2.30.4 (Paulus 22. ad ed.) nach moderner Strafrechtsdoktrin zu bezeichnen. Ein nicht tödlich verwundeter Sklave ist durch Vernachlässigung (wohl der Krankenpflege) gestorben. Der Pfleger hat den Sklaven, der nicht sterben musste, durch ein bloß fahrlässiges Verhalten getötet und damit an den vom ersten Täter eröffneten Kausalverlauf lediglich angeknüpft. Allerdings wird lediglich die Klage wegen der Verwundung des Sklaven gegen den ersten Täter gewährt, dazu VISKY, KÁROLY: Die Frage der Kausalität aufgrund des D.9.2 (*ad legem Aquiliam*), in

Celsus und Ulpian. Offenbar knüpft Celsus in D.9.2.11.3 (Ulpianus 18 ad ed.) bei der Auslegung des *occidere* an den Erfolgseintritt an, denn nur der zweite und den Erfolg unmittelbar herbeiführende Täter soll für den Tod, der erste nur für *vulnerare* haften. Ohne den Tod des Sklaven ist das Tatbestandsmerkmal *occidere* in einer solchen Konstellation nicht erfüllt. Der Lösung Celsus stimmen Marcellus und Ulpian zu.

Julian hingegen will in Dig 9.2.51pr. beide Täter wegen *occidere* haften lassen. Für ihn erfüllt die Handlung, das Zufügen jeweils einer tödlichen Wunde, das Tatbestandsmerkmal *occidere*.

Zudem findet sich ebenfalls in klassischer Zeit der erste Versuch einer dogmatischen Erfassung der Kausalitätsproblematik¹², die allerdings ohne Folgen für die weitere Rechtsentwicklung bleibt¹³.

Wichtig an alledem ist für diese Untersuchung, dass neben Fragen der Kausalität im Allgemeinen auch die „abbrechende“ und die „überholende“ Kausalität rechtlich erfasst und für diese Konstellationen zum Teil voneinander abweichenden Lösungen erarbeitet wurden. Die Behandlung vieler unterschiedlicher Konstellationen der Kausalität zeigt, dass eine hohe Sicherheit auf diesem Gebiet auch an dem Verständnis der mittelbaren Kausalität durch die Juristen nicht zweifeln lässt.

Festzuhalten ist, dass die römischen Juristen versuchten, die Verursachung des Erfolges in ihren verschiedenen Konstellationen ohne eine feste Kausalitätstheorie zu bewältigen. Zugleich steht der Vermutung nichts entgegen, dass die für die Haftung auf Privatstrafe von den römischen Juristen anhand der *lex Aquilia* erarbeiteten Lösungen in ähnlicher Form auch bei anderen Tatbeständen angewendet wurden.

c) Rechtswidrigkeit und Verschulden

Im Privatstrafrecht besteht im klassischen Recht zwischen Verschulden und Rechtswidrigkeit keine scharfe Trennungslinie, wenngleich auch die klassischen Juristen beide Elemente der Sache nach getrennt erfassen. Die Klassiker prüfen so in der *iniuria* der *lex Aquilia* zum einen, ob die Handlung vom Täter entgegen dem Recht (*non iure*) vorgenommen worden ist¹⁴, zum anderen, ob den Täter ein Schuld-

RIDA 26 (1979) S. 475ff., 492ff. Ebenso gehört D.9.2.52pr. (Alfenus 2 dig.) in diese Gruppe von Fällen.

¹¹ ANKUM, HANS: Das Problem der „überholenden Kausalität“ bei der Anwendung der *lex Aquilia* im klassischen römischen Recht, in: Harder, Manfred; Thielmann, Georg (Hrsg.) FS v. Lübtow, Berlin 1980, S. 325ff., 347ff.; NÖRR, DIETER: Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht in: FS Wieacker, Göttingen 1978, S. 115ff.; SCHINDLER, KARL-HEINZ: Ein Streit zwischen Julian und Celsus. Zum Problem der überholenden Kausalität, in: ZSS 74 (1957), S. 201ff., 203ff., 232f.;

¹² D.39.2.24.2 und § 4f. (Ulpianus 81 ad ed.).

¹³ NÖRR, DIETER: Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht in: FS Wieacker, Göttingen 1978, S. 115ff., 131.

¹⁴ PLESCIA, JOSEPH: The Development of „Iniuria“, in: Labeo 23 (1977), S. 271, 287.

vorwurf trifft. Ein ähnlicher Gedankengang findet sich bei Saturninus in Fortführung seiner oben erwähnten Klassifizierung für das öffentliche Strafrecht:

D.48.19.16.1 (Saturninus 1 S. de poen. paganorum): *Sed haec quattuor genera consideranda sunt septem modis: causa persona loco tempore qualitate quantitate eventu.*

Diese vier Arten sind aber in siebenfacher Hinsicht zu betrachten: nach dem Grund, der Person, dem Ort, der Zeit der Qualität, der Quantität und dem Erfolg.

D.48.19.16.2 (Saturninus 1 S. de poen. paganorum): *Causa: ut in verberibus, quae impunita sunt a magistro allata vel parente, quoniam emendationis, non iniuriae gratia videntur adhiberi: puniuntur, cum quis per iram ab extraneo pulsatus est.*

Der Grund, wie bei Schlägen, die nicht bestraft werden, wenn sie vom Lehrer oder vom Vater ausgeteilt werden, weil sie der Besserung, nicht des Unrechts wegen geschehen; sie werden aber bestraft, wenn jemand von einem anderen im Zorn geschlagen worden ist.

Was Saturninus für das Strafrecht mit dem „Grund“ für das menschliche Verhalten umschreibt, sind tatsächlich das Motiv und der Wille, eine rechtswidrige Tat zu begehen. Die von ihm aufgeführten Beispiele zeigen eine jeweils rechtlich gebilligte Motivation dessen, der die für einen Deliktstatbestand geforderte Handlung verwirklicht. Er handelt nicht, um Unrecht zu begehen, sondern aus anderen, nicht strafwürdigen Gründen¹⁵, die sich aus den Umständen der Tat herleiten lassen. Die auf einen rechtlich gebilligten Erfolg zielende Absicht des Handelnden schloss eine Bestrafung aus.

Erst Justinian führt – wiederum auf dem Gebiet der *lex Aquilia* – auch die begriffliche Trennung von Rechtswidrigkeit und Verschulden neben der schon existierenden sachlichen Trennung ein. Er erörtert die Bedeutung des *non iure* im Zusammenhang mit der Notwehr, während letztere in der sich anschließenden Definition von *culpa* nicht auftaucht.¹⁶ Nur hier kann mit einiger Sicherheit davon ausgegangen werden, dass im Falle einer Notwehr nicht das Verschulden, sondern das Merkmal *iniuria* verneint wurde. Obwohl damit nur erste Ansätze zu einer Trennung dieser beiden strafbegründenden Elemente vorhanden sind und deshalb von einer durchgängigen Einführung im gesamten Strafrecht keine Rede sein kann, so sollen dennoch zum Zweck einer verständlicheren Darstellung und soweit wie möglich der Vorsatz und die „Rechtswidrigkeit“ getrennt dargestellt werden.

¹⁵ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 90f.; PERNICE, ALFRED: Labeo, 2. Band, 1. Abschnitt, 2. Aufl. Halle 1895, S. 153. Der Sache nach ließe sich diese Zusammengehörigkeit mit dem „Handeln in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung“ gleichsetzen.

¹⁶ Inst. 4.3.2. und l. 3.

Die Wirkung der Notwehr bei den Verbrechen des öffentlichen Strafrechts und damit ihre Einordnung als „Rechtfertigungstatbestand“ ist keineswegs sicher. MOMMSEN geht dennoch von einer Rechtfertigung aus.¹⁷

aa) Der subjektive Tatbestand¹⁸ – Unterscheidung von öffentlichem und privatem Strafrecht

Einleitend zu dieser Skizze des subjektiven Elements des Straftatbestandes muss nochmals der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Strafrecht in ihrer Entwicklung durch die römischen Juristen betont werden. Im altrömischen Recht der Zwölftafeln gab es nur die typisierte Absicht und in einem Einzelfall eine Verantwortung für nicht absichtliches Handeln. (Typisiertes) Verschulden war eine Voraussetzung der übrigen Deliktstatbestände und wurde unwiderleglich vermutet, soweit nur der Täter kausal für den Erfolgseintritt war oder er die inkriminierte Handlung eigenhändig verwirklicht hatte.

Das sich aus dem altrömischen Deliktsrechts entwickelnde Privatstrafrecht konnte auf die im Privatrecht gelungene gedankliche Durchdringung des Problems einer in ihrer Intensität zwischen *dolus* und *casus* liegenden willentlichen Beziehung des Handelnden zu dem eingetretenen Erfolg zurückgreifen.¹⁹ Dieser Vorzug einer theoretischen Erfassung der *culpa* mit der Folge genereller Anwendbarkeit bei bestimmten Delikten und einer Differenzierung der Strafe nach Erscheinungsform des subjektiven Elements blieb dem öffentlichen Strafrecht verwehrt.

(1) Das öffentliche Strafrecht

VOIGT kam vor über 100 Jahren in seiner Untersuchung des Rechts der Zwölftafeln zu dem Schluss: „Nur die dolose Täterschaft eines *fraus capitalis* ergab den Tatbestand eines Kriminalverbrechens“.²⁰ Dieses für das Recht der Zwölftafeln (eingeschränkt - vgl. Tab. I. 14 und den typisierten *dolus*) richtige Ergebnis behielt auch noch für die späteren Entwicklungsabschnitte des römischen öffentlichen Strafrechts seine Geltung.

Neben der bereits aus der Zeit der Zwölftafeln bekannten *dolus* ziehen die römischen Juristen im öffentlichen Strafrecht den Zufall – *casus* – zur Beschreibung der

¹⁷ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 95, 620, 621 Anm. 1, 653, Anm. 1, 830, Anm. 7.

¹⁸ Zu dieser Einordnung MACCORMACK, GEOFFREY: „Dolus“, „Culpa“, „Custodia“ and „Diligentia“. Criteria of Liability or Content of Obligation, in: Index 22 (1994), S. 189ff., 194f., 205f.

¹⁹ Zur Entwicklung von *culpa* als genuin römisches Gedankengut vgl. DAUBE, DAVID: Roman Law, Edinburgh 1969, S. 153.

²⁰ VOIGT, MORITZ: Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten. Bd.2 Das Civil- und Criminalrecht der XII-Tafeln, Leipzig 1883, S. 782.

subjektiven Beziehung des Täters zur Tat heran. Auch bestehen bescheidene Bestrebungen, die Erscheinungsformen zu beschreiben und gegeneinander abzugrenzen.²¹ Danach ist der Vorsatz für das öffentliche Strafrecht die Regelschuldform seit der Klassik.²² Ganz ähnlich den Regelungen im Zwölftafelgesetz werden die Erscheinungsformen des subjektiven Elements in Vorbedacht (*dolus*) und Unglück (*casus*) eingeteilt²³. Im öffentlichen Strafrecht ist allein die Unterscheidung zwischen *dolus* und *casus*, der jede nicht gewollte Erfolgsverursachung umfasste, maßgeblich.²⁴

Dieser Grundsatz wird nur ausnahmsweise durchbrochen, die fahrlässig begangene Tat war nur in seltenen Fällen in einem Kriminalverfahren zu ahnden. Das galt selbst für die grob fahrlässig begangene Tötung:

D.48.8.7 (Paulus 1. s. de publ. iudic.): *In lege cornelia dolus pro facto accipitur. neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercionem non pertinet.*

Bei der *lex Cornelia* wird der Vorsatz für die Tat selbst genommen. Grobe Schuld wird bei diesem Gesetz aber nicht zum Vorsatz gerechnet. Wenn sich daher jemand von oben herabgestürzt hat, auf jemanden gefallen ist und ihn getötet hat oder wenn ein Baumverschneider, der einen Ast hinuntergeworfen hat, keinen Warnruf abgibt und einen Vorübergehenden getötet hat, so fällt dieses nicht unter die Bestrafung nach diesem Gesetz.²⁵

Der Grundsatz des öffentlichen Strafrechts war *nulla poena sine dolo*. Wenn eine Bestrafung entgegen diesem Grundsatz erfolgte, so war dies nicht das Ergebnis der Einsicht in die Strafwürdigkeit der Fahrlässigkeitsschuld des Täters. Die seit Hadrian

²¹ D.48.19.11.2 (Marcianus 2 de publ. iudic.); D.48.19.16.8 (Saturnius libro sing. de poenis paganorum).

²² LÖFFLER, ALEXANDER: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Band 1, Abteilung 1, Leipzig 1895, S. 80; WACKE, ANDREAS: Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht, in: RIDA 26 (1979), S. 505ff., 562.

²³ PERNICE, ALFRED: Der verbrecherische Vorsatz im griechisch-römischen Rechte, in: ZS 17 (1896) 205ff., 250f.; ROBINSON, OLIVIA F.: The Criminal Law of Ancient Rome, Baltimore 1995, S. 21; WACKE, ANDREAS: Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht, in: RIDA 26 (1979), S. 505ff., 543.

²⁴ BESCHÜTZ, JULIUS: Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre (bis zur Carolina), Strafrechtl. Abh. Heft 76, Breslau 1907, S. 25f., 28ff., 42ff.

²⁵ D.47.9.11 (Marcianus 14 inst.) nennt grobe Fahrlässigkeit als Schwelle der Haftung für Brandstiftung. Dies ist der einzige Fall, in dem *luxuria* der *dolus* gleichgestellt ist. Zur „Definition“ der groben Fahrlässigkeit D.50.16.213.2 (Ulpianus 1 reg.) und l. 223pr. (Paulus 2 op.).

in Einzelfällen nachweisbare Praxis, nicht dolose Tötungen zu bestrafen,²⁶ folgte einem anderen Grundgedanken. Es war allein der Zweck der Generalprävention (*malum exemplum*), der eine Bestrafung auf Grundlage arbiträrer Koerzition erzwang²⁷, sofern dem Täter bei fehlender *dolus* der Erfolg dennoch zurechenbar war.

So bleibt es bei dem grundsätzlichen Erfordernis dolosen Handelns im öffentlichen Strafrecht. Auch im Streit oder in Gemütsaufwallung begangene Delikte wurden als vorsätzlich angesehen, aber die Strafe wurde gemildert.²⁸

(a) Die Komponenten der *dolus malus*

Die Komponenten der *dolus malus* sind von den römischen Juristen nicht direkt mitgeteilt worden. Zur Beschreibung des subjektiven Elements der Strafbarkeit ziehen die römischen Juristen neben der *dolus* weitere Ausdrücke²⁹ heran, die aber keine juristischen Termini Technici sind. Sie gehen in ihrer begrifflichen Schärfe nicht über den Alltagsgebrauch dieser Worte hinaus.³⁰ Eine Unterscheidung verschiedener Arten des Vorsatzes fehlt deshalb.

(aa) Gegenstand des Wissenselements

Anhand der Regeln zur Behandlung des Irrtums über Tatsachen soll der Inhalt der *dolus* näher untersucht werden:

D.3.2.11.4 (Ulpianus 6 ad ed.): *Notatur etiam " qui eam duxit", sed si sciens: ignorantia enim excusatur non iuris, sed facti...[excusatur qui iussu eius, in cuius potestate erat, duxerit, et ipse, qui passus est ducere, notatur, utrumque recte: nam et qui obtemperavit, venia dignus est et qui passus est ducere, notari ignominia.*

²⁶ LÖFFLER, ALEXANDER: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Band 1, Abteilung 1, Leipzig 1895, S. 83f., 86.

²⁷ HÖBENREICH, EVELYN: Überlegungen zur Verfolgung unbeabsichtigter Tötungen von Sulla bis Hadrian, in: ZS 107 (1990), S. 249ff., 309; HÖBENREICH vermutet eine bereits in der ausgehenden Republik einsetzende Praxis der Ahndung fahrlässiger Taten insbes. durch die Magistratur. Des Weiteren LÖFFLER, ALEXANDER: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Band 1, Abteilung 1, Leipzig 1895, S. 86; WACKE, ANDREAS: Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht, in: RIDA 26 (1979), S. 505ff., 528f., 531.

²⁸ D.48.8.1.3 (Marcianus 14 inst.), für den Ehemann, der seine Frau beim Ehebruch ertappt: Papinian coll. 4.10.1

²⁹ Daneben werden mit gleicher Bedeutung *dolus malus* (böse List), *animus*, D.48.8.1.3 (Marcianus 14 inst.), CJ.9.16.1pr., beim Diebstahl, D.47.2.52.20 (Ulpianus 37 ad ed.), bei der Störung der Totenruhe, D.47.12.3.1 (Ulpianus 25 ad ed. praet.) und bei den Injuriis, D.25.4.1.8 (Ulpianus 24 ad ed.) und „*fraus*“ als bewusste Umgehung des Gesetzes, D.1.3.29 (Paulus l. S. ad l. cinc.) verwendet, MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 86f.

³⁰ PERNICE, ALFRED: Labeo, 2. Band, 1. Abschnitt, 2. Aufl. Halle 1895, S. 143ff.;

Von Ehrlosigkeit betroffen ist auch, „wer sie geheiratet hat“, aber nur, wenn er es wissentlich getan hat. Allerdings wird nicht Rechtsunkenntnis entschuldigt, sondern nur Unkenntnis der Tatsachen. Entschuldigt wird, wer auf Geheiß desjenigen, in dessen Gewalt er stand, geheiratet hat; derjenige aber, der die Heirat wissentlich zugelassen hat, ist von Ehrlosigkeit betroffen. Beides zu Recht: Denn derjenige, der gehorcht hat, verdient Verzeihung und derjenige, der die Heirat wissentlich zugelassen hat, Unehre.

Die fehlende Kenntnis der zum Tatbestand gehörenden tatsächlichen Umstände schließt die *dolus* aus. Aus dem Umkehrschluss ergibt sich für die *dolus*, dass das intellektuelle Moment die Kenntnis aller Tatsachen und Umstände umfasst, deren Vorliegen die Gesetzesverletzung begründen. *Dolus* umfasst ein Element des Bewusstseins, worauf auch die ältere Wendung *dolo malo sciens* hinweist.³¹ Der Täter muss Kenntnis der Tatsachen haben, die den Tatbestand der Straftat erfüllen.

Ob die römische Rechtsanwendung auch im Falle der Unkenntnis von Verbotsnormen den *dolus* entfallen lässt und somit deren Kenntnis als Gegenstand der *scientia* vorausgesetzt wird, ist umstritten. Ausgangspunkt für diese Diskussion sind die folgenden Fragmente:

D.29.5.3.21 (Ulpianus 50 ad ed.): *Si quis ignorans occisum aperuerit, non debet hoc edicto teneri.*

Wenn jemand, der nichts von dem Mord weiß, das Testament geöffnet hat, soll er nicht nach dem Edikt haften.

D.29.5.3.22 (Ulpianus 50 ad ed.): *Et si sciens, non tamen dolo aperuit, aequè non tenebitur, si forte per imperitiam vel per rusticitatem ignarus edicti praetoris vel senatus consulti aperuit.*

Und wenn er es in Kenntnis des Mordes dennoch nicht mit Vorsatz geöffnet hat, wird er ebenso nicht bestraft werden, wenn er es etwa aufgrund von Unerfahrenheit oder Mangel an Bildung in Unkenntnis des prätorischen Edikts oder Senatsbeschlusses geöffnet hat.

Es war nach dem prätorischen Edikt verboten, ein Testament eines Ermordeten zu öffnen, bevor nicht die Sklaven des Opfers befragt und der Schuldige seine Strafe empfangen hatte. Irrte der unbefugte Öffnende darüber, dass der Testator ermordet worden und nicht eines natürlichen Todes gestorben war, so sollte er nach Ulpian nicht dem Edikt unterfallen. Gleiches soll aber auch gelten, wenn er das Edikt oder das *senatus consultum Silaneum* nicht kennt. Tatsachen- und Rechtsirrtum scheinen gleichgestellt zu sein.

³¹ KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, S. 628; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 86; PERNICE, ALFRED: Labeo, Band 2, Abschnitt 1, 2. Aufl. Halle 1895, S. 137ff.

(bb) Die Auffassungen BINDINGS und PERNICES

Diesen Fragmenten³² hat BINDING entnommen, dass die Kenntnis der Verbotsnorm prinzipiell Bestandteil der *scientia sei*.³³ Fehle diese Kenntnis beim Täter, entfalle nach römischer Anschauung auch der *dolus*.³⁴ Die Römer hätten also in der Rechtsfolge nicht zwischen einem Tatsachenirrtum und einem Rechtsirrtum unterschieden.³⁵

PERNICE hingegen sieht eine solch prinzipielle Bedeutung der Kenntnis der Verbotsnorm nicht. Er weist auf die besondere Erwähnung von persönlichen Unzulänglichkeiten – Unerfahrenheit und die Herkunft vom Lande³⁶ – beim „Rechtsirrtum“ hin, die sich beim Irrtum über die Todesursache nicht finden. Allerdings könne aus all dem keine feste Regel zur Behandlung der Rechtsunkenntnis hergeleitet werden.³⁷ Vielmehr hätten die Römer danach entschieden, ob in der Tat ein Mangel an Sittlichkeit zutage trete oder nicht. In den oben erwähnten Fragmenten entfalle der *dolus*, weil der Täter in beiden Fällen nicht unsittlich handle.³⁸ Er verhält sich nach seiner Vorstellung in Übereinstimmung mit den Gesetzen, in D.29.5.3.21, weil er den wahren Sachverhalt nicht kennt, in D.29.5.3.22, weil von ihm aufgrund seiner Unerfahrenheit und Unzulänglichkeit die Kenntnis der Gesetze und damit eine Einsicht in die Verbotenheit seines Tuns nicht erwartet worden sei. In diesem Fall könne ihm kein unsittliches Verhalten vorgeworfen werden.

(cc) Kritik und eigene Auffassung

Im Ergebnis vermag eher die Ansicht PERNICES zu überzeugen. Bei D.29.5.3.21 f. handelt es sich nach heutiger Dogmatik um einen direkten Verbotsirrtum. Hier entfällt sowohl BINDING als auch PERNICE zufolge der *dolus*. Für BINDING fehlt es an der *scientia* der Verbotsnorm. Unabhängig von den Eigenschaften des Irrenden läge hier nie *dolus* vor. Es sei ein durchgängiges Prinzip des römischen Rechts, dass Rechtsunkenntnis den *dolus* entfallen lasse. Die von BINDING weiter zu Begründung seiner Ansicht aufgeführten Fragmente umfassen hingegen viele Fälle, die als Irrtum über ein normatives Tatbestandsmerkmal aufzufassen sind.³⁹

³² Wie auch D.27.6.1.7pr. (Ulpianus 12 ad ed.), D.2.1.7.4 (Ulpianus 3 ad ed.); D.5.3.25.6 (Ulpianus 15 ad ed.).

³³ BINDING, KARL: Die Norm und ihre Übertretung, 2. Band, 2. Hälfte, 2. Aufl. Leipzig 1916, S. 673ff.

³⁴ BINDING, KARL: Die Norm und ihre Übertretung, 2. Band, 2. Hälfte, 2. Aufl. Leipzig 1916, S. 679f., 689f.

³⁵ BINDING, KARL: Die Norm und ihre Übertretung, 3. Band, Leipzig 1918, S. 64.

³⁶ Daneben komme die Rechtsunkenntnis den Frauen und Soldaten zugute, PERNICE, ALFRED: Labeo, Band 2, Abschnitt 1, 2. Aufl. Halle 1895, S. 121ff.

³⁷ PERNICE, ALFRED: Labeo, Band 2, Abschnitt 1, 2. Aufl. Halle 1895, S. 121ff.

³⁸ PERNICE, ALFRED: Labeo, Band 2, Abschnitt 1, 2. Aufl. Halle 1895, S. 137ff., 141

³⁹ D.41.3.36.1 und l. 37 (Gaius 2 rer. cott.), oftmals für eine Erheblichkeit der „Rechtsunkenntnis“ angeführt, behandeln einen Irrtum über das Tatbestandsmerkmal „fremd“. Es fehlt die

PERNICE verneint die Unsittlichkeit in diesem speziellen Fall aufgrund der Unzulänglichkeiten des Irrenden. Sollte hingegen sich ein gewandter Bürger auf die Unkenntnis der Vorschriften des Edikts berufen wollen, so sei für ihn der *dolus* zu bejahen.

Entgegen der Ansicht PERNICES stellt sich die Rechtslage wie folgt dar: Bei einer Berufung auf die Unkenntnis der Verbotsnorm ist nach den Fähigkeiten des (vorgeblich) Irrenden zu fragen. Dabei stellen die Juristen auf eine Typizität der Fähigkeiten des Irrenden ab: Ist er unerfahren oder ungebildet, so macht dies die Unkenntnis der Norm wahrscheinlich. Der *dolus* entfällt ebenso wie bei Frauen und Soldaten. Beruft sich allerdings ein im Geschäftsleben stehender Mann auf die Unkenntnis der Norm, so nützt ihm dies nicht. Die Rechtsunkenntnis lässt den *dolus* nicht entfallen.⁴⁰ Dies gilt unter der Einschränkung, dass sich das Verbot des Tuns nicht jedem aufdrängt. So muss es dem Freigelassenen klar sein, dass er seinen Patron nicht beleidigen darf.⁴¹ Ebenso kann auch der Vormund, der den eigenen Sohn mit seinem Mündel verheiratet, sich nicht erfolgreich auf fehlenden *dolus* berufen.⁴² Es geht hier nicht so sehr um eine Frage der Sittlichkeit, als vielmehr um bestimmte Fallgestaltungen, in denen vorsatzloses Handeln eher anzunehmen ist als in anderen Konstellationen. Ebenso handelt ohne Vorsatz, wer über ein wertendes Tatbestandsmerkmal irrt. Das gilt unabhängig von den geistigen Fähigkeiten des Irrenden.⁴³ Im Ergebnis ändert all dies nichts an dem Befund, dass die Unkenntnis der Verbotsnorm den *dolus* ausschließen kann, jedenfalls soweit es sich um spezielle Bereiche der Gesetzgebung handelt. Eine Berufung darauf, man habe nicht gewusst, dass eine Tötung verboten sei, dürfte auch für den aus dem entferntesten Winkel des Imperium Stammenden ohne Erfolg geblieben sein. Maßgeblich für das Wissensmoment des *dolus* ist somit die Tatsachenkenntnis.

(dd) Der Wille

Das voluntative Moment erschließt sich zum Teil aus dem Begriff der *dolus*. Die List oder böse List legt ein der Absicht gleichkommendes Verständnis des Vorsat-

Kenntnis der Fremdheit der Sache. Ebenso D.5.3.25.6 (Ulpianus 15 ad ed.): Auch hier fehlt der Vorsatz. Ohne eine vollständige Untersuchung zu dieser Frage anstellen zu wollen, darf festgestellt werden, dass *in iure erret* hier nicht als Rechtsunkenntnis im heutigen Sinne verstanden werden darf, sondern Verkennung eines „normativen Merkmals“ des Tatbestandes meint, das infolge der Unkenntnis vom Vorsatz nicht umfasst ist. Daneben Collatio 1.12.2. Für eine umfassende Auseinandersetzung mit BINDINGS Belegen, die allerdings keine weitergehenden Erkenntnis bringt, LÖFFLER, ALEXANDER: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Band 1, Abteilung 1, Leipzig 1895, S. 95ff.

⁴⁰ I.E. ebenso LÖFFLER, ALEXANDER: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Band 1, Abteilung 1, Leipzig 1895, S. 94.

⁴¹ CJ 2.2.2.

⁴² CJ 5.6.1.

⁴³ D.29.5.3.21 (Ulpianus 50 ad. ed.).

zes nahe. Dem entspricht die Verwendung von *animus* in der Beschreibung des subjektiven Tatbestandselements bei einzelnen Delikten, die eine auf den Taterfolg gerichtete Motivation für das Handeln des Täters beschreiben. Es geht um eine bewusste Schädigungsabsicht im Hinblick auf den im Tatbestand der jeweiligen Straftat enthaltenen Erfolg oder die inkriminierte Handlung.⁴⁴

(ee) Die Wissentlichkeit

Die Kenntnis allein kann in einzelnen Fällen zur Bejahung des Vorsatzes insgesamt führen. Dabei geht es um Fälle, bei denen der Täter entweder die Tatumstände kennt oder um den Erfolg des eigenen Tuns weiß.⁴⁵ Wenn auch hier ein Willenselement bezogen auf den Erfolg vorliegt, so betonen die römischen Juristen doch allein das Wissen um die Tatumstände wie die Verbotenheit ihres Tuns. Man kann insoweit eine Entsprechung zur Wissentlichkeit der deutschen Strafrechtsdogmatik annehmen.

(ff) Erfassung weiterer Vorsatzformen?

Wieweit der *dolus malus* neben den Entsprechungen zur Absicht und der Wissentlichkeit auch andere Vorsatzformen erfasst, lässt sich für das Strafrecht nur vorsichtig beantworten. Sicher ist allein, dass *dolus* an einigen Stellen eine Bedeutung hat, die nicht auf die Absicht beschränkt ist.⁴⁶ Genaueres lässt sich allerdings aus diesen Entscheidungen nicht ableiten.⁴⁷

Für die *lex Aquilia*, die freilich nicht dem öffentlichen Strafrecht zuzuordnen ist und die auch *culpa* zur Verwirklichung des Tatbestandes genügen lässt, kann jedenfalls auch das Voraussehen des Erfolges aufgrund der Tatsachenkenntnis und die Billigung des vorhergesehenen Erfolges als ein Minus zum *dolus*, aber ein Plus zur *culpa* ausreichen.⁴⁸

⁴⁴ LÖFFLER, ALEXANDER: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Band 1, Abteilung 1, Leipzig 1895, S. 75; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 86; PERNICE, ALFRED: Labeo, Band 2, Abschnitt 1, 2. Aufl. Halle 1895, S. 143, 149 f;

⁴⁵ D.9.4.36 (Ulpianus 37 ad ed.), D.47.3.1pr. (Ulpian 37 ad ed.) und insbesondere D.27.6.7.1 (Ulpianus 12 ad ed.). Nach Ulpian gibt es Fälle, in denen man um die Tatumstände weiß, aber dennoch nicht *dolo malo* gehandelt habe. Allerdings scheint dies nach Ulpian's Auffassung nur unter besonderen Umständen der Fall zu sein, wie zum Beispiel im Fall des Handelns auf Zwang. BINDING, KARL: Die Norm und ihre Übertretung, 2. Band, 2. Hälfte, 2. Aufl. Leipzig 1916, S. 679f. Anders und widersprüchlich PERNICE, der trotz dieser Fragmente bei der Beschreibung des *dolus* als „mit Bewusstsein auf Schädigung gerichtete Absicht“ bleibt, PERNICE, ALFRED: Labeo, 2. Band, 1. Abschnitt, 2. Aufl. Halle 1895, S. 140 Anm. 1, 150.

⁴⁶ Vgl. die vagen Umschreibungen des *dolus* durch *malitia* in D.27.1.37pr. und § 1 (Scaevola 2 resp.), CJ. 9.23.5.

⁴⁷ LÖFFLER, ALEXANDER: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Band 1, Abteilung 1, Leipzig 1895, S. 78.

⁴⁸ HAUSMANINGER, HERBERT: Das Schadensersatzrecht der *lex Aquilia*, 5. Auflage Wien 1996, S. 27; ROBINSON, OLIVIA F.: The Criminal Law of Ancient Rome, Baltimore 1995, S. 16. ROBINSON setzt *dolus* mit der „guilty intention“ der englischen „mens rea“ gleich, die

(gg) Zusammenfassung

Dolus umfasst nach heutiger Terminologie zwei Erscheinungsformen des subjektiven Tatbestandes, die Absicht als *dolus directus* ersten und zweiten Grades. Vorsichtig abstrahierend kann *dolus* als ein elastisches Konzept bezeichnet werden, dessen kleinster gemeinsamer Nenner der Wille ist, etwas gegen das Gesetz Gerichtetes zu tun oder zu wissen, dass die eigene Handlung zu einer Gesetzesverletzung führt.⁴⁹ Im Bereich des öffentlichen Strafrechts erfolgt eine weitere Unterscheidung des täterischen Wissens und Wollens unterhalb der Schwelle zum Vorsatz auch im klassischen Recht nicht. Die Alternativität von vorsätzlichem und nicht vorsätzlichem Verhalten bleibt im Bereich des öffentlichen Strafrechts erhalten und bestimmend.

Gleichwohl wurden in vereinzelt Fällen kraft magistraler Koerzitation ohne gesetzliche Grundlage auch Fahrlässigkeitstaten bestraft. Dies waren Ausnahmen. Denn die Bestrafung erfolgte nicht etwa aus dem Vorwurf der Fahrlässigkeitschuld, sondern allein aus dem Gedanken der Generalprävention heraus. Als Indizien für eine Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit sind die Tatumstände, Tatmittel und das Verhältnis von Täter und Opfer hervorzuheben.

(2) Das private Strafrecht

Neben *dolus* ist bereits in spätrepublikanischer Zeit der *culpa*-Begriff als in der Intensität der persönlichen Beziehung zur Tat zwischen dem Zufall und der Absicht stehendes subjektives Element des Tatbestandes im Wege der Interpretation herausentwickelt. Ausgangspunkt dieser Entwicklung war der *iniuria*-Begriff der gemischten Strafklage aufgrund der *lex Aquilia*.⁵⁰ Die Spätclassiker verwenden oftmals *neglegentia*.⁵¹ Wie oben gezeigt, haben bereits die Juristen der späten Republik das Erfordernis der Fahrlässigkeit⁵² als haftungsbegründende Voraussetzung zumindest den Sachbeschädigungen hinzugefügt:

inhaltliche Entsprechung des deutschen *dolus directus* 1. (~ 1. Gruppe der „direct intention“) und 2. Grades (~ 2. Gruppe der „direct intention“) ist und den bedingten Vorsatz im Hinblick auf das Wissenselement umfasst (und damit der objektiven Theorie des bedingten Vorsatzes im der deutschen Strafrechtsdogmatik entspricht (indirect intention).

⁴⁹ MACCORMACK, GEOFFREY: *Dolus in the Law of the Early Classical Period*, in: SDHI 52 (1986), S. 236ff., 284f.; ders.: „*Dolus*“ in Republican Law, in: BIDR 83 (1985), S. 1ff., 38.

⁵⁰ D.9.2.5.1 (Ulpianus 18 ad ed.)

⁵¹ PERNICE, ALFRED: *Labeo*, 2. Band, 2. Abteilung, 2. Aufl. Halle 1900, S. 17.

⁵² Die begriffliche Gleichsetzung der *culpa* mit der Fahrlässigkeit ist jedenfalls für die justinianische Zeit und da zulässig, wo sie als Gegensatz zur *dolus* aufgeführt wird, anders MACCORMACK, GEOFFREY: *Culpa*, in: SDHI 38 (1972), S. 123ff., 124, 129ff. Er sieht für das öffentliche wie das private Strafrecht in *culpa* eine weite Formel, die schlicht mit *fault* (Verschulden) übersetzt werden kann. Welche inhaltlichen Kriterien die Bejahung von

D.9.2.5.1 (Ulp. ad.eD.18): *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: et ideo interdum utraque actio concurrit et legis aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.*

In diesem Zusammenhang dürfen wir aber *iniuria*, Widerrechtlichkeit, nicht wie bei der Iniurienklage [speziell] als Missachtung der Person auffassen, sondern [allgemein] als das, was nicht rechtmäßig ist, also gegen das Recht geschehen ist; das heißt, wenn jemand fahrlässig getötet hat. Deshalb stehen bisweilen beide Klagen zu, sowohl die Klage nach der *lex Aquilia* als auch die Iniurienklage, allerdings mit zwei Schätzungen, die eine des Schadens, die andere der Missachtung der Person wegen. Wir verstehen daher unter Widerrechtlichkeit in der *lex Aquilia* auch die schuldhafte Schädigung, die jemand zufügt, der nicht schädigen will.

Danach ist die Fahrlässigkeit des Tuns hinreichende Voraussetzung für deliktisches Handeln. Handelt jemand ohne *culpa*, so geschieht es nicht gegen das Recht. Welche Voraussetzungen der Vorwurf von *culpa* hat, beschreibt Paulus in D.9.2.31 (Paulus 10 ad sab.). Danach hat die (normale) Fahrlässigkeit zur Voraussetzung, dass in Erkenntnis der Gefährlichkeit des Tuns keine Vorkehrung getroffen wird, die ein sorgfältiger Dritter an der Stelle der Handelnden getroffen hätte oder dass der Handelnde erst gewarnt hat, als die Gefahr ohnehin nicht mehr abzuwenden war.⁵³ Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht werden nach den Fähigkeiten eines gewissenhaften und umsichtigen Mitglieds der Personengruppe gestellt, zu

fault voraussetzt, ergibt sich nicht aus diesem Begriff, MACCORMACK a.a.O. S. 151ff., 154. Dieses Ergebnis ist etwas überspitzt.

⁵³ Im Anschluss an die Erörterung der Schuld und vor dem Hintergrund der Untrennbarkeit von Zivil- und Strafrecht jedenfalls im Bereich der *delicta* drängt sich die Frage nach der Behandlung eines Mitverschuldens des Opfers auf. Ausgangspunkt ist hier wiederum die *lex Aquilia*, die als erstes römisches Gesetz generell für alle in ihm enthaltenen Tatbestände das Verschuldenserfordernis aufstellt. Die Fragestellung hier war, ob den Beschuldigten die Schuld träfe oder nicht. Somit gab es bei dieser klaren Fragestellung keine Möglichkeit, eine quotenmäßige Entscheidung auf die Klage hin zu treffen. Die als Tatfrage festgestellte überwiegende Schuld des Klägers oder des Beklagten schloss die Schuld des jeweils anderen aus, WOLLSCHLÄGER, CHRISTIAN: Das eigene Verschulden des Verletzten im römischen Recht, in: ZS 93 (1976) S. 115ff., 124ff. Vgl. D.50.17.203 (Pomponius 8 ad q. muc.).

der der Täter gehört.⁵⁴ Eigene, besonders große oder geringe Fähigkeiten des Täters bleiben unberücksichtigt.⁵⁵ Bei der Beurteilung der Sorgfaltspflichtverletzung gilt ein objektiver Maßstab.⁵⁶

Trifft der Handelnde alle nach diesem Maßstab notwendigen Vorkehrungen, um den Eintritt des Erfolges abzuwenden, so haftet er für den dennoch eingetretenen Erfolg nicht. Hat der Bauer, der sein Stoppelfeld oder einen Dornbusch abbrennt, alle die Vorkehrungen getroffen, die ein gewissenhafter Bauer an seiner Stelle getroffen hätte, um ein Übergreifen des Feuers zu verhindern, und wird das Feuer dennoch durch eine unvorhersehbare, plötzliche Windböe angefacht und greift auf das Gut eines anderen über, so liegt ein bloßer *casus* vor, der die Haftung nicht begründet.⁵⁷

Erscheinungsformen der *culpa* waren bei den im Privatklageverfahren zu verfolgenden Delikten die *culpa lata* (grobe Fahrlässigkeit)⁵⁸ und die *culpa levissima* (leichte Fahrlässigkeit). Auch das Unvermögen, eine Handlung dem gehörigen Sorgfalthmaßstab entsprechend vorzunehmen, wird als Übernahmeverschulden der Fahrlässigkeit zugerechnet, wenn der Erfolgseintritt nicht gewollt war: D.50.17.132 (Gaius 7 ad ed. provinc.).

bb) Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung

Ausgangspunkt der Betrachtung des Tatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit soll wiederum die im Privatklageverfahren durchzusetzende *actio legis Aquiliae* sein. Laut Ulpian musste die Tat der Rechtsordnung entgegengesetzt sein.

D.9.2.3. (Ulpianus 18 ad ed.): *Si servus servave iniuria occisus occisave fuerit, lex aquilia locum habet. iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum.*

Wenn ein Sklave oder eine Sklavin rechtswidrig getötet worden ist, ist der Anwendungsbereich der *lex Aquilia* eröffnet. Zu

⁵⁴ HAUSMANINGER, HERBERT: Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia, 5. Auflage Wien 1996, S. 27f.

⁵⁵ HAUSMANINGER, HERBERT: Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia, 5. Auflage Wien 1996, S. 27.

⁵⁶ D.9.2.30.3 (Paulus 22 ad ed.).

⁵⁷ Ebenso D.9.2.29.4 (Ulpianus 18 ad ed.).

⁵⁸ D.50.16.213.2 (Ulpianus 1 reg.) und 50.16.223pr. (Paulus 2 sent.): *Latae culpa finis est non intellegere id quod omnes intellegunt.*

Grobe Fahrlässigkeit ist die Missachtung dessen, was jedem einleuchtet. MACCORMACK, GEOFFREY: *Culpa*, in: SDHI 38 (1972), S. 123ff., 188 zweifelt an einer durchgängigen und inhaltlich eindeutig bestimmbaren Trennung von *culpa lata* und *culpa levissima*. BINDING lehnt ein Verständnis der *culpa lata* als grobe Fahrlässigkeit ab. Es handele sich vielmehr um Fälle dessen, was nach moderner Dogmatik als *dolus generalis* bezeichnet wird. Ausgeschlossen ist das nicht, doch fehlen dafür schlagkräftige Hinweise, LÖFFLER, ALEXANDER: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Band 1, Abteilung 1, Leipzig 1895, S. 100ff., 110.

Recht wird hinzugefügt, dass er rechtswidrig getötet worden ist: Es reicht nämlich nicht aus, dass er getötet worden ist, sondern dieses muss rechtswidrig geschehen sein.⁵⁹

Dig.9.2.4.pr (Gaius 7 ad ed. provinc.): *Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.*

Daher werde ich nicht haften, wenn ich deinen Sklaven töte, der mir räuberisch auflauert: Denn die natürliche Vernunft erlaubt es, sich gegen eine Gefahr zu verteidigen.

Diese Entscheidungen beschäftigen sich mit Notwehrsituationen. Eine Person wird, ohne dies veranlasst zu haben, von einer anderen angegriffen. Für die Geltung der dort besprochenen Regelung der Notwehr ist diesen Fragmenten zweierlei zu entnehmen.

Erstens entspricht es nach Auffassung der Römer dem Naturrecht, sich selbst erhalten zu dürfen. Es ist Ausfluss des Rechts auf Leben, einen Angriff abzuwehren und straflos zu bleiben. Der im Wege der Verteidigung verwirklichte Deliktstatbestand bleibt für den Angegriffenen unter bestimmten, näher zu untersuchenden Voraussetzungen folgenlos, weil sich seine Handlung nicht gegen das Recht richtet. Sie ist eine dem Recht überhaupt nicht unterliegende Handlung, da sie ausschließlich dem Prinzip der Selbsterhaltung (*tuitio sui*) dient.⁶⁰

Zweitens ist das Notwehrrecht, das tragender Grund in diesen Entscheidungen zur *lex Aquilia* ist, als Prinzip des Naturrechts anzusehen. Es gilt über die Grenzen der *lex Aquilia* hinaus – ebenso wie die Kategorisierung eines Verhaltens als *iure* oder *iniuria* – auch im öffentlichen Strafrecht.⁶¹

In den Digesten findet sich aber auch eine zweite Begründung für den Einsatz von erlaubter Gewalt. Nach Florentin⁶² tritt neben das *ius naturale* das von dem menschlichen Verstand geschaffene *ius gentium* als Quelle einer Rechtfertigung von Gewalt auch gegen Angriffe, die sich nicht gegen das Leben des Angegriffenen richten. Damit kann nun von einer Erlaubnis zur Verletzung eines anderen gesprochen werden. Der Übergang zur Rechtfertigung aus der von Menschen geschaffenen Rechtsordnung ist damit vollzogen. Vor diesem Hintergrund kann nun im Weiteren auch von einer Rechtfertigung gesprochen werden.

⁵⁹ Aufgrund des Wortlauts dieses Fragments liegt es nicht fern, dass die römischen Juristen zumindest in der *lex Aquilia* die fehlende Rechtfertigung als negatives Tatbestandsmerkmal verstanden. Allerdings ist diese Stelle in ihrer Formulierung allein.

⁶⁰ BEHRENDTS, OKKO: Selbstbehauptung und Vergeltung und das Gewaltverbot im geordneten bürgerlichen Zustand nach klassischen römischem Recht, in: ZS 119 (2002) S. 44ff., 90.

⁶¹ PERNICE, ALFRED: *Labeo*, 2. Band, 1. Abschnitt, 2. Aufl. Halle 1895, S. 76.

⁶² D.1.1.3. (Florentinus 1 inst.).

(1) Voraussetzungen und Folgen der Notwehr

Über die Voraussetzungen des Notwehrrechts berichtet Paulus:

D.9.2.45.4 (Paulus 10 ad sab.): *Qui, cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt. sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege aquilia: illum enim solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.*

Personen, die irgendeinen Schaden zufügen, weil sie sich auf andere Weise nicht schützen können, sind von der Haftung frei. Denn alle Gesetze und alle Rechte erlauben, Gewalt mit Gewalt abzuwehren. Aber wenn ich, um mich zu verteidigen, einen Stein auf meinen Gegner geworfen habe, nicht aber ihn, sondern einen Passanten getroffen habe, hafte ich aufgrund der *lex Aquilia*: Nur denjenigen, der gewaltsam angreift, ist zu verletzen erlaubt, und auch nur, wenn es lediglich zum Schutz geschah, und nicht auch, um sich zu rächen.

Diesem Paulus-Fragment sind die Voraussetzungen der Notwehr wie folgt zu entnehmen: Notwehr setzt eine Notwehrlage voraus. Der Angriff muss unmittelbar bevorstehen, ausgeführt werden oder noch andauern⁶³ ⁶⁴. Die Handlung darf zudem nur gegen den Angreifer gerichtet sein. Daraus ergibt sich, dass der Angriff selbst rechtswidrig sein muss. Bei der Notwehrhandlung hat der Angegriffene mit Mäßigung zu handeln. Gewalt ist nur mit Gewalt – nicht mit zur Tötung führender Gewalt – zu beantworten. Grundsätzlich hat der Angegriffene bei der Wahl zwischen mehreren gleich wirksamen Abwehrmaßnahmen diejenige zu wählen, die die geringsten Folgen für den Angreifer nach sich zieht, denn nur wenn der Angegriffene sich auf andere Weise nicht zu schützen vermochte, ist er gerechtfertigt.⁶⁵

⁶³ Letzteres ist beim *furtum* auch dann noch der Fall, wenn die Tat nach moderner Strafrechtsdoktrin materiell noch nicht beendet ist, der Dieb also noch mit der Beutesicherung beschäftigt ist, WACKE, ANDREAS: Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung, in: ZS 106 (1989) S. 467ff., 484ff.

⁶⁴ WACKE, ANDREAS: Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung, in: ZS 106 (1989) S. 467ff., 480f.

⁶⁵ Auch D.9.2.5pr. (Ulpianus 18 ad ed) und C. 8.4.1 (Diocletian): Die hier angemahnte Mäßigung (*moderatione*) kann neben der Wahl des mildesten aller gleich wirksamen Verteidigungsmittel auch als generelles Verbot missbräuchlicher Verteidigung aufzufassen sein. Mangels einer eindeutig nur auf die Notwehrhandlung bezogenen „Mäßigung“ kann auch die Abwehrfolge als nicht völlig unverhältnismäßige gekennzeichnet sein. Dann ist das Notwehrrecht auch überschritten, wenn die Folgen der Abwehr in grobem Missverhältnis zum drohenden Schaden stehen. Festzuhalten ist, dass eine trennscharfe Unterscheidung zwischen diesen beiden Voraussetzungen der Notwehr zum Ganzen nicht erfolgt ist, WACKE, ANDREAS: Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung, in: ZS 106 (1989) S. 467ff., 480.

Schließlich muss der Täter zum Zweck seiner Verteidigung oder mit Verteidigungswillen handeln (*causa mei defendendi*).⁶⁶ Ein extensiver Notwehrexzess, der durch den Wunsch nach Rache an dem Angreifer motiviert war, führt folglich zur Haftung des Schädigers.⁶⁷

Zudem berichtet Ulpian, dass der intensive Notwehrexzess an der prinzipiellen Rechtfertigung des Angegriffenen nichts ändert⁶⁸: Hier wird der rechtlich gebilligten Festnahme des Diebes dessen grundsätzlich missbilligte Tötung durch den Bestohlenen gegenübergestellt. Handelt der Bestohlene jedoch aus Furcht und überschreitet er die Grenzen der gebotenen Notwehrhandlung, so ist seine Handlung dennoch gerechtfertigt. Die Notwehr lässt die *iniura* iSd. der *lex Aquilia* entfallen. Es könnte sich dabei um ein negatives Tatbestandsmerkmal handeln, das in gleicher Weise für andere Tatbestände galt.

Im öffentlichen Strafrecht wird die im Wege der Notwehr vorgenommene Tötung bei einem Angriff auf das Leben, Leib und Gut als von Rechts wegen geschehen (*iure*) angesehen:

C.9.16.3: Imperator Gallienus: *Si, ut adlegas, latrocinantem peremisti, dubium non est eum, qui inferendae caedis voluntate praecesserat, iure caesum videri.*

Wenn du, wie du geltend machst, einen Straßenräuber getötet hast, so ist es nicht zweifelhaft, dass dieser, der den Willen zu töten zuerst hatte, als zu Recht getötet angesehen wird.

Das Gleiche gilt für einen Angriff auf die Keuschheit.⁶⁹ Unabhängig von diesen einzelnen Taten führt die Ableitung des Notwehrrechts aus dem Naturrecht dazu, die Verteidigung gegen einen Angriff als berechtigt anzusehen.⁷⁰

Die erlaubte Abwehrhandlung hängt insoweit vom angegriffenen Rechtsgut ab: Die Tötung bleibt im Fall des Angriffs auf Leib und Leben (CJ 9.16.3) und die Keuschheit (D.48.8.1.4 (Marcianus 14 inst.)) folgenlos. Notwehrfähige Rechtsgüter sind danach Leib und Leben und die Keuschheit. Die Injurie oder die *vis* erlauben nur im Falle nachgewiesener Lebensgefährdung die Tötung, ansonsten muss Gewalt gegen Gewalt gesetzt werden. Zu Notwehrfähigkeit des Eigentums an beweglichen Sachen vgl. oben Abschnitt Zwölftefelrecht, Bedeutung des Tötungsrechts beim sich wehrenden, bewaffneten *fur diurnus*. Wie allerdings dieses Tötungsrecht in klassischer Zeit und danach aufgefasst worden ist, ist zweifelhaft. Fest steht allein, dass das Tötungsrecht eine Notwehr bei einem Angriff auf das Eigentum zumindest tatsächlich ermöglicht hat.

⁶⁶ D.9.2.45.4 (Paulus 10 ad sab.).

⁶⁷ D.9.2.45.4 (Paulus 10 ad sab.): ...*non tuendi dumtaxat, sed etiam ulciscendi causa...*; D.9.2.5pr. (Ulpianus 18 ad ed.) in Einschränkung der Tab. I. 17 (VIII, 12).

⁶⁸ D.9.2.5pr. (Ulpianus 18 ad ed.).

⁶⁹ D.48.8.1.4. (Marcianus 14 inst.). „*dimittendum*“ scheint hier in einem untechnischen Sinn gebraucht zu sein und keineswegs bloße Straffreiheit als von der Rechtmäßigkeit des Tuns verschiedene Rechtsfolge signalisieren zu müssen.

(2) Weitere Verteidigungen

Die Nothilfe wird der Notwehr gleichgestellt.⁷¹ Die in den Digesten statuierte Pflicht des Soldaten, mit seinem Leben für die Sicherheit eines Offiziers einzustehen⁷² oder dieselbe Pflicht des Sklaven gegenüber seinem Herrn sind allein in den hier bestehenden speziellen personenrechtlichen Beziehungen begründet und gerade kein jeder beliebigen Person zustehendes Recht, sondern Verpflichtung aus einem Über-Unterordnungsverhältnis bzw. der *potestas*.

Ebenso wie die Einwilligung⁷³ und ein Züchtigungsrecht des Lehrmeisters gegenüber dem Lehrling⁷⁴ erkennt das römische Recht den Defensivnotstand als Verteidigung⁷⁵ an.⁷⁶

Die Hinweise auf die Behandlung des Notstandes sind rar, entstammen zum größten Teil der Behandlung der *lex Aquilia* und bilden keine geschlossene Lehre des Notstands. Die Notstandslage kann an eigenem⁷⁷ wie fremdem⁷⁸ Eigentum, zu dessen Schutz man verpflichtet ist, sowie hinsichtlich des eigenen oder des Lebens eines Blutsverwandten⁷⁹ gegeben sein.

Wie bei der Notwehr muss das gewählte Mittel erforderlich zur Abwehr der drohenden Gefahr sein.⁸⁰ Wenn jedoch die Notstandslage schuldhaft herbeigeführt

⁷⁰ Vgl. PERNICE, ALFRED: *Labeo*, 2. Band, 1. Abteilung, 2. Aufl. Halle 1895, S. 73ff.

⁷¹ HAUSMANIGER, HERBERT: *Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia*, 5. Aufl. Wien 1996, S. 22.

⁷² D.49.16.6.8 und 9 (Menenius 3 de re milit.) für den Soldaten, D.29.5.1pr. (Ulpianus 50 ad ed.) und § 18 (Ulpianus 50 ad ed.) für den Sklaven.

⁷³ Die Einwilligung des Verletzten kann nur für einzelne Delikte nachgewiesen werden. Belegt ist sie für die Einwilligung des Herrn in die Tötung seines Sklaven. Der Geschädigte hat hier auf die Geltendmachung seiner Rechte verzichtet, vgl. D.9.2.47 Ulpianus 18 ad ed.); 47.10.15.49 (Ulpianus 77 ad ed.) und l. 17pr. (Ulpianus 57 ad ed.). Beim *furtum* ist die *dolus* durch das Wissen und die Zustimmung des Eigentümers ausgeschlossen und D.47.10.1.5 (Ulpianus 56 ad ed.). Bei der *Injurie* gilt, dass dem Einwilligenden kein Unrecht geschieht, wobei unklar ist, wie die Einwilligung wirkt, D.47.10.26 (Paulus 19 ad ed.). Ebenfalls wurde der nicht wegen *plagium* bestraft, der den einwilligenden Freien als Sklaven verkaufte, D.48.15.2.6 (Callistratus 6 de cognitionibus).

⁷⁴ D.9.2.5.3; D.19.2.13.4

⁷⁵ Dazu HAUSMANIGER, HERBERT: *Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia*, 5. Aufl. Wien 1995, S. 23ff.; JANKA, KARL: *Der strafrechtliche Notstand*, Erlangen 1978, S. 43ff.; WACKE, ANDREAS: *Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung*, in: *ZS* 106 (1989) S. 467ff., 490ff.

⁷⁶ Vgl. zur Klassikerkontroverse über die Voraussetzungen und die Wirkung des Notstands TUHR, ANDREAS VON: *Der Nothstand im Zivilrecht*, Habil., Heidelberg 1888, S. 60ff.

⁷⁷ D.9.2.49.1 (Ulpianus 9 disp.); D.43.24.7.4 (Ulpianus 71 ad ed.); D.47.9.3.7 (Ulpianus 71 ad ed.).

⁷⁸ D.9.2.29.3 (Ulpianus 18 ad ed.).

⁷⁹ D.48.21.1 (Ulpianus 8 disp.).

⁸⁰ Insbes. D.9.2.29.3 (Ulpianus 18 ad ed.); D.48.21.1 (Ulpianus 8 disp.).

worden ist, so wird der zur Wahrung von Sachgütern Handelnde nicht von der Haftung frei.⁸¹ Aufgrund des Notstandes entfällt je nach Tatbestand entweder die *iniuria*⁸² oder der *dolus malus*.⁸³

Das Recht zur Tötung des Entführers eines Mädchens, das neben den Eltern, den Blutsverwandten, den Kuratoren und im Fall einer Sklavin oder einer Freigelassenen deren Herrn bzw. Patron zugesprochen wurde,⁸⁴ lässt sich der Notwehr nicht eindeutig zuordnen. Es handelt sich um Fälle staatlich erlaubter Selbstjustiz. Gleiches gilt für die Tötungserlaubnis hinsichtlich der in Banden operierenden Straßenträuber, deren Bekämpfung sich in der Kaiserzeit stetig intensiviert hatte⁸⁵ und nun auch auf die Bürger zurückgriff.

2. Personen - Tatobjekt und Tatsubjekt

Es ergeben sich zahlreiche Ausnahmen von der Regel, dass alle lebenden⁸⁶ Personen in gleicher Weise strafrechtlich verantwortlich sein können.⁸⁷

Kinder, die jünger als sieben Jahren sind, können nicht strafrechtlich belangt werden. Sie sind nicht in der Lage, den nötigen Vorsatz zu bilden.⁸⁸ Bis zum Eintritt in die Pubertät streitet zum Schutz der Kinder vor kriminalrechtlicher Verfolgung eine widerlegbare Vermutung für fehlenden Vorsatz.⁸⁹ Auch waren Unmündige jeden Alters bis zur Pubertät vor der Folter sicher. Zwischen Geschäftsfähigkeit, Deliktsfähigkeit und

⁸¹ D.9.2.29.3 (Ulpianus 18 ad ed.).

⁸² D.9.1.1.11 (Ulpianus 18 ad ed.), dazu WACKE, ANDREAS: Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung, in: ZS 106 (1989) S. 467ff., 490.

⁸³ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 830 PERNICE, ALFRED: Labeo, 2. Band, 1. Abteilung, 2. Aufl. Halle 1895, S. 70ff.

⁸⁴ CJ.9.13.1.1.

⁸⁵ KRAUSE, JENS-UWE: Kriminalgeschichte der Antike, München 2004, S. 169ff.

⁸⁶ Im Falle der *perduellio* wirken die Rechtsfolgen der Tat auch gegen den Toten, D.38.16.1.3 (Ulpianus 12 ad sab.); D.48.1.3 (Ulpianus 35 ad sab.); D.48.4.11 (Ulpianus 8 disp.). Die Fortwirkung eines Anspruchs gegen die Erben beim Anspruch aus dem Repetundendelikt und nach der *litis contestatio* sind keine Bestrafung des Erben für Taten des Erblassers, ROBINSON, OLIVIA F.: The Criminal Law of Ancient Rome, Baltimore 1995, S. 16.

⁸⁷ D.48.19.16.1 (Saturnius 1 S. de poen. paganorum).

⁸⁸ D.9.2.5.2 (Ulpian 18 ad ed.); D.48.8.12 (Modestinus 8 reg.). *Infantes* sind im Privatrecht völlig handlungsunfähig, Rechtsgeschäfte können sie nicht vornehmen, eine deliktische Verantwortlichkeit trifft sie nicht, vergl. KRAUSE, JENS-UWE: Kriminalgeschichte der Antike, München 2004; ders.: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, S.84. Erst die nachklassische Zeit lässt die *infantia* im Allgemeinen bis zum siebenten Lebensjahr andauern, KNOTHE, HANS-GEORG: Zur 7-Jahresgrenze der „infantia“, in: SDHI 48 (1982), S. 239ff., 243 Anm. 12 m.w.N., 252ff.

⁸⁹ D.29.5.14 (Maecian 11 *pub.iud*); 21.1.23.2, Ulpian 1 *ad eD.aeD.cur.*; 47.12.3.1, Ulpian 25 *ad ed.*; 48.5.14.8, Ulpian 2 *de adulteriis*; 48.6.3.1, Marcian 14 *inst.*; 48.10.22pr. Paulus *ad SC Libonianum*; CJ 9.47.7 (Severus ALEXANDER); CTh 9.24.4.1 = CJ 9.24.1.6 (320/26).

Strafmündigkeit wurde also nicht unterschieden.⁹⁰ Das ist vor dem Hintergrund der Entwicklung des Strafrechts aus dem Deliktsrecht und funktionalen Verschränkung von Privat- und Kriminalrecht nur folgerichtig. Mit Eintritt der *pubertas* waren die volle Geschäfts- und Deliktsfähigkeit sowie die Strafmündigkeit gegeben. Eine dem Schutz der *minorum*⁹¹ im Privatrecht entsprechende Altersstufe kannte das Kriminalrecht hingegen nicht. Die von einem Wahnsinnigen oder einem Tier verursachte Tötung war nicht strafbar,⁹² da weder der Wahnsinnige noch das Tier den Willen formen konnten, gegen das Recht zu handeln.

Bereits in der Zwölftafelzeit sind Tatbestände bekannt, die eine besondere Täterqualität voraussetzen. Die Zahl dieser von nur einer bestimmten „Person(en)gruppe“ begehbaren Tatbestände wird weiter vermehrt.

Zudem kennt das römische Recht die Immunität von Amtsinhabern für die Dauer der Innehabung des Amtes.⁹³

3. Versuch

Bei den Römern fehlt der technische Begriff des Versuchs und somit auch der Tat.⁹⁴ Es war aber keineswegs ausgeschlossen, das Ansetzen zur Tatverwirklichung zu bestrafen. Teilweise wurde Handlungen, die keine Wirkung im Hinblick auf das bedrohte Rechtsgut hatten, jede rechtliche Relevanz im Hinblick auf eine Bestrafung abgesprochen.⁹⁵ Im Strafrecht fehlt es somit an Hinweisen, die eine allgemeingültige Antwort auf die Frage nach der Behandlung von Versuchen zulassen.⁹⁶

Es sind aber drei Lösungswege zu unterscheiden, mit deren Hilfe Taten im Versuchsstadium erfasst werden konnten. Tatbestände konnten in einer Weite interpretiert werden, die auch ein Stadium der Tat mit Strafe bedrohte, dass nach der herrschenden Apprehensionstheorie moderner Dogmatik⁹⁷ als Versuch zu

⁹⁰ Ausnahmen bildeten im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit die Eheschließung und die Testamentserrichtung.

⁹¹ *Minores viginti quinque annis*, die unter 25-Jährigen. Sie wurden nach der Lex *Laelia* [zu dieser Lesart und nicht Lex *Plaetoria* GIMÉNEZ, CANDELA TERESA: La "Lex Irnitana". Une nouvelle loi municipale de la bétique, in RIDA, 30, (1983), S.125ff., 138f.] von ca. 204 v. Chr. gegen Übervorteilung geschützt, KNOTHE, S.: Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung (Stadt?) 1983, S. 22ff.; ZIEGLER, C.H.: Leage's Roman Private Law, 2. Aufl. London 1954, S. 123.

⁹² D.9.2.5.2. (Ulpianus, 18 ad ed.).

⁹³ D.48.2.12pr. (Saturnius 2 iuD.pub.); Dig 48.2.8 (Macer 2 iuD.pub.).

⁹⁴ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 95.

⁹⁵ D.2.2.1.2 (Ulpianus 3 ad ed.).

⁹⁶ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 97; ROBINSON, OLIVIA F.: The Criminal Law of Ancient Rome, Baltimore 1995, S. 17ff.

⁹⁷ Die Voraussetzung der Berührung entspricht insoweit der Kontrektationstheorie, Lackner, Karl; Kühl, Kristian; Dreher, Eduard: Strafgesetzbuch: Kommentar 25. Aufl. München 2004, § 242 Rdn 17 m.w.N.

klassifizieren wäre. So ist bereits die Berührung des Gegenstandes beim *furtum* mit Strafe bedroht.⁹⁸ Neben dem offenen Verständnis der Tathandlung war die Schaffung von Tatbeständen, die bereits das Vorbereitungsstadium unter Strafe stellte, ein weiterer Weg, auch Versuche zu bestrafen. Als Beispiel soll die *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* dienen. Wer danach bewaffnet angetroffen wurde und beabsichtigt hatte, einen Menschen zu töten, erhielt die gleiche Strafe wie ein Mörder.⁹⁹ Daneben waren Verhaltensweisen, die heute eher als Vorbereitungshandlung angesehen werden, nach dem fünften Kapitel dieses Gesetzes unter Strafe gestellt: Wer Gift in der Absicht zubereitet oder in seinem Besitz gehabt hat, einen Menschen zu töten, wurde mit der gleichen Strafe wie der Mörder bedroht. Schließlich finden sich vereinzelt explizite Hinweise auf die Bestrafung eines Versuchs:

C.1.11.7.1: Imperatores Valentinianus, Marcianus

... Quisquis autem contra hanc serenitatis nostrae sanctionem et contra interdicta sacratissimarum veterum constitutionum sacrificia exercere temptaverit, apud publicum iudicem reus tanti facinoris legitime accusetur et convictus proscriptionem omnium bonorum suorum et ultimum supplicium subeat.

Der aber, der gegen diese von unserer Erlaucht gegebenen Verfügung und gegen die Verbote der älteren, allerheiligsten kaiserlichen Erlasse versucht hat, Opfer zu bringen, vor dem öffentlichen Richter als eines so schändlichen Verbrechens schuldig angeklagt und für schuldig befunden worden ist, soll die Einziehung aller seiner Güter und die Todesstrafe über sich ergehen lassen.

Zwar ist hier die Rede von jemandem, der versucht hat, heidnische Opferriten auszuführen. Ein Hinweis auf eine klare Eingrenzung des Versuchsstadiums und eine generelle Strafbarkeit des Versuchs ist darin aber nicht zu sehen.¹⁰⁰ Vielmehr wird aus dem praktischen Erfordernis des Einzelfalls oder der Schwere des Verbrechens die Strafbarkeit begründet.¹⁰¹

Ein weiter unten zu besprechender Fall der Strafbarkeit des nach heutiger Terminologie so zu benennenden untauglichen Versuchs findet sich in der Zeit Justinians.¹⁰²

⁹⁸ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 742f.

⁹⁹ D.48.8.1pr (Marcianus 14 inst.); D.48.8.16 (Modestinus 3 de poenis) ; CJ.9.16.7.

¹⁰⁰ ROBINSON, OLIVIA F.: The Criminal Law of Ancient Rome, Baltimore 1995, S. 19.

¹⁰¹ ROBINSON, OLIVIA F.: The Criminal Law of Ancient Rome, Baltimore 1995, S. 18 m.w.N.

¹⁰² Inst. 4.1.8.

4. Zusammenfassung

Das justinianische Recht zeigt sich im Hinblick auf Regelungen, die heute zum allgemeinen Teil des Strafrechts gezählt werden, weit entwickelt.

Die Haftung des Täters orientiert sich nach wie vor maßgeblich an der Verursachung des Erfolges durch Verwirklichung des Tatbestandes. Die Kausalitätserwägungen sind weit entwickelt. Hinzugetreten und teilweise die Kausalität in ihrer Bedeutung zurückdrängend ist das Verschulden. Der Grundsatz *nulla poena sine dolo* bzw. *culpa* ist voll entwickelt und wird bestenfalls im Bereich der Noxalklage, die aber auf dem alten Grundgedanken der Familie als Haftungsverband beruht und nunmehr zu einer Art Geschäftsherrenhaftung geworden ist, durchbrochen. Der Vorsatz umfasst dabei wohl bereits ein Wissens- und ein Willenselement. Das Wissenselement beinhaltet prinzipiell die Kenntnis der Tatsachengrundlage der Tat. Teilweise lässt auch die Unkenntnis einer Verbotsnorm die Strafbakeit nach einzelnen Gesetzen entfallen.

Es finden sich Hinweise auf „Rechtfertigungsgründe“. Vor allem ist hier die Notwehr zu nennen, die in ihren Voraussetzungen der Notwehr nach deutscher Dogmatik und englischer Rechtsprechung fast völlig entspricht.

III. Die Beteiligung mehrerer an einer Straftat nach justinianischem Recht

1. Fälle, in denen mehrere am Ort der Tat zusammenwirken und für den Erfolgseintritt unmittelbar kausal sind

Für die Zeit der Zwölftafeln ist bereits gezeigt worden, dass Fälle, in denen mehrere zusammenwirken und dabei die Tatbestandshandlung ausführen, so dass sie alle für den tatbestandlichen Erfolg selbst unmittelbar kausal sind, keine Schwierigkeiten bei der rechtlichen Würdigung bereitet haben dürften. Jeder der Beteiligten war als Täter zu bestrafen. Zwischen Mittätern, fahrlässigen Mittätern und Nebentätern wurde dabei nicht unterschieden. Die Haftung der Täter war eine Folge der generellen Haftungsvoraussetzungen und beruhte nicht darauf, dass die Rechtsanwender der frühen Republik ein nach heutigen Kategorien als mittäterschaftlich oder nebetäterschaftlich zu bewertendes Handeln mehrerer rechtlich gesondert erfasst hätten.

Wie stellt sich die Lage im justinianischen Recht dar? Es versteht sich nach der vorsichtigen Hypothese hinsichtlich der Erfassung von Teilnahmetatbeständen bereits im 3. Jh. v. Chr. von selbst, dass mehrere an einer Tat Beteiligte unter noch näher zu erörternden Voraussetzungen im justinianischen Recht verantwortlich für die Tat sind.

a) Die Schlägerei

Von einer körperlichen Einwirkung mehrere auf eine Person berichtet

Dig.9.2.11.2 (Ulpianus 18 ad ed.)¹⁰³: *Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.*

Aber wenn mehrere einen Sklaven geschlagen haben, mögen wir untersuchen, ob alle so haften, wie wenn sie selbst getötet hätten. Und wenn bekannt ist, durch wessen Schlag er gestorben ist, wird jener haften, weil er getötet hat. Wenn dieses aber nicht bekannt ist, sagt Iulian, dass alle haften, als wenn sie getötet hätten, und wenn gegen einen geklagt wird, werden die anderen nicht frei: Denn wenn einer aus der *lex Aquilia* leistet, befreit das den anderen nicht, weil es sich um eine Strafklage handelt.

Ulpian stellt einen Sachverhalt zur Entscheidung, der unter dem hier zu betrachtenden Aspekt des gleichrangigen eigenhändigen Zusammenwirkens mehrerer an der Straftat zwei Fragen aufwirft. Um diese Stelle der oben vorangestellten Fallgruppe zuordnen zu können, müsste jeder einzelne der Schlagenden einen tödlich wirkenden Hieb ausgeführt haben.

Das ist nach Ulpian gerade nicht der Fall. Seine Lösung differenziert nach der Sachverhaltsungewissheit im Hinblick auf die Person des Täters. Steht fest, wer den letztlich tödlichen Schlag gegen den Sklaven geführt hat, so haftet dieser allein. Die übrigen werden von der Haftung ausgenommen. Diese erste Variante bringt für die Einordnung des Falls zu der Gruppe des gleichrangigen Zusammenwirkens keine Erkenntnisse. Denn derjenige, der den Tatbestand verwirklicht hat, ist allein verantwortlich. Andere mögen bei der Tat anwesend sein und ebenfalls zuschlagen, doch die Tötung ist von nur einem Täter begangen worden.

Die zweite Variante weist in eine andere Richtung. Hier werden alle Handelnden zur Verantwortung gezogen. Doch warum? Ist der Sklave an den Folgen der Summe aller Schläge gestorben, so dass keiner der Handelnden für den Tod des Sklaven allein ursächlich, wohl aber alle zusammen kausal gewesen sind? Darüber berichtet Ulpian nichts. Im Gegenteil, das *quod si non apparet* erlaubt den Schluss, dass es gerade nur ein Schlag eines einzelnen gewesen ist, der zum Tod des Sklaven führte. Nicht alle sind kausal für den Tod, sondern nur einer. Wiederum geht es nicht um das gleichrangige Zusammenwirken mehrerer. Diese Einordnung wird noch durch die folgende Parallelstelle gestützt.

D.48.8.17 (Paulus 5 sent.): *Si in rixa percussus homo perierit, ictus unius cuiusque in hoc collectorum contemplari oportet.*

¹⁰³ Ebenso D.9.2.51.1 (Iulianus 86 dig.).

Wenn ein Mensch im Streit geschlagen worden war und gestorben ist, so muss der Schlag eines jeden einzelnen der Versammelten gegen diesen in Betracht gezogen werden.

Hier sind die Tatumstände insoweit variiert, als die Schläge und der Tod bei einem Streit erfolgen. Dennoch gleicht die Lage der vorigen in ihrer Ungewissheit darüber, wer von mehreren Anwesenden, die geschlagen haben, den Menschen getötet hat. Es bleibt die Frage, wofür die Schläge in Betracht zu ziehen sind. Für die weitere Ermittlung des Sachverhalts oder die Strafe nach der *lex Cornelia*? Wenn nicht mit der nötigen Gewissheit zu ermitteln ist, wer den Tod des Sklaven durch seinen Schlag verursacht hat, so greift die Regel nach D.9.2.11.2 (Ulpianus 18 ad ed.) ein, nach der alle Anwesenden haften sollen. Diese Lösung ist im Hinblick auf den Wortlaut beider Stellen zwingend. Paulus bedient sich des *percutere* und des *ictus* zur Beschreibung seines Sachverhalts, mithin der gleichen Terminologie wie Ulpian. Der Grund für die Haftung selbst der Anwesenden, die den Tod nicht unmittelbar eigenhändig verursacht haben, ist im Hinblick auf die Haftungsvoraussetzungen der *lex Aquilia* in einer Kausalitätsvermutung zu suchen. Denn auch in justinianischer Zeit haftet auf Grund einer *actio directa* aus der *lex Aquilia* nur der, der unmittelbar kausal für den Tod des Sklaven oder des vierfüßigen (Nutz-) Tiers¹⁰⁴ gewesen ist. Beide Stellen nehmen die Anwesenden aufgrund vermuteter Kausalität in Anspruch.¹⁰⁵

Als erstes Ergebnis muss festgehalten werden, dass diese Stellen Grundidee des heutigen §227 StGB sind. Es geht nicht mehr um Täterschaft und Teilnahme, sondern um Gefährdungshaftung, die zur Haftungsbegründung herangezogen wird.

b) Der Balkenwurf

Gleichfalls nicht zu der Gruppe des vorsätzlichen eigenhändigen Zusammenwirkens wird üblicherweise D.9.2.11.4 gezählt.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Die verbreitete Einschränkung auf Herdentiere ist irreführend, denn die eigentliche Begründung für ihren Schutz liegt nach D.9.2.2.2 (Gaius 7 ad eD.Provinc.) darin, dass *...nam et iumentorum operam praestant...* Die Herde dient also nur der Charakterisierung als der normalerweise anzutreffenden Lebensweise von Nutztieren.

¹⁰⁵ Demgegenüber ist nicht von einem hier statuierten Gefährdungsdelikt auszugehen, Zwar kennt das römische Recht Gefährdungstatbestände, vgl. D.21.1.42 (Ulpian II ad ed. aedil. cur.), Inst. 4.9.1. Gekennzeichnet ist das Gefährdungsdelikt dadurch, dass es eines Erfolgseintritts nicht bedarf. Die bloße Handlung birgt ein Gefahrenpotential, das normalerweise unbeherrschbar groß oder zwangsläufig Folge der Handlung ist: Schon die Handlung muss deshalb pönalisiert werden. Der Erfolgseintritt ist in D.48.8.17 (Paulus 5 sent.) aber ein haftungsbegründendes Merkmal des Tatbestandes.

¹⁰⁶ SAGER, FRITZ: Die Nebentäterschaft und ihre Abgrenzung zu den übrigen Beteiligungsformen, Diss. Schwerin 1924, S. 2.; LÜBTOW, ULRICH v.: Untersuchungen zur *lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, S. 65, spricht von „fahrlässigem Zusammenwirken“, LISZT, FRANZ v.; SCHMIDT, EBERHARD: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd.I, Berlin und Leipzig 1932, S. 337.

D.9.2.11.4 (Ulpianus 18 ad ed.): *Si plures trabem deiecerint et hominem oppresserint, aequae veteribus placet omnes lege Aquilia teneri.*

Wenn mehrere einen Balken hinabgeworfen und einen Sklaven erschlagen haben, so haften nach den alten Juristen ebenfalls alle aufgrund der *lex Aquilia*.

Hier werfen mehrere Personen einen Balken hinab, durch den ein Sklave zerquetscht und getötet wird. Fraglich ist die Art des Zusammenwirkens der Werfer. Haben sie alle eigenhändig zusammengewirkt, um den Balken werfen zu können?

Die Antwort findet sich nicht allein in der Rechtsfolge. Wiederum handelt es sich hier um eine Haftung nach der *lex Aquilia*. Bekanntermaßen setzt sie unmittelbare Verursachung des Erfolges voraus.¹⁰⁷ Da alle gleich haften, müssen sie alle unmittelbar kausal für den Tod des Sklaven sein, ansonsten wäre eine *actio in factum* bzw. *actio utilis* gewährt worden. Allerdings hat die Entscheidung in D.9.2.11.1 gezeigt, dass beim Handeln mehrerer eine Haftung auch aufgrund einer Kausalitätsvermutung begründet werden kann. Danach wäre es nicht ausgeschlossen, dass auch D.9.2.11.4 eine solche Konstellation unklarer Verursachung behandelt.

Über dieses Problem hilft die Sachverhaltsschilderung hinweg. Es wird lediglich ein Balken geworfen und zwar von *plures*. Die Handlung wird von mehreren Menschen vorgenommen, etwa weil der Balken für einen einzelnen zu schwer ist. Es steht danach fest, dass die Werfer den Balken gemeinsam und eigenhändig geworfen haben müssen.

Fraglich ist die Erscheinungsform der subjektiven Tatseite in dem vorliegenden Fall. Sicher ist, dass die Handlung, das Tragen des Balkens und dessen Hinabwerfen, vorsätzlich geschieht, denn alle Beteiligten werfen den Balken offenbar zur gleichen Zeit. Es bleibt die Frage nach dem Vorsatz hinsichtlich der eingetretenen Folge, dem Tod des Sklaven. Nach der *lex Aquilia* haftet nicht allein der *dolos*-Handelnde, sondern auch der, dem bloße *culpa* vorzuwerfen ist.¹⁰⁸

Allerdings ist die Haftung für bloß culpöses Verhalten erst im Wege der Gesetzesinterpretation aus dem Wort *iniuria* in der späteren Republik entstanden.¹⁰⁹ Davor galt, dass allein *dolus* die Haftung begründen konnte. Der Verweis darauf, dass bereits die *veteres* den vorliegenden Fall entschieden hätten, lässt bei einer mögli-

¹⁰⁷ D.9.2.7.1 (Ulpianus 18 ad ed.), 9.2.7.6 (Ulpianus 18 ad ed.), 9.2.9pr (Ulpianus 18 ad ed.), 9.2.9.2 (Ulpianus 18 ad ed.), 9.2.11.1 (Ulpianus 18 ad ed.).

¹⁰⁸ Gai. 3. 211: *Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.*

¹⁰⁹ D.9.2.5.1 (Ulpianus 18 ad ed.). Zur Datierung der Entwicklung in die späte Republik vgl. WESEL, UWE: Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen, Köln Berlin Bonn München 1967, S. 48f.

chen Einordnung in die Zeit um 150 v. Chr. zumindest einen Zweifel an der herrschenden Einordnung dieses Falls in die Gruppe der Nebentäterschaft zu. Doch letzte Gewissheit im Hinblick auf ein vorsätzliches Hervorbringen des Todes des Sklaven ist hieraus nicht zu gewinnen. Der Fall lässt keine eindeutige Zuordnung zu. Es kann sich um fahrlässige oder vorsätzliche Mittäterschaft handeln.

c) Die Baumfällung

Abweichend davon behandelt D.47.7.6pr. einen Fall der Mittäterschaft, in dem mehrere in Willensübereinstimmung handeln und selbst den Tatbestand vollumfänglich verwirklichen, um einen rechtswidrigen Erfolg hervorzubringen:

D.47.7.6pr (Pomponius 20 ad sab.): *Si plures eandem arborem furtim ceciderint, cum singulis in solidum agetur.*

Wenn mehrere denselben Baum insgeheim gefällt haben, wird die Klage gegen jeden einzelnen auf den ganzen Betrag erhoben.

Behandelt wird hier ein Fall der deliktischen Baumfällung. Dieses Delikt ist seit der Zeit des Zwölftafelgesetzes bekannt,¹¹⁰ seine Zuordnung zum Strafrecht erfolgt aufgrund der Charakterisierung der Rechtsfolge als *poena*, da das doppelte des Wertes des gefällten Baumes geschuldet ist, und der passiven Unvererblichkeit.¹¹¹ In justinianischer Zeit hat sie als archaischer Sondertatbestand erheblich an Bedeutung verloren.¹¹²

aa) Der Sachverhalt

Entscheidend für die Zuordnung zu den Fällen, in denen mehrere aufgrund eines gemeinsamen Tatplans gehandelt haben, ist die Begehungsweise. Zum einen handeln wiederum mehrere. Das allein kann aber – wie oben gezeigt – selbst im Falle einer Klage aufgrund der *lex Aquilia* diese Zuordnung noch nicht sicher begründen, weder im Hinblick auf die erforderliche Kausalität jedes Einzelnen für dem Erfolg noch im Hinblick auf den *dolus*. Wären die Baumfäller hier nicht unmittelbar kausal für das Schlagen der Bäume, so würde sich wie oben in D.9.2.11.2 ein Hinweis darauf finden. Zumindest wäre es wahrscheinlich, dass ihre Handlung als nur mittelbar kausal beschrieben wäre, etwa durch ... *curaverint, ... arbores caesae sint*. Doch derartige Hinweise fehlen. Die Baumfäller gehen hier eigenhändig zu Werke.

¹¹⁰ Tab. I, 16 (VIII, 11): *si arborem felicem succiderit, XXV poenae sunt.*

Wenn er einen fruchttragenden Baum gefällt hat, sind 25 (Asse) die Buße.

¹¹¹ D.47.7.7.6 (Ulpianus 18 ad ed.), D.47.7.7.7 (Paulus 29 ad ed.).

¹¹² LIEBS, DETLEF: Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, Habil. Göttingen 1972, S. 203f.

bb) Die subjektive Seite des Tatbestands – Konkurrenz und *furtim*

Die Erscheinungsform der subjektiven Tatseite lässt Pomponius unerwähnt. Einen Hinweis auf die Voraussetzungen kann hier die Konkurrenz mit anderen Klagen geben. Labeo stellte fest, dass durch die Ausweitung des *damnum*-Begriffs in Kap. 3 der *lex Aquilia* immer auch die *actio legis Aquiliae* gegeben sei, wenn die Voraussetzungen der *actio arborum furtim caesarum* vorlagen.¹¹³ Wenngleich das genaue Verhältnis und der Vorrang der Klagen nicht unumstritten waren, so stimmen Labeo und Trebatius in dem für diese Untersuchung interessierenden Punkt der Anwendbarkeit der *actio legis Aquiliae* auf den Sachverhalt einer heimlichen Baumfällung überein.¹¹⁴ Somit war prinzipiell auch eine Haftung aufgrund bloßer *culpa* möglich.

Zudem stritt Pedius gegen die zu seiner Zeit noch immer weit verbreitete Gleichsetzung des Diebstahls mit der Baumfällung:

D.47.7.7.1 (Ulpianus 38 ad ed.): *Nec esse hanc furti actionem scribit pedius, cum et sine furto fieri possit, ut quis arbores furtim caedat*

Pedius schreibt, dass dieses keine Diebstahlsklage ist, da es ja auch ohne Diebstahl möglich ist, dass jemand insgeheim Bäume fällt.

Der Diebstahlsvorsatz war somit nicht mehr Voraussetzung eines Anspruchs aus der *actio arborum furtim caesarum*. Das Holz musste bei dieser Rechtslage nach dem Fällen des Baumes nicht mehr weggetragen werden, vielmehr reicht das Fällen, das ja auch eingedenk der Voraussetzungen der *lex Aquilia* nur fahrlässig geschehen konnte, allein aus, um den Anspruch zu begründen.¹¹⁵ Die Konkurrenz zwischen den Klagen, insbesondere die Anwendbarkeit der *actio legis Aquiliae* mit ihrer grundsätzlich für eine Anspruchsbegründung hinreichenden Fahrlässigkeitsanforderung, können keine Klarheit über die hier vorliegende subjektive Tatseite schaffen.

Doch hilft die Beschreibung ihres gemeinsamen Tuns als *furtim* weiter. Die Baumfäller handeln heimlich. Die Heimlichkeit indizierte schon in der Zwölftafelzeit die Vorsätzlichkeit des Vorgehens der Diebe – wer heimlich etwas an sich nahm, war sich demzufolge der Fremdheit der Sache bewusst und handelte vorsätzlich, denn wer sein Recht verfolgt, kommt offen.¹¹⁶ Noch in klassischer Zeit wurde

¹¹³ LIEBS, DETLEF: *Damnum, Damnae und Damnae*, in: ZS 85 (1968), S. 173ff., 197.

¹¹⁴ D.47.7.11 (Paulus 9 ad sab.).

¹¹⁵ LIEBS, DETLEF: *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Habil., Göttingen 1972, S. 202f.

¹¹⁶ D.47.7.7.1 (Ulpianus 38 ad ed.) erweitert die Bedeutung des alten *furtim* für die Baumfällung: Das fehlende Einverständnis des Eigentümers muss kumulativ mit dem Verheimlichen der Tat vorliegen:

D.47.7.7pr (Ulpianus 38 ad ed.): *Furtim caesae arbores videntur, quae ignorante domino celandique eius causa caeduntur.*

die unbefugte Baumfällung typischerweise mit Diebstahlsvorsatz verbunden,¹¹⁷ und auch systematisch wurde die unbefugte Baumfällung in die Nähe des Diebstahls gestellt.¹¹⁸ Zwar trennten sich - wie oben erwähnt - die Entwicklungslinien der *actio arborum furtim caesarum* und der *actio furti*, doch selbst wenn allein die Klage nach der *lex Aquilia* einschlägig sein sollte, die Baumfäller also tatsächlich einer Sachbeschädigung und nicht eines Diebstahls schuldig wären, so erforderte der hier geschilderte Sachverhalt eines unbefugten Baumfällens doch ein doloses Handeln auf Seiten aller Beteiligten.¹¹⁹ Der *furtim*-Begriff selbst kann als Indiz dafür herangezogen werden. Die Baumfäller wussten, dass der Baum einem anderen gehörte. Deshalb handelten sie heimlich, damit der hinsichtlich des Baums Berechtigte nichts merke und sie vom Tun abbrächte. Die Kenntnis der Fremdheit des Baums und das Wissen, den Baum nicht fällen zu dürfen werden insoweit von der heimlichen Vorgehensweise der Baumfäller indiziert. Diese beiden in *furtim* implizierten Elemente begründen dann eine Erscheinungsform der subjektiven Tatseite, die nur der *dolus* nahe kommt. Die am Baumfällen Beteiligten müssen somit dolos gehandelt haben.

cc) Zusammenfassung hinsichtlich der strafbaren Baumfällung

Nach diesen Feststellungen lässt sich ein weiterer vorsichtiger Schluss zum Inhalt dieser Stelle ziehen. Es ist gezeigt worden, dass die zu Bestrafenden das Delikt eigenhändig begangen haben. Alle handeln mit *dolus*. Bemüht man eine lebensnahe Betrachtung des Sachverhalts, so zwingt sich die Möglichkeit auf, dass die Handelnden aufgrund eines, wenn auch möglicherweise konkludent verabredeten Tatplans gehandelt haben. Es fällt schwer anzunehmen, dass mehrere, die denselben Baum vorsätzlich fällen, nebeneinanderher arbeiten und nicht in irgendeiner Weise eine Übereinkunft darüber getroffen haben sollten, wer die Säge benutzt und wer die Axt anlegt, um den Baum gemeinsam schneller fällen zu können. Hier muss der Schluss zulässig sein, dass diese Stelle einen Fall behandelt, in dem jeder der Täter den vollen Tatbestand des Vergehens verwirklicht und insoweit der heutigen Mittäterschaft entspricht. Die Rechtsfolge – Verantwortlichkeit aller Beteiligten – stimmt mit der Rechtsfolge des modernen deutschen Rechts grundsätzlich überein.

Als heimlich gefällt werden die Bäume angesehen, die ohne das Wissen des Eigentümers und um es vor ihm zu verheimlichen geschlagen werden.

¹¹⁷ D.9.2.27.26 (Ulpianus 18 ad ed.), 47.7.7.1 (Ulpianus 38 ad ed.), D.47.7.2 (Gaius 1 ad l. xii tab.), CJ 9.2.11.

¹¹⁸ Nämlich unmittelbar vor der Behandlung der Diebstahlsformen:

Tab. I, 16 (VIII, 11): si arborem felicem succiderit, XXV poenae sunt.

Tab. I, 17 (VIII, 12): si nox *furtum* fa(x)it, (ast) im occisit, iure caesus esto...

Zur Einordnung in die Systematik des sich weiterentwickelnden Rechts LIEBS, DETLEF: Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, Göttingen 1972, S. 197f.

¹¹⁹ Die Bedeutung von *furtim* in D.47.7.7 (Ulpianus 38 ad ed.).

2. Arbeitsteiliges Vorgehen beim eigenhändigen Handeln mehrerer

Am deutlichsten tritt die rechtliche Erfassung der Mittäterschaft in D.9.2.51.2 hervor.

D.9.2.51.2 (Iulianus 86 dig.): ... *Cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.*¹²⁰

...Wenn mehrere einen fremden Balken, den sie allein nicht tragen konnten, mit Diebstahlsabsicht weggetragen haben, so ist man der Ansicht, dass alle mit der Diebstahlsklage haften, obwohl bei genauer Überlegung gesagt werden kann, dass keiner von ihnen haftet, weil es stimmt, dass keiner diesen weggetragen hat.

Julian berichtet – wenn auch nur, um Aspekte der juristischen Arbeitsweise zu illustrieren – über einen Sachverhalt, in dem mehrere einen so schweren Balken stehlen, dass sie ihn nur gemeinschaftlich wegtragen können. Sie alle sind zu bestrafen.

Diese Lösung des Falls scheint für Julian allenfalls im Ergebnis richtig zu sein. Doch erkennt er bereits die in dieser Fallkonstellation steckende Problematik. Seine Bedenken hinsichtlich der Haftung aller gründen sich auf die Tatsache, dass keiner das Diebesgut allein hat wegtragen können. Das Wegtragen des Stehlguts war aber nach der unter den Klassikern herrschenden Ansicht notwendige Voraussetzung für eine Bestrafung wegen Diebstahls.

Damit liegt hier im Gegensatz zu den bislang besprochenen Stellen ein Vergehen vor, das im Wege arbeitsteiligen Handelns verwirklicht worden ist, denn ohne die Hilfe des anderen Beteiligten kann der Diebstahl nicht verwirklicht werden. Warum aber erfolgt eine Bestrafung aller, die bei gesonderter Betrachtung ihrer Handlungen keinen Diebstahlstatbestand verwirklicht haben?

Ohne eine genaue Voraussetzung dafür zu nennen, wird im Falle des arbeitsteiligen Vorgehens jedem der Beteiligten der Tatbeitrag des anderen zugerechnet, so dass jeder von ihnen so haftet, als wenn er den Diebstahl allein begangen hätte. Julianus zieht

¹²⁰ D.47.2.21.9 (Paulus 40 ad sab.): *Si duo pluresve unum tignum furati sunt, quod singuli tollere non potuerint, dicendum est omnes eos furti in solidum teneri, quamvis id conrectare nec tollere solus posset, et ita utimur: neque enim potest dicere pro parte furtum fecisse singulos, sed totius rei universos: sic fiet singulos furti teneri.*

Wenn zwei oder mehrere einen Balken gestohlen haben, den jeder einzelne nicht hätte fortbringen können, so müssen alle wegen Diebstahls auf das Ganze haften, obwohl einer allein ihn weder hätte fortschaffen noch stehlen können, und das ist Brauch. Denn man kann nicht sagen, dass jeder einzelne den Diebstahl zum Teil begangen habe, sondern alle zusammen im Ganzen und daraus folgt, dass jeder einzelne haftet.

sich bei der Begründung des Ergebnisses auf allgemeine Erwägungen des öffentlichen Interesses zurück, die gleichwohl im Gegensatz zur strengen Logik stünden.¹²¹

Doch ist neben dem Allgemeininteresse nicht zumindest ein Element ausfindig zu machen, dass bei allen Beteiligten vorliegt und eine die gegenseitige Zurechnung ermöglichende Verbindung unter den Tätern darstellt? Als Voraussetzung für die wechselseitige Zurechnung des Tatbeitrags des anderen kommt nur zweierlei in Betracht.

Erstens der gemeinsam in kumulativer Kausalität hervorgebrachte Erfolg oder zweitens die *causa furandi*: Vor dem Hintergrund der Betonung des subjektiven Elements bei der Verwirklichung von Delikten (*dolus*) kann mit gutem Grund angenommen werden, dass die *causa furandi* als gemeinsames Motiv des Handelns die notwendige Verbindung zwischen den Beteiligten hergestellt hat. Das ist anhand der Digesten allerdings nicht mit letzter Sicherheit zu belegen.

3. Zusammenfassung

In den Digesten finden sich Entscheidungen, die explizit Konstellationen dessen behandeln, was nach heutiger Ansicht unter den Begriff der Mittäterschaft fiel. Dabei werden sowohl Fälle vorgestellt, in denen mehrere zwar aufgrund eines gemeinsamen Tatplans handeln, aber jeder von ihnen den vollen Tatbestand eigenhändig verwirklicht. Diese Fälle konnten bereits nach dem Recht der Zwölftafeln erfasst werden.

Vor dem Hintergrund eines erweiterten Verständnisses der Kausalität ist an der Erwähnung dieser Fallgestaltungen allein bemerkenswert, dass sich überhaupt ausdrückliche Entscheidungen finden. Ihre Wiedergabe verdanken sie mehr der mit der Beteiligung mehrerer auftretenden Frage, wer von ihnen auf Bußzahlung in Anspruch genommen werden kann, als dem Interesse der Kompilatoren Justinians an der bloßen Tatsache der Beteiligung mehrerer an einem Vergehen.

Anders verhält es sich mit der Stelle D.9.2.51.2. Hier liegt ein „arbeitsteiliges“ Handeln vor, das als Grundlage für die Bestrafung aller zumindest als bedenklich angesehen wird. Der Gedanke arbeitsteiliger Mittäterschaft scheint demnach niemals ein selbstverständlicher gewesen zu sein, obgleich auf der anderen Seite – wie noch zu zeigen sein wird – auch die bloß mittelbare Verursachung als hinreichend für eine Haftungsbegründung angesehen wurde. Eine vollständige gedankliche Durchdringung von Fragen der Teilnahme kann danach für die justinianische Zeit nicht konstatiert werden.¹²²

¹²¹ D.9.2.51.2 (Iulianus 86 dig.)

¹²² D.9.2.11.1 (Ulpianus 18 ad eD.): *Si alius tenuit, alius interemit, is qui tenuit, quasi causam mortis praebuit, in factum actione tenetur*. Hat der eine den Sklaven gehalten und der andere ihn getötet, so haftet, wer festgehalten hat mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage, weil er die Ursache für den Tod gesetzt hat.

4. Handeln durch einen anderen – das Handeln auf Befehl

Eine durch ein menschliches Werkzeug gemittelte Täterschaft kommt nach modernem Verständnis dann in Betracht, wenn der Vordermann entweder nicht oder nicht voll tatbestandlich, nicht rechtswidrig oder nicht schuldhaft handelt. Derjenige, der selbst tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft handelt, ist selbst Täter (Verantwortungsprinzip). Eine mittelbare Täterschaft scheidet somit, abgesehen von Fällen des Täters hinter dem Täter, in Fällen voll deliktischen Handelns aus.

Auf der Rechtsfolgenseite stellt sich die mittelbare Täterschaft – wiederum abgesehen von den Fällen des Täters hinter dem Täter – wie folgt dar. Es sind mindestens zwei Personen vorhanden, deren Handlungen unmittelbar bzw. mittelbar für den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges gewesen sind, doch nur einer von beiden wird bestraft. Der Vordermann, dessen Funktion im Tatgeschehen gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass es auf seiner Seite an strafbegründenden Merkmalen fehlt, erfüllt die Voraussetzungen für eine mögliche Bestrafung nicht.

Von einem Sachverhalt, in dem zwei Personen an der Herbeiführung eines widerrechtlichen Erfolges beteiligt sind, wobei aber nur eine der Personen haften soll, berichtet Iavolenus.

D.9.2.37pr. (Iavolenus 14 ex cass.): *Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis aquiliae cum eo est qui iussit, si modo ius imperandi habuit: quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit.*

Hat ein freier Mann auf Befehl eines anderen mit eigener Hand widerrechtlich einen Schaden verursacht, so ist gegen denjenigen, der dies befohlen hat, die Klage nach der *lex Aquilia* gegeben, sofern er das Recht zu befehlen hatte. Hatte er dies aber nicht, so muss gegen den geklagt werden, der gehandelt hat.

Es drängen sich bei Betrachtung dieser Stelle drei Fragen auf: Welche Wirkung hat die Befolgung des Befehls, mit anderen Worten, warum wird der Ausführende nicht bestraft? Liegt möglicherweise etwas vor, was nach heutiger Terminologie als Strafausschlussgrund anzusprechen wäre und somit kein Defizit an strafbegründenden Merkmalen begründete?

Danach ist zu klären, wie der Begriff des *ius imperandi* auszulegen ist und innerhalb welcher Art von Rechtsverhältnissen es besteht. Damit verbunden ist die Frage nach weiteren Über- und Unterordnungsverhältnissen, die eine gleiche rechtliche Wirkung hervorbringen können. Und zuletzt bleibt das Problem, ob jedem Befehl die in ihrer Ursache noch aufzuklärende Wirkung zukam, den Ausführenden von der Strafe zu befreien.

a) Die Wirkung des Befehls für den Befehlsempfänger, wenn dieser eine rechtswidrige Tat begeht

Zunächst zur Frage nach dem Grund für die Straflosigkeit des den Taterfolg unmittelbar Verursachenden. Hier scheint Paulus Ediktskommentar eine schnelle Antwort bereitzuhalten:

Dig.50.17.167.1 (Paulus 49 ad ed.): *Qui iussu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet.*

Wer auf Befehl eines Richters irgendetwas tut, wird als nicht vorsätzlich handelnd angesehen, weil er verpflichtet ist zu gehorchen.

Der auf Befehl eines Richters, möglicherweise in Vollstreckung eines Urteils handelnde, handelt danach ohne die eine Strafbarkeit begründende böse List. Die Gehorsamspflicht schließt den Vorsatz des Handelnden aus. Allerdings ist oben erwähnt worden, dass zumindest im Bereich des privaten Strafrechts auch die Fahrlässigkeit zur Bestrafung ausreichen konnte. Ohne das Argument *in eo, quod plus sit, semper inest et minus*¹²³ bemühen zu müssen, hilft auch hier Paulus unmittelbar weiter, und zwar ebenfalls im Hinblick auf die *lex Aquilia*:

D.50.17.169pr. (Paulus 2 ad plaut.): *Is damnum dat, qui iubet dare: eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit.*

Der fügt den Schaden¹²⁴ zu, der ihn zuzufügen befiehlt: Es ist wahrlich nicht die Schuld dessen, der zu gehorchen verpflichtet ist.

In einem Fall einer nicht näher spezifizierten Befehlsgewalt lässt die Ausführung eines als verbindlich beschriebenen Befehls auch den Fahrlässigkeitsvorwurf entfallen. Damit ist sowohl für das öffentliche wie für das Privatstrafrecht die Wirkung der Befolgung eines Befehls (wenngleich noch nicht geklärt ist, ob es ein verbindlicher im Sinne eines rechtmäßigen und innerhalb der Amtsgewalt erteilter Befehl sein muss oder ein unverbindlicher Befehl sein kann) ermittelt. Der Ausführende ist weder dem Vorsatz noch dem Fahrlässigkeitsvorwurf ausgesetzt.

b) *Ignoscitur*

Mit dem bisher erarbeiteten Ergebnis scheint D.50.17.157pr. nicht übereinzustimmen:

D.50.17.157pr. (Ulpianus 71 ad ed.): *Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis vel his, qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus obtemperaverint.*

¹²³ D.50.17.110pr (Paulus 6 ad ed): Das Geringere ist immer im Größeren enthalten.

¹²⁴ Zur Bedeutung von *damnum* DAUBE, DAVID: The Term Damnum, Studi Solazzi, 1948, S. 93ff.

Als problematisch im Hinblick auf die einen Vorsatzausschluss nahelegenden Fragmente D.50.17.167.1 und D.50.17.169pr. erweist sich, dass *ignoscitur* sowohl mit „verzeihen“ im Sinne eines Gnadenerweises¹²⁵ als auch mit „nicht zurechnen“¹²⁶ oder „erlauben“¹²⁷ übersetzt werden kann. Folgte man – wie Ausgaben der Digesten aus dem angelsächsischen Raum¹²⁸ – der ersten Bedeutung, so stellte dies die Frage nach einer Begehung der Tat durch ein menschliches Werkzeug grundsätzlich in Frage. Es handelt sich dann um eine andere Wirkung des Befehls für den Befehlsempfänger: Eine Bestrafung entfällt nicht etwa, weil es an einem strafbegründenden Merkmal fehlt. Der Sklave geht straffrei aus, weil ihm „verzeihen“ wird, d.h. bei Vorliegen aller strafbegründenden Merkmale ist die Befolgung des Befehls nach heutiger Terminologie ein Strafausschließungsgrund, oder es wird Gnade gewährt. Die Wirkung ist hier nur insoweit genau zu bestimmen, als dass gerade kein strafbegründendes Merkmal auf Seiten des Sklaven wegfällt. Die mögliche Bedeutung von *ignoscitur* als „nicht zurechnen“ lässt eine vom bisherigen Ergebnis ebenfalls abweichende, jedoch das Verständnis des Befehlsgebers als mittelbaren Täter erhaltende Auffassung zu. Wird dem handelnden Sklaven die Tat nicht zugerechnet, so fehlt es entweder an dem vom Befehlsempfänger verwirklichten Tatbestand, der voll umfänglich als durch den Herrn verwirklicht angesehen wird, oder der Sklave wird als für den Erfolg nicht ursächlich betrachtet. Die Frage nach der Bedeutung des *ignoscitur* in D.50.17.157pr. beleuchtet zugleich einen Streit der römischen Juristen und Gerichtsredner vor Justinian um die Wirkung des Befehls. Die Inhalte dieses Streits können helfen, das Fragment und mit ihm die Wirkung des Befehls selbst zu verstehen.

aa) Cicero und die Wirkung des Befehls

Cicero¹²⁹ sprach sich in dieser Frage aus der Sicht des verteidigenden Gerichtsredners dafür aus, den Tatbestand als beim Gehorchenden nicht gegeben anzusehen. Zur Erklärung dieser Rechtsfolge ist es notwendig, einen Blick auf seine und die zu seiner Zeit geltende Vorstellung von den „Verteidigungsgründen“ zu werfen.

Nach Cicero kann die Begründung einer Verteidigung ihrer Art nach vollständig oder unvollständig sein. Vollständig ist die Begründung, die aus sich heraus selbst

¹²⁵ HEUMANN, H.; SECKEL, E.: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl. Graz 1971, „ignoscere“; Vocabularium iurisprudentiae Romanae iussu instituti Savigiani compositum (VIR), Tomus V, Berolini 1934, S. 1282, „venia“ II.

¹²⁶ HEUMANN, H.; SECKEL, E.: HandLexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl. Graz 1971, „ignoscere“.

¹²⁷ Vocabularium iurisprudentiae Romanae iussu instituti Savigiani compositum, Tomus V, Berolini 1934, S. 1282, „venia“ I.

¹²⁸ So etwa in der Übersetzung dieser Stelle MOMMSEN, THEODOR; KRÜGER, PAUL; WATSON, ALAN: The Digest of Justinian, Vol. V, Philadelphia 1985; SCOTT, A. M., S. P.: The Civil Law, Cincinnati 1932.

¹²⁹ Cicero, De inventione 1.11.15; 2.29.86ff.

die Frage nach Recht oder Unrecht beantwortet. Unvollständig ist die, die zur Beantwortung der Frage nach Recht oder Unrecht etwas hinzunimmt. Diese letzte Gattung unterteilt Cicero nochmals in vier Arten: *concessio*, *remotio criminis*, *relatio criminis* und *comparatio*.

Passend für die Verteidigung des Befehlsempfängers ist allein die zweite Gattung. Sie bedarf zu ihrer Wirksamkeit etwas, das sie von außen hinzunimmt. Im Fall des Befehlsempfängers wird dessen Handlung aufgrund des externen Faktors „Befehl“ hervorgebracht. Dass Cicero an solche Fälle des Befehlsempfängers gedacht hat, beweist sein Beispielfall des jungen Offiziers, der auf Befehl seines Kommandeurs¹³⁰ einen unehrenhaften Vertragsschluss mit den Samniten durch eine sakrale Handlung bekräftigt und rechtlich verbindlich gemacht hat. Der Untergebene soll ebenso wie der Feldherr ausgeliefert werden¹³¹, weil der Vertrag vom Senat aufgrund mangelnder Ehrhaftigkeit nicht ratifiziert worden ist.

Wie soll der Angeklagte sich gegen die ebenfalls auf Verletzung des Völkerrechts lautende Anklage verteidigen? Cicero rät darzulegen, dass die ganze Sache mit seiner Person gar nichts zu tun hat, denn er habe unter dem Kommando des verantwortlichen Feldherrn gestanden und habe nur auf Befehl gehandelt. Diese Form der Verteidigung sei eine Unterart der *remotio criminis*, die *remotio rei*.¹³²

Die Bezeichnung der Verteidigungsgattung beschreibt zugleich ihre Wirkung: *remotio criminis*. Die Zurückweisung führt nicht zu vorsatzlosem Handeln seitens des Befehlsempfängers, sondern zu tatbestandslosem. Die *res ipsa*, das *factum* ist auf Seite des Befehlsempfängers entfallen¹³³ und wird stattdessen dem Befehlsgeber allein „zugerechnet“.¹³⁴

¹³⁰ Livius, Ab urbe condita 9, 8, 6. Gemeint ist Sp. Postumius, der vor den Samniten in aussichtsloser Lage kapitulierte (320 v. Chr.), dann aber mit dem gesamten Heer zur Beschämung aller unter das Kaudinische Joch geschickt wurde.

¹³¹ Das Recht des Oberbefehlshabers im Felde, die Gemeinde im völkerrechtlich ohne Zuziehung der Comitien oder des Senats zu verpflichten, ist im *imperium* zur Zeit der Samniterkriege enthalten. Eine Lösung aus einem so geschlossenen Vertrag ohne religiöse Schuld auf sich zu nehmen ist für die Gemeinde nur möglich, wenn sie unter Hinweis auf das Handeln eines anderen „Schuldigen“ an der Nichteinhaltung des Vertrages, nämlich des unmittelbar handelnden Befehlshabers, diesen ausliefert, damit das verletzte Gemeinwesen eine Bestrafung nach seinem Gutdünken vollziehen kann (*deditio*). Die Auslieferung stellt ein Beispiel für die Übertragung des Gedankens der Noxalhaftung auf den Bereich des zwischen den Völkern geltenden Rechts dar. Zum Abschluss und zur Ratifizierung von Staatsverträgen aufgrund *imperiums*: MOMMSEN, THEODOR; Römisches Staatsrecht, Bd.1, 3. Aufl. Leipzig 1887, S. 246ff.

¹³² Cicero, De inventione 2.29.86 und 91ff.

¹³³ Cicero, De inventione 2.29.93.

¹³⁴ Eine ähnliche Argumentation verwirft Quintilian, ohne ihren Vertreter zu benennen. Nach dieser Ansicht bewirkt die Verteidigung aufgrund eines erhaltenen Befehls eine *remotio actionis*. Die Sache ist die eines anderen, weswegen die Klage gegen den wahren Urheber der Tat zu erheben ist, Quintilian, Institutionis oratoriae libri, III 6, 79: *Non enim actio transfertur, sed causa facti...*

bb) Quintilian und die Wirkung des Befehls

Anders stellt sich die Wirkung der Verteidigung des Befehlsempfängers nach Quintilian dar. Ihm zufolge ist die Verteidigung eines Angeklagten in „Verteidigung der Tat“ und „Verteidigung des Angeklagten“ einzuteilen. Bei letzterer wird die Tat als solche zugegeben, aber geltend gemacht, dass äußere Einflüsse zu dem Verhalten gezwungen haben.¹³⁵ Eine letzte, dritte Form der Verteidigung nennt Quintilian noch, und das ist die Verteidigung der Nützlichkeit des Handelns. Die Tat ist der Gemeinschaft, vielen einzelnen Personen, dem Prozessgegner selbst oder auch dem Angeklagten zugute gekommen und war bei dieser Betrachtung etwas, was nach sittlichem Rechtsempfinden getan werden durfte.¹³⁶

Die Verteidigung in einem Fall, in dem der Angeklagte *iussu ab imperatore* getötet hat, ordnet Quintilian sowohl der Verteidigung der Tat wie der Verteidigung des Angeklagten zu. Hinsichtlich der rechtlichen Wirkung einer solchen Verteidigung des Befehlsempfängers spricht er von *causa facti transferri*.¹³⁷ Damit ist er zumindest dem Wortsinn dieses Terminus von Ciceros *remotio criminis* nicht allzu weit entfernt, denn auch bei ihm ist die Wirkung der Verteidigung durch ein „Verschieben“ zu charakterisieren. Doch bedeutet für ihn die „Verschiebung“ des Verbrechensgrundes ein Entfallen des Verschuldens auf Seiten des Befehlsempfängers.¹³⁸

cc) Die Wirkung des Befehls in der rhetorica ad herrenium

Die Ansicht Quintilians zur Wirkung des Befehls wird in gleicher Weise vom Verfasser¹³⁹ der rhetorica ad herrenium, wenngleich pointierter vertreten.

Ad herrenium I.15.25¹⁴⁰: *Ex remotione criminis causa constat, cum a nobis non crimen, sed culpam ipsam amovemus et vel in hominem transferimus vel in rem quampiam conferimus. In hominem transfertur, ut si accusetur is, qui Publicum Sulpicium se fateatur occidisse, et id iussu consulum defendat et eos dicat non modo inperasse, sed rationem quoque ostendisse, quare id facere liceret.*

Auf Zurückweisung der Schuld beruht ein Rechtsfall, wenn wir von uns nicht die vorgeworfene Tat, aber das Verschulden selbst zurückweisen und sie entweder einem Menschen zuschieben oder auf irgendeinen Sachverhalt übertragen. Einem Menschen wird

¹³⁵ Quintilian, Institutionis oratoriae libri, III 6, 78.

¹³⁶ Quintilian, Institutionis oratoriae libri, VII 4, 4 – 9.

¹³⁷ Quintilian, Institutionis oratoriae libri, III 6, 79: *Non enim actio transfertur, sed causa facti,...*»

¹³⁸ Quintilian, Institutionis oratoriae libri, III 6, 79: *Dicit enim se culpa vacare, ...*

¹³⁹ Der Verfasser ist unbekannt, aber das Werk wurde wahrscheinlich zwischen 86 und 82 v.Chr. verfasst.

¹⁴⁰ Ebenso: Ad herrenium I.14.24; II.17.26.

sie zugeschoben, wenn z.B. der, welcher gesteht, den Publius Sulpicius getötet zu haben, angeklagt wird und sich dagegen mit dem Befehl der Konsuln verteidigt und sagt, diese hätten ihm das nicht nur befohlen, sondern ihm auch die Begründung dafür aufgezeigt, warum es erlaubt sei, dies zu tun.

In der Formulierung ist ein Mittelweg beschrrieben. Die Verteidigung im Falle eines aufgrund verbindlichen Befehls verwirklichten Vergehens wird der Gattung *remotio criminis causa* zugesprochen. Deutlicher aber als Quintilian sagt der Verfasser ad herrenium zu dem hinter dieser Verteidigung stehenden rechtlichen Mechanismus, dass der Vorsatz entfalle. In der Kennzeichnung der Wirkung und im Ergebnis stimmen Quintilian und der Verfasser ad herrenium überein.¹⁴¹

Einer Erörterung, welche der beiden Ansichten sich im justinianischen Recht durchgesetzt hat, bedarf es nach diesen Ausführungen nicht mehr. Beide haben die Zeiten bis zur justinianischen Kodifikation überdauert, ohne dass sich eine der Ansichten als herrschend durchsetzen konnte. Dig.50.17.167.1 (Paulus 49 ad ed.) und D.50.17.169pr. (Paulus 2 ad plaut.) treten uns als direkte Zeugen für die Dauerhaftigkeit der Theorie Quintilians gegenüber, nach der der Vorsatz entfällt.

Auch die Bedeutung des *ignoscitur* in D.50.17.157pr. wird nun klarer. Die Überlegungen Ciceros zur Wirkungsweise des Befehls, durch den keine schwere Tat verwirklicht ist, zeigt eine Möglichkeit auf, wie D.50.17.157pr. besser als bisher aufzufassen ist. Dem Gehorchenden rechnet Ulpian den verwirklichten Tatbestand nicht zu, sondern seinem befehlenden Herrn. Ein solches Verständnis des Fragments passt die Entscheidung Ulpians in das von den *veteres* gefügte Gedankengebäude zur Wirkung des Befehls für den Befehlsempfänger ein und macht es in seiner Bedeutung plausibel. Es geht der Sache darum, die *res ipsa* vom Gehorchenden auf den Befehlenden abzuschieben. Es folgt daraus die Übersetzung:

Hinsichtlich dieser Taten, die nicht die (besondere) Schwere eines Vergehens oder eines Verbrechens in sich tragen,¹⁴² entschuldigt man die Sklaven, wenn sie entweder den Herren oder diesen, die an der Stelle der Herren stehen, wie zum Beispiel Altersvormünder und Pfleger, gehorcht haben.

dd) *Venia*

Neben *ignoscere* findet sich der Begriff *venia*¹⁴³ zur Beschreibung der Wirkung des Befehlsnotstandes.

¹⁴¹ Mehr die Unterschiede zwischen Quintilian und dem Verfasser Ad herrenium betonend: DAUBE, DAVID: The Defence of Superior Orders in Roman Law, in: (1956) 72 L.Q.R. S. 494ff., 503 (= ders.: The Defence of Superior Orders in Roman Law, Oxford 1956, S. 10).

¹⁴² Zur Gültigkeit dieser Einschränkung vgl. 1. Teil, 1. Kapitel, III. 4. cc).

¹⁴³ Veniam dare = ignoscere

D.3.2.11.4. (Ulpianus 6 ad ed.): *Notatur etiam "qui eam duxit", sed si sciens: ignorantia enim excusatur non iuris, sed facti. excusatur qui iussu eius, in cuius potestate erat, duxerit, et ipse, qui passus est ducere, notatur, utrumque recte: nam et qui obtemperavit, venia dignus est et qui passus est ducere, notari ignominia.*

Von Ehrlosigkeit betroffen ist auch, „wer sie geheiratet hat“, aber nur, wenn er es wissentlich getan hat. Allerdings wird nicht Rechtsunkenntnis entschuldigt, sondern nur Unkenntnis der Tatsachen. Entschuldigt wird, wer auf Geheiß desjenigen, in dessen Gewalt er stand, geheiratet hat; derjenige aber, der die Heirat wissentlich zugelassen hat, ist von Ehrlosigkeit betroffen. Beides zu Recht: Denn derjenige, der gehorcht hat, verdient Verzeihung und derjenige, der die Heirat wissentlich zugelassen hat, Unehre.

Das VIR setzt *ignoscere* mit *veniam dare* gleich, geht aber dabei von der Bedeutung der *venia* als eines Gnadenaktes aus.¹⁴⁴ Heumann - Seckel geben die Bedeutung daneben auch mit „Erlaubnis“,¹⁴⁵ Georges mit „Entschuldigung“ wieder¹⁴⁶.

Venia ist im Laufe der Rechtsentwicklung einem erheblichen Bedeutungswandel unterworfen gewesen. In justinianischer Zeit wird dieser Begriff verwendet, um Gnadenakte zu bezeichnen: Zwar hat der Delinquent alle Elemente der Straftat verwirklicht, doch wird ihm vor oder nach Erhebung der Anklage, sogar nach Erlass der Urteils, Gnade vor Recht gewährt.¹⁴⁷ Dieses Verständnis des Terminus bedeutete, dass dort, wo dem in Befehlsnotstand Handelnden *venia* gewährt wird, es nicht um einen Ausschluss der Vorsatzes gehen kann.

Die Bedeutung des *venia*-Begriffs war jedoch in klassischer Zeit eine andere. Abgesehen von einer einzigen Ausnahme¹⁴⁸ beschreibt *venia* in den maßgeblichen juristischen Quellen die Rechtsfolge mildernder Umstände, vorsatzausschließender Umstände oder die von Strafaufhebungsgründen. Die Ausnahme bildet Africanus, der unter *venia* auch einen reinen Begnadigungsakt subsumiert.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Vocabularium iurisprudentiae Romanae iussu instituti Savigiani compositum (VIR), Tomus V, Berolini 1934, S. 1282, „venia“ II.

¹⁴⁵ HEUMANN, H.; SECKEL, E.: HandLexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl. Graz 1971, „venia“ 1).

¹⁴⁶ Lateinisch-deutsches Handwörterbuch: *venia*, S. 2. Digitale Bibliothek Band 69: Georges: Lateinisch-deutsches Wörterbuch, S. 59121 (Georges-LDHW Bd.2, S. 3402), „venia“.

¹⁴⁷ WALDSTEIN, WOLFGANG: Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht, Innsbruck 1964, S. 204.

¹⁴⁸ D.48.10.6.3. (Africanus 3 quaest).

¹⁴⁹ WALDSTEIN, WOLFGANG: Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht, Innsbruck 1964, S. 140ff.

Venia wird von Justinian selbst nur in einer einzigen Konstitution im Sinne einer Begnadigung benutzt.¹⁵⁰ Diese vereinzelte Verwendung des Begriffes erlaubt den Schluss, dass es seine Bedeutung als eigenständiger juristischer Terminus *technicus* zu dieser Zeit weitgehend eingebüßt hat. Daneben ist für die Bedeutung des *venia*-Begriffs in den Pandekten zu bedenken, dass Justinian die rechtlichen Regelungen der Klassik auf seine Zeit übertragen wissen wollte.¹⁵¹ *Venia* wird in seinem klassischen Sinn verstanden worden sein. Nach dem bisher zur Wirkung des Befehls Gesagten kommt dann für *venia* aber nur die Bedeutung „Vorsatzausschluss“ oder „Entschuldigung“ in Betracht:

Von Ehrlosigkeit betroffen ist auch, „wer sie geheiratet hat“, aber nur, wenn er es wissentlich getan hat; Rechtsunkenntnis entschuldigt nämlich nicht, aber die der Tatsache. Entschuldigt wird der, der auf Geheiß dessen, in dessen Hausgewalt er stand, geheiratet hat und der es erlaubt hat zu heiraten, ist von Ehrlosigkeit betroffen, und beides zu recht: denn wer gehorcht hat, verdient Entschuldigung und der, der erlaubt hat zu heiraten, Unehre.

ee) Zusammenfassung zur Wirkung des Befehls

Die Anordnung eines Vorgesetzten an einen Untergebenen oder eines Gewalthabers an einen Gewaltunterworfenen zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen hatte, wenn dieses Tun, Dulden oder Unterlassen einen Erfolg herbeiführte, der einen Straftatbestand erfüllte, grundsätzlich die Wirkung, auf Seiten des unmittelbar für den Erfolg kausalen Vordermanns entweder den Tatbestand oder den Vorsatz entfallen zu lassen. Die Tat wurde in diesen Fällen als Tat des Vorgesetzten angesehen.

c) Rechtsverhältnisse, in denen eine Befehlsgewalt dergestalt besteht, dass eine Strafbarkeit des Befehlsempfängers bei Befolgung des Befehls entfällt, der Befehlende hingegen bestraft wird

Nachdem die Wirkungsweise der Verteidigung des Befehlsempfängers geklärt ist, soll nun gezeigt werden, innerhalb welcher Rechtsverhältnisse als Korrelat eines Rechts zum Befehlen eine Pflicht zum Gehorchen besteht, welche bei Befolgung des Befehls den Willen des Befehlsempfängers zur Begehung der Tat oder den Tatbestand selbst entfallen lässt. Zusammen mit diesen Rechtsverhältnissen soll zudem dargestellt werden, unter welchen Voraussetzungen ein solches Rechtsverhältnis begründet werden konnte.

¹⁵⁰ CJ 5.74.3pr. und 2.

¹⁵¹ Zur Gesetzgebung Justinians und der Kompilation KASER, MAX: Römisches Privatrecht, 2. Abschnitt, München 1959, S. 20ff.

Anhand der bislang besprochenen Fragmente sind als solche Rechtsverhältnisse das Verhältnis zwischen dem militärischen Vorgesetzten und seinem Untergebenen, das Verhältnis zwischen dem Herrn und seinem Sklaven sowie das Verhältnis zwischen dem Richter und jedem Freien bekannt. Weitere Rechtsverhältnisse sollen hier nur nach ihrer Wirkung, den Befehlsempfänger auf die eine oder andere oben genannte Art von seiner Verantwortung zu entlasten, vorgestellt werden.

aa) Das *imperium* und die militärische Kommandogewalt

Das *imperium* als die militärische Befehlsgewalt der höchsten Beamten Roms¹⁵² war noch in der Spätphase der Republik ein Spezialfall der *potestas* als Amtsgewalt der römischen Magistrate. Diese Bedeutung verliert es mit dem Beginn der Herrschaft Octavians über das römische Reich. Als rechtlich fingiertem Statthalter¹⁵³ jeder einzelnen Provinz kam nun dem Kaiser der Oberbefehl in Form des *imperium consulare* bzw. *proconsulare*¹⁵⁴ zu. Diese Befehls- und Kommandogewalt war absolut.¹⁵⁵

Die Kehrseite des Imperiums und der sich aus ihm ergebenden Vorgesetztenstellung ist die *disciplina militaris* des Untergebenen, die freilich kein juristischer Terminus technicus ist, sondern im Zusammenhang mit dem römischen Militärwesen in nichtjuristischen Quellen den Gehorsam schlechthin beschreibt.¹⁵⁶

(1) Prinzip des absoluten Gehorsams gegenüber dem militärischen Vorgesetzten

Neben den nichtjuristischen Quellen bestätigen auch die juristischen die Vorstellung absoluten Gehorsams in der römischen Armee. Innerhalb der Hierarchie ist die Befolgung des Befehls ohne Frage nach der Rechtmäßigkeit (unbedingter Gehorsam) Rechtswirklichkeit gewesen, jedenfalls wenn die Armee im Felde stand:

¹⁵² *Consul, praetor*, früher auch *dictator* und des *magister equitum*.

¹⁵³ BLEICKEN, JOCHEN: Verfassungs- und Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreiches, Bd. 1, Paderborn München Wien Zürich, 4. Aufl. 1995, S. 27f.

¹⁵⁴ Der Träger eines *imperiums* hat die *coercitio* über seine Untergebenen. Sie beschreibt in diesem Fall das Verhältnis von Disziplinarvorgesetztem zu seinem Disziplinaruntergebenen. Es ergab sich für die Kaiserzeit aus dem kaiserlichen Oberbefehl abgeleitet im militärischen Bereich die folgende Hierarchie: miles – decurio / centurio – tribunus / praefectus – legatus – imperator.

¹⁵⁵ Schon in der Republik war das *imperium militiae* nicht als abgeleitetes und seiner Ausübung nach als begrenzte Kommandogewalt angesehen worden, sondern als gegenüber allen Untergebenen unbegrenztes, allein militärischer Notwendigkeit unterworfenes Befehlsrecht, dass sich aus der Übertragung der Dienststellung als kommandierender Offizier ergab, BRAND, C. E.: Roman Military Law, Austin London 1968, S. 43; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 27f., 29; SANDER, E.: Das römische Militärstrafrecht, Rhein. Museum f. Philologie 103 (1960) 289ff., 305.

¹⁵⁶ Wie charakteristisch der Gehorsam für den Legionär angesehen wird, zeigt Tacitus Gleichsetzung der *disciplina militaris* mit dem Militärdienst schlechthin, Tacitus, Annales 3, 42, I.

D.49.16.6pr. (Menenius 3 de re milit.): *Omne delictum est militis, quod aliter, quam disciplina communis exigit, committitur: veluti segnitiae crimen vel contumaciae vel desidiae.*

Eine Straftat nach dem Kriegsrecht ist alles, das gegen das begangen wird, was die allgemeine Disziplin erfordert: Zum Beispiel das Verbrechen der Faulheit oder der Widerspenstigkeit oder der Lässigkeit bei dienstlichen Verrichtungen.

Schädlich für eine rigorose soldatische Disziplin, die allgemein als Pfeiler römischer Stärke¹⁵⁷ und hier als das Schutzgut schlechthin des Militärstrafrechts bezeichnet wird und die jedenfalls zeitweise in der Armee je nach Naturell und Politik des Kaisers¹⁵⁸ oder des Truppenkommandeurs durchgesetzt wurde, ist jede Form des Aufbegehrens gegen Befehle von Vorgesetzten. Dabei ist es gleich, ob von einem anderen Standpunkt aus als dem, der allein die Erhaltung der Disziplin im Blick hat, Einwände gegen Befehle des Vorgesetzten als richtig erscheinen.¹⁵⁹ Vor diesem Hintergrund gibt die Strafdrohung für den ungehorsamen Soldaten Aufschluss über die Absolutheit des Befehls und die Unbedingtheit des Gehorsams.

D.49.16.6.2 (Menenius 3 de re milit.): *Contumacia omnis adversus ducem vel praesidem militis capite punienda est.*

Jede Widersetzlichkeit gegen den Befehlshaber oder den Provinzstatthalter¹⁶⁰ muss mit dem Tode bestraft werden.

D.49.16.3.15 (Modestinus 4 de poen.): *In bello qui rem a duce prohibitam fecit aut mandata non servavit, capite punitur, etiamsi res bene gesserit.*

Im Krieg wird der mit dem Tode bestraft, der etwas tut, was ihm von seinem Befehlshaber verboten wurde, oder der, der nicht die Befehle befolgt, auch wenn die Unternehmung gut ausgeht.

¹⁵⁷ LIVIUS, Ab urbe condita 8.7.16., lässt den Konsul T. Manlius seine Männer rügen: „*disciplinam militarem, qua stetit ad hanc diem Romana res, solvisti ...*“. Die Disziplin als solche begründet römische Stärke. Vgl. zudem IOSEPHUS, Bellum Iudaicum.2, 577.

¹⁵⁸ LE BOHEC, YANN: L'armée romaine, 2. éd.1990 Paris, S. 128ff.; CAMPBELL, J.B.: The Emperor and the Roman Army, 31 BC – AD 235; Oxford 1984, S. 301. Vegetius schlug vor, durch die Entlassung der harten Zenturionen und Tribunen die Dienstfreudigkeit zu heben, SANDER, ERICH: Das römische Militärstrafrecht, in: Rheinisches Museum für Philologie 103 (1960), S. 289ff., 307.

¹⁵⁹ Der maßgebenden Gedanken des römischen Militärstrafrechts ist es, durch Erhaltung der Manneszucht die militärische Schlagkraft zu erhalten, denn das Versagen des ganzen Heeres kann den Verlust der Freiheit aller Römer bedeuten. Gegenüber dem „*salus populi suprema Lex esto*“ als Legitimation großer Strenge haben aber andere, ebenfalls durch den Wunsch nach der Funktionsfähigkeit des Heeres motivierte Bedenken nicht geschwiegen, SANDER, ERICH: Das römische Militärstrafrecht, in: Rheinisches Museum für Philologie 103 (1960), S. 289ff., 293f.

¹⁶⁰ HEUMANN, H.; SECKEL, E.: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl. Graz 1971, „*praeses*“, b).

Konsequenterweise wird der Ungehorsam mit dem Tode bestraft.¹⁶¹ Allerdings bedarf diese Feststellung einer Einschränkung. Es kommt maßgeblich auf die Dienststellung dessen an, der den Befehl erteilt hat. Es reicht nicht, dass der Gemeine seinem Zenturio den Gehorsam verweigerte. *Dux* ist der Feldherr selbst oder militärische Befehlshaber in den Provinzen oder an den Grenzen.¹⁶² Den sicheren Tod hatte erst der Ungehorsam gegenüber einem kommandierenden Offizier zur Folge. Doch auch die nicht durch den Rang des kommandierenden Offiziers qualifizierte Befehlsverweigerung war mit erheblichen Strafdrohungen bewehrt.

Ex Ruffo, *leges militares*¹⁶³, 11 (de militibus, qui praesidibus suis non obtemperant, sed eis adversantur): *Si miles quincurioni suo non parauerit, sed aduersando restiterit; castigator. Similiter et quincurioni, si decurioni suo non oboediuerit; et decurio, si non parauerit suo centurioni...*

Wenn ein Mannschaftsdienstgrad seinem Quincurio nicht gehorcht, sondern sich aktiv widersetzt hat, ist er körperlich zu züchtigen. Und Gleiches gilt für den Quincurio, wenn er seinem Decurio nicht gehorcht; und für den Decurio, wenn er seinem Zenturio nicht Folge leistet ...¹⁶⁴

Die Prügelung mit dem Stock¹⁶⁵ stellte, je nach dem Ausmaß der Bestrafung nicht zuletzt wegen ihrer unter den dürftigen hygienischen Verhältnissen nicht absehbaren Folgen, für den verurteilten Soldaten keine sicher tödliche, aber lebensbedrohende, in jedem Fall aber höchst unangenehme Strafe dar, die zu vermeiden in seinem Interesse liegen musste.

¹⁶¹ Zu dem vorangehenden Verfahren SANDER, ERICH: Das römische Militärstrafrecht, in: Rheinisches Museum für Philologie 103 (1960), S. 289ff., 295ff.

¹⁶² HEUMANN, H.; SECKEL, E.: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl. Graz 1971, „dux“.

¹⁶³ Zit. nach BRAND, C.E.: Roman Military Law, Austin London 1968, S. 151f. Trotz der im Hinblick auf ihre Tradierung (JOHANN LÖWENKLAU gibt in seinem *Iuris Graeco-Romani* (1596) an, sie einer Handschrift im Besitz des FRANÇOIS PITHOU entnommen zu haben – weitere Hinweise fehlen) gebotenen Vorsicht und ihres Alters (vermutlich 200 Jahre älter als das *Corpus Juris Civilis*) sollen die weströmischen *leges militares* des Ruffus hier zu Wort kommen. Sie belegen nicht eine völlig neue Erkenntnis, sondern dienen hier der Ergänzung des sich aufgrund gesicherter Quellen ergebenden Bildes, BRAND, C.E.: Roman Military Law, Austin London 1968, S. xxxii.

¹⁶⁴ Ebenso Ex Ruffo, *leges militares*, 12 (de militibus, qui mandatum praesidis non observantibus). Zur Beschränkung des Kreises der zur Verhängung der Prügelstrafe Berechtigten: GEBHARDT, JÖRG: Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom und in der Gegenwart, Diss, Köln Weimar Wien 1994, S. 49 Anm. 138.

¹⁶⁵ Der wahrscheinlich je nach Schwere der Straftat mit *plumbatae* (Bleikugeln) bewehrt war und so besonders schreckliche Verletzungen hervorzurufen vermochte, MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 32, 983, 984, Anm. 1.

Es war nicht nur die Todesstrafe, die einen unbedingten Gehorsam erzwang, sondern die grundsätzlich rücksichtslose Erzwingung der erforderlichen Disziplin durch ein System abgestufter, aber insgesamt harter Strafen.

(2) Die Verteidigung des Befehlsnotstands als Korrelat unbedingten Gehorsams

Weiter gestärkt wird die These vom Prinzip des absoluten Gehorsams des Soldaten durch

Ad herrenium III. 2. 3: Utilitas in duas partes in civili consultatione dividitur: tutam, honestam. Tuta est, quae conficit instantis aut consequentis periculi vitiationem qualibet ratione ...

...Honestas res dividitur in rectum et laudabile. Rectum est, quod cum vitute et officio fit...

Der Nutzen wird bei einer öffentliche Belange betreffenden Überlegung in zwei Arten unterteilt: Sicherheit und Ehrenhaftigkeit. Sicher ist, was bewirkt, dass eine schon vorhandene oder noch bestehende Gefahr auf jede beliebige Art und Weise vermieden wird ...

Das Ehrenhafte wird unterteilt in das Richtige und Lobenswerte. Richtig ist, was mit Tugend und Pflichtgefühl getan wird.

Bezieht man mit DAUBE diese Erwägungen auf die Verteidigung des Soldaten, der einen Befehl befolgt und eine Straftat begangen hat, so ist die Verteidigung nur erfolgreich, wenn seine Situation unter die Voraussetzungen einer für die Öffentlichkeit nützlichen und damit gutzuheißenden Handlung zu subsumieren ist. DAUBE ist der Ansicht, die beiden Arten des Nutzens müssten kumulativ vorliegen, um eine wirksame Verteidigung begründen zu können.¹⁶⁶ Daraus schließt DAUBE, dass gewisse Taten des Soldaten auch durch einen Befehl nicht zu verteidigen sind. Es stellt sich die Frage, ob diese Auffassung tatsächlich die Rechtslage selbst zur Zeit des Verfassers *Ad herrenium* widerspiegelt. Zweifel ergeben sich zum einen daraus, dass DAUBE die Befolgung des Befehls der Tugendhaftigkeit zuordnet und zugleich der persönlichen Sicherheit des angeklagten Soldaten.

Dieser Subsumtion DAUBES ist uneingeschränkt zuzustimmen, soweit es um die persönliche Sicherheit des Soldaten geht. Sicher war es für den Soldaten, allein den Befehl zu befolgen, denn ansonsten drohte ihm die körperliche Züchtigung oder die Todesstrafe. Er befindet sich in einer dem Notstand vergleichbaren Lage, die sein Handeln gebietet. Schwieriger ist es, dem Hinweis beizupflichten, dass es prinzipiell zur Tugend gehört, Befehlen zu gehorchen. Diese Argumentation macht eine Unterscheidung zwischen den beiden Elementen des Nutzens für die Verteidigung

¹⁶⁶ DAUBE, DAVID: The Defence of Superior Orders in Roman Law, in: (1956) 72 L.Q.R. S. 494ff., 503, 505 (= ders.: The Defence of Superior Orders in Roman Law, Oxford 1956, S. 10, 12).

des Soldaten überflüssig. Als allein wirksames Mittel zur Verteidigung müsste der straffällige Soldat allein auf den Befehl und seine Pflicht zum Gehorsam verweisen. Wäre das richtig, so ist sein Schluss, dass bei schweren, aufgrund eines Befehls begangenen Straftaten eine Verteidigung ausgeschlossen sei, unverständlich. Hätte der Verfasser ad herrenium tatsächlich ein kumulatives Vorliegen beider Arten des öffentlichen Nutzens gefordert, müsste im Falle eines Befehls, der ein verwerfliches Ergebnis hervorbringt (wie die Mitwirkung an einer unehrenhaften Kapitulation), eine effektive Verteidigung ausgeschlossen sein. Doch hat Cicero gerade im Fall einer unehrenhaften Kapitulation vorgeschlagen, sich auf den Befehl des Feldherrn zu berufen.

Tatsächlich hat der Verfasser ad herrenium auch ein solches kumulatives Vorliegen von Sicherheit und Ehrenhaftigkeit nicht gemeint. Zur gewinnbringenden und erfolgversprechenden Erörterung des Nutzens reicht die Darlegung entweder der Sicherheit oder der Ehrenhaftigkeit aus:

Ad herrenium III, 4, 8: *Quoniam in huiusmodi causis finis est utilitas et ea dividitur in rationem tutam atque honestam, si utrumque poterimus ostendere, utrumque pollicebimur nos in dicendo demonstraturos esse; sin alterum, quod dicturi sumus, ostendemus.*

Da in derartigen Fällen das Ziel der Nutzen ist und dieser in Sicherheit und Ehrenhaftigkeit unterteilt wird, werden wir, wenn wir auf beides hinweisen können, versprechen, dass wir in der Rede beides darlegen werden; wenn aber nur auf das eine davon, werden wir nur auf das hinweisen, was wir sagen werden.

Die Befolgung des Befehls führt unabhängig von der Richtigkeit des resultierenden Handelns zum Vorsatzausschluss. Die Verteidigung des Soldaten hing danach nicht davon ab, ob der Befehl sich an Gerechtigkeitsvorstellungen oder anderen rechtlichen Bindungen orientierte. Kam es zu Verbrechen, war der Befehlende allein verantwortlich. Eine Entsprechung zu der – auch heute umstrittenen – Unterscheidung von (rechtmäßigem und unrechtmäßigem) verbindlichem und unverbindlichem Befehl gab es nicht.

Daraus folgt, dass die Pflicht zum Gehorsam unbedingt war. Ein solches Verständnis des militärischen Gehorsams jedenfalls in der republikanischen Zeit spiegelt schließlich auch der Eid wider, der von jedem Soldaten bei seinem Eintritt in die Armee zu leisten war: Er schwor, den Vorgesetzten zu gehorchen und ihre Befehle nach bestem Vermögen auszuführen.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Polybios, Geschichte VI, 21.

(3) Erforderlichkeit eines subjektiven Elements: Die Annahme der Rechtmäßigkeit des Befehls

DAUBE vermutet,¹⁶⁸ dass neben dem objektiven Element der Verteidigung, dem Vorliegen eines Befehls, noch ein subjektives vorausgesetzt gewesen sei. Der Untergebene muss danach an die Rechtmäßigkeit seiner Handlung aufgrund des Befehls glauben. Der, der den Befehl vorgeschützt hat, um seine willentlich und wesentlich begangene Tat zu verteidigen, hat keinen Erfolg. DAUBE nennt für diese Vermutung allerdings keine Grundlage.¹⁶⁹

Ein einziger Hinweis auf ein subjektives Element, das Einfluss auf den Vorsatzausschluss haben und DAUBES Vermutung eine Grundlage verleihen kann, findet sich in der bereits angesprochenen Stelle:

Ad herrenium I.15.25¹⁷⁰: ... In hominem transfertur, ut si accusetur is, qui Publicum Sulpicium se fateatur occidisse, et id iussu consulum defendat et eos dicat non modo imperasse, sed rationem quoque ostendisse, quare id facere liceret.

... Einem Menschen wird sie zugeschoben, wenn z.B. der, welcher gesteht, den Publius Sulpicius getötet zu haben, angeklagt wird und sich dagegen mit dem Befehl der Konsuln verteidigt und sagt, dieser hätte ihm das nicht nur befohlen, sondern ihm auch die Begründung dafür aufgezeigt, warum es erlaubt sei, dies zu tun.

(4) Kritik und eigene Ansicht

Die Stelle eröffnet freilich zwei Wege, die Voraussetzungen einer wirksamen Verteidigung des Untergebenen zu verstehen. Zum einen kann hier einfach gezeigt werden, dass der Vorgesetzte den Untergebenen an seine Pflicht zum Gehorsam erinnert hat. Der Zweifler wird durch das Aufzeigen seiner unbedingt zu erfüllenden Pflicht überzeugt. Der Befehl ist dadurch für den Untergebenen noch zwingender. Zum anderen könnte in Übereinstimmung mit DAUBES Vermutung neben dem objektiven Element des Befehls auch die Überzeugung des Befehlsempfängers von der Erlaubtheit, der Rechtmäßigkeit des Befehls gefordert werden. Der Feldherr befiehlt nicht nur, sondern überzeugt, z.B. mit dem Hinweis auf allgemeine Gerechtigkeitserwägungen. Infolge dieser möglicherweise auch fehlerhaft gewonnenen Einsicht handelt der Soldat, und nur dann ist seine Verteidigung aufgrund des

¹⁶⁸ DAUBE, DAVID: The Defence of Superior Orders in Roman Law, in: (1956) 72 L.Q.R., S. 494ff., 503, 505 (= ders.: The Defence of Superior Orders in Roman Law, Oxford 1956, S. 10, 12).

¹⁶⁹ DAUBE, DAVID: The Defence of Superior Orders in Roman Law, in: (1956) 72 L.Q.R. S. 494ff, 503 (= ders.: The Defence of Superior Orders in Roman Law, Oxford 1956, S. 12): „... they did make love to their employment’.“

¹⁷⁰ Ebenso: Ad Herrenium I.14.24; II.17.26.

Befehls wirksam. Bei der Verteidigung ist danach eine Unterscheidung zu treffen zwischen dem, der einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführt, der aber auf Befehl handelt und an die Rechtmäßigkeit seines Tuns glaubt, und dem, der zwar einen Befehl erhält, aber dennoch sein Tun für falsch hält. Letztere kann sich nicht auf den Befehl berufen, er wird für die Tat verantwortlich sein.

Wahrscheinlicher erscheint allerdings die erste Auffassung. Einerseits findet sich diese Unterscheidung in späteren Quellen nicht mehr. Der zunehmend autoritäre Staatsapparat sowie die ständig wachsenden Anforderungen an das Heer in den zunehmend den Charakter eines Kampfes um das Überleben des Römischen Reiches annehmenden Kriegen und Grenzscharmützel der Kaiserzeit werden diese Unterscheidung nicht mehr gemacht haben. Andererseits legt die Bedeutung des *non modo ... , sed ...* es nahe, dass das Aufzeigen des Erlaubtseins eine bloße, für die Verteidigung nicht notwendige Bekräftigung der Motive des Befehlsempfängers sind. *Non modo, sed* bezeichnet ein Hinausgehen über etwas Erforderliches, eine Steigerung. Nicht nur auf Befehl hat der Soldat gehandelt – was an sich schon ausreicht – sondern sogar noch auf die Erklärung des Vorgesetzten hin. Ein subjektives Element zum Vorsatzausschluss im Fall des Befehlsempfängers ist danach nicht nötig. Entsprechend der absoluten Gehorsamspflicht findet sich in den Digesten kein Hinweis darauf, dass nur der Befehlsempfänger in den Genuss des Vorsatzausschlusses kommt, der den Befehl nicht nur vorschützt. Das Gleiche gilt für die ohne Befehl, aber aufgrund soldatischer Pflicht verwirklichte Tat. Tötete ein Soldat einen Angreifer in Verteidigung eines Vorgesetzten, so konnte diese Tat, selbst wenn sie ein tatbestandliches *parricidium* war, nicht verfolgt werden. Der Soldat war entschuldigt.¹⁷¹ Konnte er hingegen trotz seines Bemühens die Verletzung des Vorgesetzten nicht verhindern, so war die soldatische Pflichtverletzung tatbestandsmäßig, rechtswidrig und verschuldet. Doch wirkte sein Bemühen so, dass er nicht bestraft werden konnte: Ein Strafausschließungsgrund lag vor.

bb) Die Amtsgewalt

Die *potestas*, die Amtsgewalt der römischen Magistrate, begründete ein Über- und Unterordnungsverhältnis. Dabei bezeichnet *potestas* nicht nur die nach außerhalb der Verwaltung wirkende Befehlsgewalt. Sie begründet in den Erscheinungsformen *potestas par*, *maius* und *minor* zugleich die hierarchische Ordnung und somit die den

¹⁷¹ D.49.16.6.8 (Menenius 3 de re milit.): *Qui praepositum suum non protexit, cum posset, in pari causa factori habendus est: si resistere non potuit, parcendum ei.*

Wer seinen Vorgesetzten nicht beschützt hat, obgleich er es konnte, muss so angesehen werden, als hätte er ihn angegriffen: wenn er sich nicht wehren konnte, soll er entschuldigt sein.

D.49.16.6.9 (Menenius 3 de re milit.): *Sed et in eos, qui praefectum centuriae a latronibus circumventum deseruerunt, animadverti placuit.*

Die Pflicht des Soldaten ist es, seinen Vorgesetzten unter Einsatz seines Lebens zu beschützen. Dies entsprach in seiner Absolutheit der Gehorsamspflicht. Verwirklichte der Soldat den Tatbestand einer Straftat in Verteidigung seines Vorgesetzten, so ?

einzelnen zukommende Weisungsbefugnis innerhalb staatlicher Institutionen. Von diesen republikanischen Grundlagen ausgehend bildet sich in der Kaiserzeit eine immer mehr differenzierte Hierarchie innerhalb der Verwaltung heraus. In dieser Hierarchie ist der niedere Beamte gegenüber dem höheren weisungsgebunden: „Der Gehorsam ist innerhalb dieser Pyramide das diese konstituierende Prinzip.“¹⁷²

Maßgebliche Außenwirkung entfaltet die Amtsgewalt als *coercitio* (Polizeigewalt) und als *iurisdictio*. Die *coercitio* ist dabei der wesentliche Ausdruck der vollen Beamtenengewalt. Sie ist ihrer Natur nach die im Ermessen des Beamten stehende Befugnis zum Erlass einer Zwangsmaßnahme¹⁷³ gegen den, der dem vom Beamten innerhalb seiner Kompetenz erlassenen Befehl nicht Folge leistet¹⁷⁴, und dient der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung. Der Kreis derer, die den Anordnungen Folge zu leisten haben, ist einfach mit dem der Adressaten gleichzusetzen. Freie, Männer und Frauen, Bürger und Nichtbürger haben ohne Ausnahme den Anweisungen zu gehorchen, sofern nur die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Befehlenden gewahrt ist¹⁷⁵.

Während die *coercitio* die Beamten ermächtigt, polizeilich - repressive Maßnahmen im Falle der Verletzung der öffentlichen Ordnung durch Bürger oder Peregrine nach eigenen Ermessen zu verhängen, beschreibt die *iurisdictio* die hoheitliche Machtbefugnis der Gerichtsmagistrate zur Wahrnehmung der Privatrechtspflege und ab dem 2. Jhdt. n. Chr. auch der Strafrechtspflege. Sie umfasst in republikanischer Zeit in erster Linie die Befugnis zur Einsetzung eines Urteilsgerichts, schließt aber andere Maßnahmen ein, die den Fortgang des Verfahrens oder die Vollstreckung des Urteils sicherstellen. Letztere Befugnisse machen den hier interessierenden Inhalt¹⁷⁶ der *iurisdictio* im nachklassischen Verfahren aus. In der *iurisdictio* findet sich das gesuchte Befehlsrecht des Statthalters als Gerichtsherrn gegenüber einer Partei¹⁷⁷ und die ebenfalls ein solches Befehlsrecht beinhaltende *facultas iudicandi* des von diesem beauftragten *iudex pedaneus*¹⁷⁸.

¹⁷² BLEICKEN, JOCHEN: Verfassungs- und Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreiches, Bd.1, Paderborn München Wien Zürich, 4. Aufl. 1995, S. 246. Die Beamtenhierarchie der frühen Kaiserzeit sieht in den *illustres*, *spectabiles* und *clarissimi* die höchste, in den *eminentissimi perfectissimi* und *egregii* die darunter stehende Rangklasse. Zu weiteren Differenzierungen und der Titelinflation des Dominats, aaO, S. 256ff.

¹⁷³ Es handelt sich um Maßnahmen, die von Pfändung zur Willensbeugung bis zum Verkauf in die Sklaverei [die Verhängung der Todesstrafe (*coercitio capitalis*) wurde den Beamten schon in der frühen Republik entzogen] reichen, MOMMSEN, THEODOR; Römisches Staatsrecht, Bd.1, 3. Aufl. Leipzig 1887, S. 148ff.

¹⁷⁴ MOMMSEN, THEODOR; Römisches Staatsrecht, Bd.1, 3. Aufl. Leipzig 1887, S. 138.

¹⁷⁵ Alle Handlungen auf römischem Gebiet oder im Kriege innerhalb des römischen Machtbereichs können der römischen Coercition bzw. Rechtsprechung unterliegen.

¹⁷⁶ *Iurisdictio* ist die Amtsbefugnis zu richterlichen Aufgaben aller Art, KASER, MAX; HACKL, KARL: Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. München 1996, S. 185.

¹⁷⁷ Als Beispiele seien die Erzwingung einer prätorischen Stipulation, die Einweisung in den berechtigten Besitz (*missio in possessione, bona*) und der Erlass einstweiliger Anordnungen (*interdicta*) genannt.

¹⁷⁸ Mit Ausnahme der auch zwangsweise vom Statthalter durchzusetzenden Ladung lag bei Beauftragung eines Richters das gesamte weitere Verfahren in der Hand des *iudex pedaneus*.

Welche Voraussetzung ein Anspruch auf Gehorsam begründender Befehl des *iudex* erfüllen musste, findet sich in

D.50.17.170 (Paulus 3 ad plaut.): *Factum a iudice, quod ad officium eius non pertinet, ratum non est.*

Eine Handlung eines Richters, die nicht zu seinem Amtspflicht gehört, ist nicht gültig.

Danach muss sich die Anordnung des *iudex* auf Tun, Dulden oder Unterlassen richten, das im Zusammenhang mit dem von ihm ausgeübten Amt stand. Andere Anweisungen hatten keine rechtliche Wirkung, weil kein Befehlsrecht des *iudex* gegeben war.¹⁷⁹ Sie können nach moderner Terminologie als Nicht-Befehl bezeichnet werden. Ob der Befehl im Rahmen der *coercitio* oder der *iurisdictio* erteilt wurde, machte für die Bindungswirkung keinen Unterschied. Die Anordnung musste nur von einem in sachlicher und örtlicher Zuständigkeit handelnden Träger von hoheitlicher Gewalt erteilt werden, um den Adressaten zum Gehorsam zu verpflichten. Einen Befehl nicht zu befolgen, bedeutet sich strafbar zu machen:

D.50.17.199 (Iavolenus 6 epist.): *Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit.*

Wer dem Befehl einer obrigkeitlichen Person nicht gehorcht, kann nicht von Vorsatz frei sein.

Die Nichtbefolgung des Befehls eines Beamten aufgrund seiner *coercitio* oder *iurisdictio* wird als schuldhaftes Verhalten gewertet. So kann das Verhalten dessen, der einem Befehl folgt, im Gegenschluss nur als nicht schuldhaft bewertet werden. Zu den subjektiven Voraussetzungen des Weisungsempfängers, steht er innerhalb oder außerhalb der Verwaltung, gilt das für den militärischen Bereich Gesagte entsprechend, was für die Verhältnisse innerhalb der Verwaltung vor dem Hintergrund einer zunehmend durch ehemalige Soldaten bestimmten Verwaltung im Dominat auch nicht verwundern kann.

cc) Die *patria potestas* und die *potestas domini*

Die Machtfülle des Familienvaters gegenüber seinen Kindern und anderen Angehörigen der Hausgemeinschaft und die daraus zu ziehenden Folgerungen für die Bestrafung des Sklaven, der ein Delikt nur aufgrund eines Befehls begangen hat, war bereits für das Zwölftafelgesetz Gegenstand der Untersuchung. Seit dieser Zeit

¹⁷⁹ Vgl. für die Wirkung eines Urteils, das ohne die Zuständigkeit gefällt wurde D.2.2.1.2 (Ulpianus 3 ad ed.): *Haec autem verba: " quod statuerit qui iurisdictioni praeest" cum effectu accipimus, non verbo tenus: et ideo si, cum vellet statuere, prohibitus sit nec effectum decretum habuit, cessat edictum. nam statuit verbum rem perfectam significat et consummatam iniuriam, non coeptam. et ideo si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo hoc habetur nec est ulla sententia, cessare edictum putamus: quid enim offuit conatus, cum iniuria nullum habuerit effectum?*

entwickelte sich die Rechtslage weiter. Sie zeigt ein differenzierteres Verständnis bei der rechtlichen Bewertung von Sachverhalten, denen die Begehung einer Straftat durch einen Sklaven zugrunde liegt: Es wird danach unterschieden, ob der Herr von der Tat etwas weiß, sie befiehlt oder völlig ahnungslos ist. Die Abschwächung der *patria potestas* im Hinblick auf die eigenen Kinder rückt das Verhältnis vom Herrn zu seinem Sklaven in den Vordergrund der Betrachtung.¹⁸⁰

(1) Der Befehl an den Gewaltunterworfenen

Der Befehl des Herrn verpflichtet seinen Sklaven zu gehorchen.¹⁸¹ Die enge Verbindung zwischen Sklaven und Herrn und die Werkzeugeigenschaft des Ersteren bei Handeln auf Befehl des Herrn beleuchtet:

D.47.7.7.4 (Ulpianus 38 ad ed.): *Sive autem quis suis manibus, sive dum imperat servo arbores cingi subsecari caedi, hac actione tenetur. idem et si libero imperet.*

Nach dieser Klage ist der haftbar, der entweder mit seinen Händen, oder der seinem Sklaven befiehlt, die Bäume zu beschneiden, zu stutzen oder zu fällen. Und dasselbe gilt, wenn er es einem Freien befiehlt.

Dieses Fragment, das sich mit der Baumfällungsklage beschäftigt, befreit für sich genommen den Sklaven nicht aus der Haftung. Vielmehr bestimmt sie nur, dass der Herr für die Tat seines Sklaven einzustehen hat. Die Erklärung der Befreiung des Sklaven aus seiner rechtlichen Verantwortung bringt erst

D.47.7.7.5 (Ulpianus 38 ad ed.): *Quod si servo suo non praeceperit dominus, sed ipse sua voluntate id amiserit, sabinus ait competere noxale, ut in ceteris maleficiis: quae sententia vera est.*

Wenn der Herr es seinem Sklaven nicht befohlen hat, sondern er es einwilligend hat geschehen lassen, so sagt Sabinus, dass eine Noxalklage wie bei anderen Vergehen einschlägig sei. Diese Ansicht ist richtig.

¹⁸⁰ KASER, MAX: Das römische Privatecht, 2. Abschnitt, 2. Aufl. München 1975, S. 202ff.

¹⁸¹ D.9.4.21.3 (Ulpianus 23 ad ed.); D.50.16.215 (Paulus l.S. ad l. fuf. canin.); Inst. 1.3.2 und D.1.5.4.1 (Florus 9 inst.): *Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.*

Sklaverei ist eine Einrichtung des Völkerrechts, durch welche irgendeiner der Herrschaft eines anderen wider das Naturrecht unterstellt wird.

Der Sklave hat dem Herrn zu gehorchen, und der Herr hat das Recht den Sklaven zu züchtigen. Tritt infolge der Züchtigung und Erziehung des Sklaven dessen Tod ein, so bleibt der Herr straflos, wenn seine Strafe angemessen war, zu dieser Einschränkung der potestas domini CJ. 9.14.1.

Wenn der Sklave ein Delikt verwirklicht, das zu begehen der Herr ihm nicht befohlen hat, so haftet der Herr im Wege der Noxalklage, nach deren Grundgedanke der Sklave aber als Täter angesehen wird: *noxam caput sequitur*. Die Tat wird als Tat des Sklaven verstanden, doch muss der Herr für seinen Sklaven einstehen. Hat er hingegen wie im obigen Beispiel dem Sklaven befohlen, die Tat zu begehen, so wird er angesehen, als hätte er die Tat selbst verübt, ohne dass dem Sklaven dabei eine in rechtlicher Hinsicht selbständig zu würdigende Rolle zukommt: Der Sklave wird angesehen, als hätte er ohne Vorsatz gehandelt.¹⁸²

Gleiches galt für die Ehefrau jedenfalls in der *manus*-Ehe bis in die republikanische Zeit¹⁸³ und gilt trotz der Abschwächung der Hausgewalt in justinianischer Zeit für den Haussohn, wie D.3.2.11.4. zeigt:

D.3.2.12 (Paulus 5 ad ed.): *Qui iussu patris duxit, quamvis liberatus potestate patria eam retinuit, non notatur.*

Wer auf Befehl des Vaters geheiratet hat, wird nicht von der Ehrlosigkeit betroffen, auch wenn er die Ehe nach Entlassung aus der väterlichen Gewalt aufrechterhalten hat.

Die Heirat einer Witwe, die noch in Trauer ist, wird mit Ehrlosigkeit sanktioniert.¹⁸⁴ Handelt jedoch der Haussohn auf Befehl des Vaters, so wird nur der Letztere ehrlos, nicht aber der Haussohn, dessen Tat „entschuldigt“ ist.¹⁸⁵

(2) Reichweite des Vorsatzausschlusses – die Problematik von D.50.17.157pr.
(Ulpianus 71 ad ed.)

Unsicher ist die Reichweite des Vorsatzausschlusses auf Seiten des Sklaven, wenn der Herr ihm die Begehung eines Delikts befohlen hat. Begründet jeder Befehl einen den Vorsatz des Sklaven ausschließenden Befehlsnotstand oder ist die Entschuldigung aufgrund einer vom Gesetzgeber antizipierten Güterabwägung bei schweren Taten ausgeschlossen? Die voneinander abweichenden Meinungen zu dieser Frage sind, ohne Bezug aufeinander zu nehmen, geäußert worden und stellen D.50.17.157pr. in den Mittelpunkt ihrer Betrachtung:

D.50.17.157pr. (Ulpianus 71 ad ed.): *Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis*

¹⁸² Auch D.48.10.15.3 (Callistratus 1 quaest); D.43.16.1.11 und 12 (Ulpianus 69 ad ed.); D.50.17.152.1. (Ulpianus 69 ad ed.)

¹⁸³ Zur Auflockerung des Familienverbandes KASER, MAX; KNÜTEL, ROLF: Römisches Privatrecht, 17. Aufl. München 2003, S. 98.

¹⁸⁴ D.3.2.11.1 und 4 (Ulpianus 6 ad ed.). Die Witwe, die vor Ablauf des Trauerjahrs erneut heiratet, muss schon nach der *Lex Numae* der Göttin Tellus eine trächtige Kuh opfern, Plut. Numa 12,2.

¹⁸⁵ Ebenso der Haussohn, der ein Testament auf Geheiß des Vaters unterzeichnet, D.48.10.1.8, 14, 15 (Marcianus 14 inst).

vel his, qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus obtemperaverint.

Hinsichtlich der Taten, die nicht die Schwere des Vergehens oder des Verbrechens in sich tragen, werden die Sklaven entschuldigt, wenn sie entweder ihrem Herrn oder denen, welche die Stelle der Herren vertreten, gehorcht haben, seien es die Vormünder oder die Pfleger.

Die überwiegende Ansicht¹⁸⁶ zu dieser Frage hält die in D.50.17.157pr.¹⁸⁷ genannten Voraussetzungen für maßgeblich. Leichtere Taten werden durch den Befehl entschuldigt¹⁸⁸, doch kann sich der Sklave nicht aufgrund jeden Befehls auf den Befehlsnotstand berufen. Die Gehorsamspflicht wird durch D.50.17.157pr. vielmehr implizit dann eingeschränkt, wenn es sich um die Begehung eines Verbrechens oder eines besonders schweren Vergehens handelt.¹⁸⁹ In diesem Fall werden Herr wie auch Sklave bestraft, weil auch der Sklave unter den Gesetzen des Staates steht. Auch der Herr kann ihn davon nicht entbinden.¹⁹⁰ Der Sklave oder der Haussohn hätten in diesem Fall ihrer „inneren Stimme folgen und bedenken sollen, dass der Wille des Herrn oder des Vaters etwas Unrechtmäßiges verlangte“¹⁹¹. Allerdings kann eine Strafmilderung zugunsten des den unrechtmäßigen Befehl ausführenden Sklaven¹⁹² oder Haussohns¹⁹³ eingreifen. Als maßgeblich für die Kategorisierung der Taten im Hinblick auf die Wirkung des Befehls wird D.44.7.20 (Alfenus 2 dig.) angesehen:

D.44.7.20 (Alfenus 2 dig.): *Servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere aut furtum alicui facere servum iussisset ...*

Ein Sklave darf nicht in allen Dingen dem Befehl seines Herrn ungestraft Folge leisten, zum Beispiel wenn der Herr seinem

¹⁸⁶ BINDER, JULIUS: Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht, Leipzig 1899, S. 361, Fn. 96. unter Verweis auf die in D.9.4.2.1 getroffene Konkurrenzlösung. Ferner BUCKLAND, W. W., The Roman Law of Slavery, Cambridge 1908, S. 94; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 77f.; REIN, WILHELM: Das Criminalrecht der Römer, Leipzig 1844, S. 192f.

¹⁸⁷ Weitere Belege sollen sein: D.9.4.2.1 (Ulpianus 18 ad ed.); D.44.7.20 (Alfenus 2 dig.); D.9.4.4.1 (Paulus 3 ad ed.), D.9.4.4.5pr. (Ulpianus 3 ad ed.).

¹⁸⁸ D.48.10.1.8, 14, 15 (Marcianus 14 inst.).

¹⁸⁹ D.50.17.157pr. (Ulpianus 71 ad ed.), D.43.24.11.7 (Ulpianus 71 ad ed.), D.35.2.13 (Papinianus 37 quaest.).

¹⁹⁰ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 77f.

¹⁹¹ REIN, WILHELM: Das Criminalrecht der Römer, Leipzig 1844, S. 192.

¹⁹² CJ.9.12.8.1; CJ.9.19.2 Die in der letzten Quelle genannte Verbannung ist eine für den Sklaven an sich unmögliche Bestrafung. Vgl: Mommsen, MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 968 und BUCKLAND, W. W., The Roman Law of Slavery, Cambridge 1908, S. 94.

¹⁹³ D.48.10.5 (Julianus 86 dig.).

Sklaven befohlen hätte, einen Menschen zu töten oder jemanden zu bestehlen...¹⁹⁴

(a) Die Ansicht LEVYS

LEVY hat an der prinzipiellen Bedeutung dieses Fragments gezweifelt. Er sah die Allgemeingültigkeit der hier festgestellten, nur beschränkten vorsatzausschließenden Wirkung als keineswegs gesichert an.¹⁹⁵ Für die Entschuldigung des Sklaven sei eine Unterscheidung nach *atrocitas facinoris vel sceleris* und weniger schweren Taten ungewiss. Viele Fragmente fänden sich, aus denen sich keine Beschränkung des Vorsatzausschlusses auf bloß leichtere Vergehen ergebe.¹⁹⁶ Zudem müsse konstatiert werden, dass mit der Einbeziehung des *furtum* in die Reihe der unentschuldbaren Taten „für die Straflosigkeit nicht viel übrig“ sei.¹⁹⁷

(b) Die Ansicht FALCHIS

In Ergänzung zur herrschenden Ansicht hat FALCHI einen weiteren Vorschlag zum Verständnis von D.50.17.157pr. unterbreitet.¹⁹⁸ Auch er spricht diesem Fragment eine die entschuldigende Wirkung des Befehls allgemeingültig begrenzende Wirkung zu. Doch möchte er die Aufzählung in D.44.7.20 so verstanden wissen, dass nur besonders schwere Fälle dieser genannten Delikte als Beispiele aufgeführt worden seien. Keinesfalls werde durch die Aufzählung eine Klassifizierung der Straftaten, jedenfalls nicht des *furtum* als *facinus atrox* vorgenommen. Vielmehr sei die Einordnung durch richterliche Bewertung der Tatumstände erfolgt. Lag nach Auffassung des Richters ein besonders schwerer Fall eines Diebstahls vor, so konnte auch der Befehl des Herrn den Sklaven nicht entschuldigen. Anders sei dies gewesen, wenn ein Diebstahl nach der Durchschnitterscheinung dieses Delikts begangen worden war. Dann entschuldigte der Befehl.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Ebenso D.43.24.11.7 (Ulpianus 71 ad ed.).

¹⁹⁵ LEVY, ERNST: Die Konkurrenz der Aktionen und der Personen im klassischen römischen Recht, Bd.I., Berlin 1918, S. 289, Anm. 6.

¹⁹⁶ LEVY, ERNST: Die Konkurrenz der Aktionen und der Personen im klassischen römischen Recht, Bd.I., Berlin 1918, S. 289, Anm. 6.

¹⁹⁷ LEVY, ERNST: Die Konkurrenz der Aktionen und der Personen im klassischen römischen Recht, Bd.I., Berlin 1918, S. 290, Anm. 6 von S. 289 fortgesetzt.

¹⁹⁸ FALCHI, GIUSEPPINO FERRUCCHIO: Diritto Penale Romano, Padua, 2. Aufl. 1937, S. 165 Anm. 1.

¹⁹⁹ FALCHI, a.a.O. S. 165, meint zudem, die h.M. sei zu eng. Er ist der Auffassung, dass der Befehl niemals den Sklaven oder den Haussohn entschuldigte, soweit es um „kriminelle oder quasi-kriminelle“ Handlungen gehe. Hier käme nur eine Strafmilderung in Betracht. Was er mit diesen „kriminellen oder quasi-kriminellen“ Handlungen meint, führt er im Folgenden (a.a.O. S. 166ff) aus. Abgesehen von seiner nicht treffenden Interpretation von D.9.4.2pr. und der Überbewertung des *mandavero* in D.9.2.44.1 als Befehl an den Sohn (a.a.O. S. 168 dazu oben) kommt er aber zu den gleichen Ergebnissen wie die h.M.

(c) Kritik

Die von LEVY zur Begründung seiner Auffassung ins Feld geführte Phalanx von Fragmenten²⁰⁰ weist Schwachpunkte auf, die seinem Angriff gegen die überwiegende Ansicht die Spitze nehmen. Die von ihm zum Beleg seiner Zweifel angeführten D.9.2.37pr. (Iavolenus 14 ex cass.), D.50.17.167.1 (Paulus 49 ad ed.) und D.50.17.169pr. (Paulus 2 ad plaut.) befassen sich schon auf den ersten Blick nicht mit der Problematik des Befehlsnotstands beim Sklaven. Es geht in diesen Fragmenten um Freie als Befehlsempfänger, um durch den Richter einer Prozesspartei erteilte Weisungen oder Zwangsmaßnahmen²⁰¹ und um nicht eindeutig zuzuordnende Fälle eines Über- und Unterordnungsverhältnisses. Letzteres kann auch, muss aber nicht den der *domini potestas* Unterworfenen meinen. D.44.7.20 (Alfenus 2 dig.) wird von LEVY ohne die dazugehörigen Beispiele wiedergegeben und hat nur dadurch die gewünschte Wirkung, seine Kritik zu erhärten. Alfenus bildet unzweifelhaft solche Fallgruppen, in denen dem Sklaven der Befehlsnotstand zugute gehalten wird, und solche, in denen das nicht geschieht.

Zudem kann eine Einschränkung hinsichtlich der umfassenden Einbeziehung des *furtum* in die Gruppe der *atrocitas facinoris vel sceleris* die Ansicht des Alfenus verständlicher machen.

D.48.19.16.6 (Saturninus 1 S. de poe. paganorum): *Qualitate, cum factum vel atrocius vel levius est: ut furta manifesta a nec manifestis discerni solent ...*

Nach der Schwere, wenn die Tat entweder schwerer oder leichter ist: so werden gewöhnlich handhafte von nicht handhaften Diebstählen unterschieden ...

Saturninus unterscheidet bei seiner Beschreibung der Blickwinkel, unter denen Straftaten zu betrachten sind, auch nach der „Beschaffenheit“ der Tat. So trennt er zwischen dem handhaften und dem nicht handhaften Diebstahl. Ersteren sieht er als schwerere, letzteren als leichtere Straftat an. So muss zwischen *furtum manifestum* und *furtum nec manifestum* unterschieden werden. Nur der erstere wird zu den Verbrechen gezählt.²⁰² Gleiches gilt für die Injurie. Nach Labeo ist hier zwischen verschiedenen

²⁰⁰ D.9.2.37pr. (Iavolenus 14 ex cass.); 9.4.2.1 (Ulpianus 18 ad ed.); 9.4.3 (Ulpianus 3 ad ed.); 44.7.20 (Alfenus 2 dig.); 48.10.15.3 (Callistratus 1 quaest.); 47.7.7.4 und 5 (Ulpianus 38 ad ed.); 47.10.17.7 (Ulpianus 57 ad ed.); 50.17.4 (Ulpianus 6 ad sab.); D.50.17.167.1 (Paulus 49 ad ed.) und D.50.17.169pr. (Paulus 2 ad plaut.)

²⁰¹ Deren Adressat der rechtsunfähige Sklave ohnehin nicht sein kann.

²⁰² Diese Unterscheidung ist eine Möglichkeit, keine Gewissheit, denn sie führt im Hinblick auf die Gehorsamspflicht des Sklaven zu zufälligen Ergebnissen. Wird der Sklave auf frischer Tat ertappt, so wird rückwirkend festgestellt, dass er dem Herrn nicht gehorchen durfte. Wird er nicht ertappt und verwirklicht nur einen *furtum nec manifestum*, so musste er gehorchen. Die Rückbeziehung der Bewertung, ob eine Gehorsamspflicht bestand oder nicht, macht die Lage für den Sklaven hoffnungslos. Denn im Augenblick des Befehls

„Begehungsformen“ zu unterscheiden, die durch das Tatobjekt, Ort oder Zeit der Begehung die Tat als *atrox* qualifizieren.²⁰³ D.47.7.7.4 und 5 (Ulpianus 38 ad ed.) sind ebenso ungeeignet, der überwiegenden Ansicht entgegengehalten zu werden. Sie haben die Baumfällungsklage (*actio arborum furtim caesarum*) zum Gegenstand. Sie zu den *atrocita facinora* zu zählen ist – trotz der entwicklungsgeschichtlichen Nähe zwischen *furtum* und der *actio arborum furtim caesarum* – fernliegend. Der Sklave ist hier weder nach der Ansicht LEVYS noch der überwiegenden Ansicht zu belangen, weil er sich beiden Ansichten zufolge auf den Befehlsnotstand berufen kann. Die Unterscheidung nach der Klageart ist somit für die Zweifel LEVYS ohne Aussagekraft. Auch der zweite Satz von D.48.10.15.3 (Callistratus 1 quaest.)²⁰⁴ kann zum Anliegen LEVYS nichts beitragen.:

Nam servos, cum dominis suis parent, necessitate potestatis excusari, si tamen accedat domini auctoritas subscribentis se ea dictasse et recognovisse: videri enim ait ipsius domini manu scripta, cuius voluntate ea scripta sunt.

Denn wenn Sklaven ihren Herren gehorchen, werden sie durch den Befehlsnotstand entschuldigt, wenn nämlich die schriftliche Versicherung des Herren hinzukommt, der darunter schreibt, dass er es diktiert und gelesen hat: Denn, sagt er (Pius), das, was mit dem Willen des Herrn geschrieben worden ist, erscheint so, als sei es vom Herren in eigener Person mit seiner Hand geschrieben worden.

Versteht man die Wendung *si tamen* einschränkend als „wenn nämlich“²⁰⁵, so verliert das vorangestellte *necessitate potestatis excusari* seine scheinbare Allgemeingültigkeit. Die Quellen sprechen in diesem Fall für sich. Ernstliche Bedenken gegen die h.M. ergeben sich auf Grundlage der von LEVY angeführten Fragmente nicht.²⁰⁶ Auf einen Befehlsnotstand kann sich der Sklave nicht berufen, der einen Mord, Raub, Piraterie oder ein anderes, körperliche Gewalt²⁰⁷ voraussetzendes

müsste er dem Herrn in jedem Fall gehorchen, da nicht klar ist, ob er eine leichtere oder eine schwerere Tat verwirklichen soll.

²⁰³ D.47.10.7.8 (Ulpianus 57 ad ed.). Zudem ist die *atrocitas* ein gewichtiges Kriterium für das Verfahren *extra ordinem*, also des öffentlichen Strafverfahrens, HAGEMANN, MATTHIAS: *Iniuria*, Diss., Köln Weimar Wien 1998, S. 96.

²⁰⁴ Ebenso: CJ. 9.23.6.

²⁰⁵ HEUMANN, H.; SECKEL, E.: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Aufl. Graz 1971, „tamen“.

²⁰⁶ Zudem stützt auch eine zivilrechtliche Parallele dieses Ergebnis. Der sittenwidrige, weil ein Verbrechen hervorbringende Auftrag begründet keine *obligatio* des Beauftragten, LONGO, GIANETTO: *La complicità nel diritto penale romano*, in: *BIDR* 61 (1958), S. 198.

²⁰⁷ D.48.7.3pr und § 1 (Macer 1 public.).

Verbrechen begangen hat.²⁰⁸ Den Verbrechen gleichgestellt sind auch *furtum manifestum*²⁰⁹ und *iniuria*²¹⁰. Insoweit ist der Ansicht FALCHIS zuzustimmen. Sie kann für sich verzeichnen, dass sie die problematische Einordnung des Diebstahls und der Injurie in die Reihe der unentschuldbaren, weil *atrocitate facinoris vel sceleris* gekennzeichneten Delikte in ihrer Absolutheit in Frage stellt. Die oben angedeuteten Zweifel an dieser Kategorisierung fänden Berücksichtigung, ohne D.50.17.157pr. (Ulpianus 71 ad ed.) seiner umfassenden Bedeutung zu berauben. Auch fügte sich der oben zitierte Auszug des Saturninus-Fragments D.48.19.16.6 (Saturninus 1 S. de poe. paganorum) wie auch D.47.10.7.8 (Ulpianus 57 ad ed.) in diese Hypothese ein. Nicht zu entschuldigen waren Delikte, die körperliche Gewalt voraussetzten.²¹¹

(3) Abgrenzung zum wissenden²¹² Herrn und die Pönalklage gegen den Freigelassenen

Als Gegenprobe zu den in Bezug auf den Befehlsnotstand gewonnenen Ergebnissen im Falle eines in *patria* bzw. *domini potestas* Stehenden soll in gebotener Kürze auf die Haftung des nur wissenden Herrn im Bereich der Injurien als privaten Strafklagen eingegangen sowie die Wirkung einer Entschuldigung für den Sklaven in diesem Bereich cursorisch dargestellt werden.²¹³ Eine Gleichbehand-

²⁰⁸ D.44.7.20 (Alfenus 2 dig.): *Servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere aut furtum alicui facere servum iussisset. quare quamvis domini iussu servus piraticam fecisset, iudicium in eum post libertatem reddi oportet. et quodcumque vi fecisset, quae vis a maleficio non abesset, ita oportet poenas eum pendere. sed si aliqua rixa ex litibus et contentione nata esset aut aliqua vis iuris retinendi causa facta esset et ab his rebus facinus abesset, tum non convenit praetorem, quod servus iussu domini fecisset, de ea re in liberum iudicium dare.*

Ein Sklave soll nicht in allen Dingen dem Herren ungestraft Gehorsam leisten, so wenn er ihm befohlen hätte, einen Menschen zu töten oder einen anderen zu bestehlen. Wenn daher der Sklave auf Befehl des Herren eine Seeräuberei begangen hat, so muss dennoch gegen ihn, wenn ihm seine Freiheit zurückgegeben worden ist, eine Klage erteilt werden. Und für alles, was er mit Gewalt getan hätte, muss er bestraft werden, wenn die Straftat mit Gewalt begangen worden ist. War hingegen aus Streiterei und Wortwechsel eine Auseinandersetzung entstanden, oder war Gewalttätigkeit zur Verteidigung eines Rechts angewendet worden, und ist kein Verbrechen geschehen, dann ist es nicht angemessen, dass der Prätor wegen dieser Sache gegen den Freien eine Klage erteilt.

²⁰⁹ D.25.2.21.1 (Paulus 37 ad ed.).

²¹⁰ D.47.10.17.7 (Ulpianus 57 ad ed.), was noch durch eine *reductio ad absurdum* bekräftigt wird. Dazu HORAK FRANZ: *Rationes Decidendi*, Bd. 1, Aalen 1969, S. 119.

²¹¹ CJ.9.12.8.1.

²¹² Als *sciens* wird der Herr bezeichnet, der um die Tat des Sklaven wusste und in der Lage war, die Tat zu verhindern, es aber nicht getan hat, D.9.4.3 (Ulpianus 3 ad ed.) und 9.2.45pr. (Paulus 10 ad sab.).

²¹³ Zur Haftung des Herrn oder des Vaters für seinen Sklaven oder Sohn ohne Befehl und die ausnahmsweise (im Fall der *indefensio*) Durchbrechung der Noxalhaftung beim Haussohn NIEDERLÄNDER, HUBERT: Die außernoxtale Haftung des Gewalthabers für De-

lung hinsichtlich der Haftung des Herrn in allen drei Fällen, nämlich dem des nichtsahnenden, des wissenden und des befehlenden Herrn, würde zeigen, dass eine gedankliche Durchdringung des Handelns durch einen anderen durch die römischen Juristen nicht vollständig erfolgt ist. Es fehlte an einer den verschiedenen Situationen angemessene Wertung des Verschuldens des Herrn wie des Sklaven. Doch das Gegenteil ist der Fall.

(a) Der nichtsahnende Herr

Hat der Sklave die Voraussetzungen der Strafbarkeit erfüllt und wusste der Herr nicht von der Tat, so kommt gegen ihn lediglich eine Noxalklage in Betracht. Der Herr wird insoweit privilegiert, als er den Sklaven, statt Buße zu zahlen, ausliefern kann. Diese Haftung des Herrn ist folgerichtig, denn ihm fällt über seine allgemeine Verantwortlichkeit als *dominus* hinaus kein Verschulden zur Last.²¹⁴

(b) Der wissende, aber untätige Herr

Welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um einem Herrn eines Sklaven *scientia* im Sinne der *lex Aquilia* unterstellen zu können, zeigt

D.9.4.3 (Ulpianus 3 ad ed.): In omnibus noxalibus actionibus, ubicumque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit: aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere.

Im Zusammenhang mit allen Noxalklagen muss das Wissen des Eigentümers, wo immer es verlangt wird, so verstanden werden, dass er die Tat nicht verhindert hat, obwohl er sie hätte verhindern können. Denn es ist etwas anderes, [durch Unterlassen] verantwortlicher Urheber des Sklavendelikts zu sein als das Delikt nur machtlos zuzulassen.

Es genügt nicht, dass der Herr weiß, sein Sklave begehe gerade ein Delikt oder werde ein solches bald verwirklichen. Entscheidend ist vielmehr zweierlei: die Kenntnis der Deliktsverwirklichung durch den Sklaven und daneben die Möglichkeit, den Sklaven von seinem Tun abzuhalten.²¹⁵

likte der Gewaltunterworfenen im klassischen Römischen Recht, in: ZS 69 (1952), S. 211ff. m.w.N.

²¹⁴ Zu dessen Haftung in klassischer (und fortgeltend in nachklassischer) Zeit: NIEDERLÄNDER, HUBERT: Die außernoxtale Haftung des Gewalthabers für Delikte der Gewaltunterworfenen im klassischen Römischen Recht, in: ZS 69 (1952), S. 211ff.

²¹⁵ Vgl. zur Geltung dieser Regel auch für das Verbrechen D.50.17.109 (Paulus 5 ad ed.): *Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest.*

(c) Die Klassikerkontroverse um die Behandlung des wissenden,
aber untätigen Herren

Die Lösung der Konstellation des *dominus sciens* wurde offenbar schon von den Klassikern, namentlich Celsus und Julian, kontrovers diskutiert.²¹⁶ Der bekannte und oft aufgenommene Streit soll im Folgenden nachgezeichnet werden:

D.9.4.2pr (Ulpianus 18 ad ed.): Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse: si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat.

Hat ein Sklave mit Wissen des Herrn getötet, so macht er seinen Herrn uneingeschränkt haftbar. Denn man sieht den Herrn hier als jemanden an, der selbst getötet hat. Hat der Sklave dagegen ohne Wissen des Herrn getötet, so ist die Klage noxal; denn der Herr darf wegen eines Delikts seines Sklaven nicht auf mehr haften, als dass er ihn als Schädiger ausliefern kann.

D.9.4.2.1 (Ulpianus 18 ad ed.): Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur: sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit, in tantum, ut celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi: nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit. et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? celsus tamen differentiam facit inter legem aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset. sed si placeat, quod iulianus libro octagesimo sexto scribit " si servus futurum faxit noxiamve nocuit" etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. nos autem secundum iulianum

²¹⁶ Zum ganzen BENÖHR, H. – P: Zur Haftung für Sklavendelikte in: ZS 97 (1980), S. 273ff., 275f.; BUCKLAND, W. W., The Roman Law of Slavery, Cambridge 1908, S. 94; LEVY, ERNST: Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, Berlin 1918, S. 158ff.; LÜBTOW, ULRICH V.: Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato, Berlin 1971, S. 44ff.; PERNICE, ALFRED: Zu der Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte, Weimar 1867, S. 217f.

probavimus, quae sententia habet rationem et a marcello apud iulianum probatur.

Wer den Sklaven nicht gehindert hat, das Delikt zu begehen, unterliegt der uneingeschränkten Haftung nach der *lex Aquilia*, gleich ob er Herr geblieben ist oder nicht. Denn es genügt, dass er zu dem Zeitpunkt Herr war, als er die deliktische Handlung nicht verhinderte. Dies geht, wie Celsus annimmt, so weit, dass dann, wenn der Sklave ganz oder zu einem Eigentumsbruchteil veräußert oder wenn er freigelassen wurde, die Schadenstat nicht dem Täter folgt. Denn der Sklave, der dem Befehl des Herrn folgte, habe nichts verbrochen. Und gewiss kann man das sagen, wenn der Herr die Tat befohlen hat. Hat er aber den Sklaven nur nicht gehindert, wie können wir dann die Tat des Sklaven entschuldigen? Celsus macht aber einen Unterschied zwischen der *lex Aquilia* und dem Zwölftafelgesetz: Denn nach dem alten Gesetz ist, wenn der Sklave mit Wissen des Herrn einen Diebstahl verübt oder ein anderes Delikt verwirklicht hat, die Klage hinsichtlich des Sklaven *noxal* und der Herr haftet nicht kraft eigener Tat; dagegen, so sagt er, hafte der Herr bei der *lex Aquilia* kraft eigener Tat und nicht wegen der Tat des Sklaven. Er gibt auch für jedes der beiden Gesetze den Gesetzeszweck an: Das Zwölftafelgesetz habe gewollt, dass Sklaven ihren Eigentümern in diesem Fall nicht gehorchen; die *lex Aquilia* habe einen Sklaven, der seinem Eigentümer gehorcht habe, entschuldigt, da er sein Leben gefährdet hätte, wenn er es nicht getan hätte. Wenn man aber als richtig anerkennt, was Julian im 86. Buch schreibt, dass sich die Worte (aus dem Zwölftafelgesetz) „wenn ein Sklave einen Diebstahl verübt oder ein Delikt verwirklicht hat“ auch auf die späteren Gesetze beziehen, dann wird man sagen können, dass der (wissende) Eigentümer auch wegen des Sklaven mit einer Noxalklage belangt werden kann, so dass der Umstand, dass die Klage nach der *lex Aquilia* gegen den Herrn (kraft eigener Tat) gewährt wird, den Sklaven nicht entschuldigt, sondern den Eigentümer (zusätzlich) belastet. Wir aber haben uns Julian angeschlossen, dessen Meinung folgerichtig ist und auch von Marcellus in seinen Anmerkungen zu Julian für richtig gehalten wird,

Celsus war der Ansicht, wo eine persönliche Haftung des Herrn bestand, könne keine Noxalhaftung hinzutreten.²¹⁷ Wenn der Herr *suo nomine* hafte, könne er nicht

²¹⁷ ALBANESE; BERNARDO: Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo, in: BIDR 70 (1967) S. 119ff. vertritt die Ansicht, dass dies niemals die Auffassung des Celsus gewesen sei und die dem Celsus unterstellte Argumentation von Ulpian selbst herrühre, der dessen Auffassung teile (a.a.O. S. 143). Er hält D.9.4.2.1 für stark interpoliert. Gleichwohl

daneben mit der *actio noxalis servi nomine* belangt werden. Der Sklave wäre dann nicht mehr im Wege der Noxalklage nach seiner Freilassung zur Verantwortung zu ziehen. Entscheidend für diese Auffassung ist die unterschiedliche Behandlung des Sklavendelikts im Zwölftafelgesetz einerseits und der *lex Aquilia* andererseits. Das Zwölftafelgesetz kennt im Falle eines von einem Sklaven begangenen Delikts ausschließlich die Noxalhaftung. Die *lex Aquilia* hingegen gewährt dem Geschädigten eine *actio directa* gegen den Herrn, der von der Tat seines Sklaven weiß und diese verhindern kann, es aber unterlässt. Eine *noxae deditio* scheidet aus. Die Möglichkeit, die Tat des Sklaven zu verhindern, stellt den Herrn dem unmittelbaren Täter in der *lex Aquilia* gleich. Damit ist nach Celsus der *dominus sciens* ebenso zu behandeln wie der *dominus iubens*. Die in der *lex Aquilia* vorhandene Vorschrift zur Noxalhaftung²¹⁸ hat sich seiner vermutlichen Ansicht zufolge nur auf den *dominus nesciens* bezogen.

Ulpian ist dieser Ansicht entgegengetreten. Er zitiert die von Julian begründete h.M., der zufolge die *lex Aquilia* nicht zu eng ausgelegt werden dürfe. Im Ergebnis lehnt er eine Gleichstellung des *dominus iubens* mit dem *dominus sciens* ab. Weiß der Herr um die Tat seines Sklaven und kann er diese verhindern, so haftet er nach der Wahl des Klägers entweder direkt oder noxal.²¹⁹ Somit ist der Sklave im Falle seiner Freilassung durch den Geschädigten in Anspruch zu nehmen, wenn er sich für die Noxalklage entschieden hat.

Schon die Skizze dieser Kontroverse könnte an sich genügen, um zu zeigen, wie weit die gedankliche Durchdringung der Problematik des *dominus sciens vel iubens* fortgeschritten war. Zwei unterschiedliche Denkschulen hatten sich gebildet, deren Argumentationen zur Begründung des eigenen Standpunkts zumindest teilweise überliefert sind.

Die Motive der herrschenden Ansicht teilt Ulpian nicht mit. Deshalb soll versucht werden, einige Gedanken zur *ratio* der h.M. anzustellen. Diese Gedanken gehen von den bislang gewonnenen Erkenntnissen zum Verschulden aus und sollen für den Herrn wie den Sklaven vor dem Hintergrund der Eigenschaft der *actio legis Aquiliae* als gemischter Strafklage entwickelt werden.²²⁰ Sollte der Sklave von der

sieht er das Ergebnis Iulians als richtig an. Die h.M. (maßgeblich: BIONDI, BIONDO: *Actiones noxales in diritto romano classico*, in: AUPA. 10 (1925); DE VISSCHER: *Le régime romaine de la noxalité*; PAMPALONI: *La complicità nel delitto di furto*, in: SSE. 16 (1899); TILLI, GIUSEPPE: „*Dominus sciens*“ e „*servus agens*“, in: *Labeo* 23 (1977), S. 16ff.) sieht D.9.4.2.1 (Ulpianus 18 ad ed.) als authentisch an. Die besseren Argumente sprechen für die h.M. Insbesondere streitet für die h.M. und gegen ALBANESES Interpolationenverdacht, dass Ulpian in D.9.4.5.1. und l. 6 (Ulpianus 3 ad ed.) im Einklang mit seiner angeblich durch Interpolationen verfälschten Ansicht argumentiert, letztere Fragmente einem ernsthaften Interpolationsverdacht jedoch nicht ausgesetzt sind.

²¹⁸ Vgl. Gai. 4, 76.

²¹⁹ BUCKLAND, W. W.: *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, S. 115,

²²⁰ Vgl. den Anhalt in der rhetorischen Frage „*si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus?*“, der wohl auf den zugrundeliegenden rechtspolitischen Ge-

Kenntnis seines Herrn gewusst und zugleich dessen mangelnden Willen einzuschreiten erfahren haben, so ist die Entscheidung der in der Antike vorherrschenden Meinung nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Den ansonsten in seinem Sein völlig von den Entscheidungen seines Herrn abhängigen Sklaven nach dessen Belieben verfahren zu lassen stellt für den Sklaven eine ungeheure Einwirkung auf sein Verhalten dar²²¹, das in seiner Intensität von der zweckgerichteten Anweisung nicht mehr weit entfernt ist. Man könnte in einer solchen Konstellation von einem konkludenten Befehl des Herrn an seinen Sklaven sprechen. Dennoch besteht zwischen der *dominus sciens* und dem *dominus iubens* ein geringer, aber gewichtiger Unterschied, der an Bedeutung noch gewinnt, wenn man sich den eigentlichen Inhalt des *scire* vor Augen führt. Der Sklave trifft nämlich einen eigenen Entschluss zum Handeln. Nicht der Herr initiiert sein Verhalten, sondern er selbst. Noch entscheidender ist, dass die Römer beim *scire* nicht davon ausgehen, der Sklave wisse um die Kenntnis seines Herrn. Eine wie auch immer geartete subjektive Tatseite wird für den Sklaven nicht erwähnt.²²²

Nach alledem ist die Abweichung des Falls von dem des *dominus iubens* hinreichend verdeutlicht. Der Sklave handelt aus eigenem Antrieb heraus. Er befindet sich in keiner Zwangslage, dem Herrn Gehorsam leisten zu müssen oder bestraft zu werden. Eine Entschuldigung ist daher keineswegs geboten. Deshalb liegt es nahe, den Sklaven für die Tat zur Verantwortung zu ziehen, soweit und wenn sein Status es zulässt. Dies kann nach seiner Freilassung aufgrund des für die Noxalklage geltenden Grundsatzes *noxa caput sequitur* geschehen.

(d) Zusammenfassung der Ansicht Ulpianus

Wusste der Herr um die Tat des Sklaven, so konnte er im Wege der Noxalklage oder durch eine *actio ex delicto in solidum* in Anspruch genommen werden. Dies war unter den römischen Juristen streitig, doch spätestens zur spätclassischen Zeit wurde sie für alle Pönalklagen zur maßgeblichen Ansicht.²²³ Grundsätzlich war es

danken hinführt, LÜBTOW, ULRICH V.: Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato, Berlin 1971, S. 48.

²²¹ LEVY, ERNST: Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, Berlin 1918, S. 173.

²²² Deshalb ist es auch fernliegend, Celsus einen solchen Gedankengang zu unterstellen, so aber LEVY, ERNST: Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, Berlin 1918, S. 171.

²²³ BUCKLAND, W. W.: The Roman Law of Slavery, Cambridge 1908, S. 115; LEVY, ERNST: Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, Berlin 1918, S. 161, LÜBTOW, ULRICH V.: Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato, Berlin 1971, S. 48; TILLI, GIUSEPPE: „Dominus sciens“ e „servus agens“, in: Labeo 23 (1977), S. 16ff., 41.

also möglich, dass der wissende Herr sowohl persönlich, *ex sua culpa*, als auch *ex noxa servi* haftete.²²⁴ Es handelt sich dann bei der Grundlage für die Haftung um dieselbe *causa*.²²⁵ Zwischen den Klagen tritt Prozesskonsumtion ein.²²⁶ Dem Grundgedanken der Noxalhaftung entsprechend folgt die *actio noxalis* dem Sklaven, wenn er frei wird²²⁷. Nach seiner Freilassung kann der Geschädigte ihn in Anspruch nehmen, wodurch sein freier Willensentschluss rechtlich berücksichtigt wird und er seiner *dohus* entsprechend unmittelbar bestraft werden kann. Eine Entschuldigung des Sklaven erfolgte im Falle des *sciens dominus* nicht.

(e) Konsequenz der haftungsrechtlichen Bestimmungen: Einordnung des Zusammenwirkens von Herrn und Sklaven

Hinsichtlich der Zuordnung dieser Haftungsfolgen zu den Figuren der modernen Teilnahmedogmatik bestehen abweichende Ansichten. TILLI sieht in den Regelungen der Haftung von Herrn und Sklaven sowie dem Mechanismus der Prozesskonsumtion einen Beleg für eine dem Konzept der Mittäterschaft angenährte Rechtsfolge.²²⁸ LEVY meint, dass in der Konstellation des *dominus sciens* die Römer aufgrund der freien Willensentschließung des Sklaven weder den Herrn noch den Sklave von der Verantwortung entbunden haben. In der römischen Anschauung liege nur eine strafwürdige Tat vor. Bei wem sie zu ahnden ist, entscheide sich nicht von Rechts wegen, sondern wird durch die Klageerhebung des Geschädigten bestimmt. Für LEVY liegt somit das „Prinzip der mittelbaren Täterschaft, der Eintä-

Abweichend insofern, als nicht zwischen befehlendem und wissendem Herrn unterscheidend: HAUSMANINGER, HERBERT: Das Schadensersatzrecht der *lex Aquilia*, 5. Aufl. Wien 1996, S. 41.

²²⁴ Dagegen spricht nicht CJ.3.42.4, denn hier handelt es sich um ein Verbrechen, das Gewalttätigkeit beinhaltet. Der Sklave darf dem Herrn nicht gehorchen, weswegen die Unterscheidung zwischen dem befehlenden und dem wissenden Herrn wegfällt.

²²⁵ LEVY, ERNST: Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, Berlin 1918, S. 167f.

²²⁶ Erhebt der Geschädigte zuerst die *actio ex delicto* gegen den *dominus* und ergeht gegen diesen ein Urteil, so hat der klägerische Geschädigte mit der *actio noxalis* keinen Erfolg. Seiner Klage steht die *exceptio doli* entgegen. Ergeht hingegen ein freisprechendes Urteil, weil nicht bewiesen werden kann, dass der Herr auch nur von der Tat des Sklaven wusste oder weil nicht bewiesen werden kann, dass der Sklave der Täter war, so kann der Kläger wegen der *exceptio rei iudicatae* ebenfalls nicht mehr die *actio noxalis* erheben. Im umgekehrten Fall, in dem der Kläger zunächst mit der *actio noxalis* vorgeht, funktioniert dieser Mechanismus in gleicher Weise. Der Richter kann in den Fällen der *exceptiones* die Klage im Wege der *denegatio actionis* sofort abweisen, dazu LEVY, ERNST: Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, Berlin 1918, S. 161, LÜBTOW, ULRICH V.: Untersuchungen zur *lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, S. 48; TILLI, GIUSEPPE: „*Dominus sciens*“ e „*servus agens*“, in: *Labeo* 23 (1977), S. 16ff., 41.

²²⁷ Der Gebundenheit der Haftung an die Person des Täters verleiht die Regel *noxia caput sequitur* Ausdruck, vgl: Gai. 4. 77; D.47.2.41.2.

²²⁸ TILLI, GIUSEPPE: „*Dominus sciens*“ e „*servus agens*“, in: *Labeo* 23 (1977), S. 16ff., S. 40.

terschaft“²²⁹ vor, da entweder nur der Sklave oder nur der Herr vom Geschädigten belangt werden kann.

Angesichts der Rechtsfolge, die mit der im Falle des *dominus iubens* kontrastiert, kann von einer „mittelbaren Täterschaft“ im heutigen Sinn nicht die Rede sein. Denn die Wahlmöglichkeit des Geschädigten, den Herren in Anspruch zu nehmen oder den Sklaven nach seiner Freilassung, lässt die für die mittelbare Täterschaft typische Rechtsfolge gerade nicht eintreten, es fehlt an einem allein Verantwortlichen und damit an der Freistellung des menschlichen Werkzeugs von der Strafe.

Es handelt sich hier um eine Haftungsform eigener Art, die im Strafrecht ansonsten unbekannt ist, aber in der Gesamtschuld – falls der Sklave freigelassen wird, im Hinblick auf die Haftung nach den Zwölftafeln – eine zivilrechtliche Entsprechung hat. Sie ist ohne die Besonderheit der *actio noxalis* und des Sklaveneigentums nicht denkbar.

Entscheidend ist jedoch, dass zwischen den Konstellationen des wissenden Herren und des befehlenden Herren unterschieden wurde. Der befehlende Herr trägt allein die gesamte Verantwortung für die Tat seines Sklaven. Hatte der Herr den Befehl zum Handeln gegeben, so gab es gegen ihn allein die *actio directa* und er haftet in solidum. Die Entschuldigungswirkung zeigt sich hier dergestalt, dass der Sklave auch nach seiner Freilassung nicht belangt werden konnte.²³⁰

(4) Zusammenfassung

Vollständig waren diese differenzierten Überlegungen nicht auf das römische Strafrecht übertragen. Außerhalb der Haftung der *lex Aquilia* waren der Herr und – auch wenn der Herr dem Sklaven zu handeln befohlen hatte – der Sklave zu belangen. Dies galt insbesondere für den Diebstahl²³¹ (mit der oben genannten Einschränkung) und für die Injurie²³². Andererseits wird bei der Sachbeschädigung (D.9.4.2.1) und bei dem Bruch der Trauerzeit (D.3.1.11.1 und 4) der Befehl des Gewalthabers als Entschuldigungsgrund angesehen. Der Gehorchende wird entschuldigt. Die Funktionsweise dieser Entschuldigung beruht allein auf der Anerkennung des *ius imperandi* des Gewalthabers. In der teilweisen Anerkennung einer entschuldigenden Wirkung des Befehls und deren Ablehnung bei schwereren Taten treffen eine rechtspolitische und eine gesellschaftspolitische Überlegung aufeinander, die in dieser Form in den zwei anderen maßgeblichen Über- und Unterordnungsverhältnissen, in der *coercitio* und dem Verhältnis zwischen militärischem Vorgesetzten und seinem Untergebenen, nicht auftreten: In der Gehorsamspflicht

²²⁹ LEVY, ERNST: Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, 1. Band, Berlin 1918, S. 172.

²³⁰ PLESCIA, JOSEPH: The development of agency, in: *Labeo* 30 (1984), S. 171ff., 188, DAUBE, DAVID: The defence of superior orders in Roman Law, in: (1956) 72 *L.Q.R.* 511ff.

²³¹ Gellius, *Noctes atticae* 11.18.24.

²³² D.44.10.17.7.

des Sklaven gegenüber dem Herrn drückt sich das Bedürfnis einer Gesellschaft aus, sich die Grundlage oder zumindest doch einen maßgeblichen Faktor ihrer Wirtschaftskraft allein nach ihren Bedürfnissen nutzbar zu machen. Dieses Bedürfnis und die Abwendung sozialer Unruhen bedingen an sich einen Anspruch auf absolute Unterordnung des Sklaven unter den Willen seines Herrn. Dem entspräche eine sanktionierte Pflicht des Sklaven zu absolutem Gehorsam gegenüber seinem Herrn als Korrelat einer Entschuldigung des Sklaven, der in Befolgung des Befehls eine Straftat verwirklicht. Dem steht aber ein rechtspolitisches Bedürfnis gegenüber: Der Herr soll nicht in der Lage sein, seiner Verantwortlichkeit für von ihm verursachtes Unrecht zu entkommen, indem er seinen Sklaven nach seinem Belieben seinen kriminellen Zwecken nutzbar macht und dann im Verfahren jede Verantwortung von sich weisen kann. Auch bedingt die Anerkennung einer Persönlichkeit auf Seiten des Sklaven, dass dieser zumindest im Falle der schwereren Straftaten zur Verantwortung gezogen wird, gleichgültig, ob er einen Befehl erhalten hat oder nicht. Zwei solch widerstreitende Interessen finden sich nicht im Falle des Befehls eines Vorgesetzten an einen Untergebenen oder eines Beamten an einen Bürger. In beiden Fällen geht es um das Funktionieren des Gemeinwesens, dem andere Belange, im Einzelfall auch eine Rechtsverletzung, untergeordnet werden. Darin findet sich die Erklärung für die unterschiedliche Behandlung der *patria potestas* einerseits und der *coercitio* bzw. des *ius imperandi* andererseits. Nur bei letzteren ist aus dem Gesichtspunkt der „Staatsräson“ wünschenswert, ein Prinzip absoluten Gehorsams zu etablieren und ihm in Anerkennung der daraus resultierenden Pflicht zu gehorchen die entschuldigende Wirkung des Befehls uneingeschränkt gegenüberzustellen.

dd) Die schuldrechtliche Begründung eines *ius imperandi*: Der Vermögensverwalter (*procurator*) und der Auftrag (*mandatum*)²³³

Die Gehorsamspflicht des Freien in der Stellung eines *procurator* ist bislang nicht erforscht. Vereinzelt wird die schuldrechtliche Begründung eines Weisungsrechts gegenüber dem *procurator* im Wege eines Mandats erwogen.²³⁴ Grundlage hierfür ist:

Dig 9.2.37pr. (Iavolenus 14 ex cass.): *Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis aquiliae cum eo est qui iussit, si modo ius imperandi habuit: quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit.*

²³³ Nicht relevant für die justinianische Zeit ist der den personenrechtlichen Status ändernde Gladiatorenvertrag. Hier wurde ein *ius imperandi* begründet, NÖRR, DIETER: Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom, in: ZS 82 (1965) S. 67ff, S. 96.

²³⁴ Gegen ein schuldrechtlich begründetes *ius imperandi* grds. NÖRR, DIETER: Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom, in: ZS 82 (1965) S. 67ff., S. 95, Anm. 147, der freilich im Hinblick auf den *procurator* klassischer Zeit ein solches Weisungsrecht nicht ablehnen möchte. Ihm folgend LÜBTOW, ULRICH v.: Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato, Berlin 1971, S. 47, Fn. 70.

Hat ein freier Mann auf Befehl eines anderen mit eigener Hand widerrechtlich einen Schaden verursacht, so ist gegen denjenigen, der dies befohlen hat, die Klage nach der *lex Aquilia* gegeben, sofern er das Recht zu befehlen hatte. Wenn er dieses nicht gehabt hat, ist der zu verklagen, der es getan hat.

Im Grundsatz gilt, dass der Mandant nicht für das Handeln seines Mandatars haftet, der in Ausführung seines Auftrags ein Delikt begeht.²³⁵ Diese Beobachtung deckt sich mit dem Inhalt dieses Fragments. Nur wenn der Freie auf Befehl gehandelt hat, ist der Befehlende dem Geschädigten allein verantwortlich.

Kern des Problems ist also die Begründung des *ius imperandi*, das eine Gehorsamspflicht auf Seiten des Freien impliziert. Ein solches *ius imperandi* im Verhältnis zwischen Freien bedarf zu seiner Entstehung einer rechtlichen Grundlage, die in einem Vertragsverhältnis vermutet wird. Hierfür kommt insbesondere das *mandatum* in Frage.

In klassischer Zeit wird die Stellung des *procurator* (Vermögensverwalter) bei Freien durch das *mandatum* (Auftrag) begründet.²³⁶ Diese Rechtslage wird von Justinian für die Digesten übernommen. Die Stellung als Mandatar bringt die Pflicht mit sich, den erteilten Auftrag weisungsgemäß auszuführen. Doch ist diese Weisungsgebundenheit mit einem *ius imperandi* gleichzusetzen, das eine Werkzeugeigenschaft des Mandatars begründet?

Die rechtliche Verbindlichkeit des *mandatum* gilt nicht uneingeschränkt für jede Art von Geschäft:

Gai. 3, 157: *Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, ueluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias.*

Wenn jemand einem anderen eine Sache aufträgt, die gegen die guten Sitten verstößt, so steht fest, dass kein Vertrag zustande kommt, zum Beispiel, wenn ich dir auftrage, Titius zu bestehlen oder zu injurieren.²³⁷

Eine Verpflichtung zum Handeln erwächst für den Freien aus einer solch sittenwidrigen, weil auf die Begehung einer Straftat gerichteten Handlung nicht. Handelt er trotzdem, so ist er selbst zu belangen.

Dieses Prinzip beinhaltet die Antwort auf die Frage nach einem schuldrechtlich begründeten *ius imperandi* gegenüber dem Mandatar. Wenn schon eine *obligatio* des Mandatars bei einem solchen *mandatum* nicht entstehen kann, ist es fernliegend, eine

²³⁵ PLESCIA, JOSEPH: The development of agency, in: Labeo 30 (1984), S. 171ff., 188.

²³⁶ In der frühen und mittleren Republik ist der *procurator* wohl noch meist ein Freigelassener, dem der Patron nicht viel anders befehlen kann als seinem Sklaven, KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, S. 587.

²³⁷ Ebenso: Inst. 3.26.7; D.17.1.6.3 (Ulpianus 31 ad ed.).

Pflicht zum Gehorsam gegenüber dem Mandanten anzunehmen. Ein *ius imperandi* mit haftungsausschließender Wirkung für den Gehorchenden kann deshalb schuldrechtlich im Rahmen eines *mandatum* nicht begründet werden. Neben der schuldrechtlichen Begründung bleibt aber nach wie vor die Möglichkeit, ein *mandatum* auch *iussu* zu begründen. Diesen Fall behandelt D.9.2.37pr. (Iavolenus 14 ex cass.). Es handelt von einem Freien, aber Abhängigen (z.B. einem *mancipio datus*, der freilich in der Rechtswirklichkeit der justinianischen Zeit keine Rolle mehr spielt²³⁸), der von seinem Herrn beauftragt ist. Im Verhältnis des *procurators* zu seinem Herrn fehlt es, solange der *procurator* ein Freier ist, ebenfalls an einer solchen Pflicht. Das gilt im Fall der Begründung der Stellung als Vermögensverwalter durch *mandatum*. Er wird mit den für das *mandatum* dargestellten inhaltlichen Grenzen des Auftrags verpflichtet.²³⁹ Zwar mag der Herr faktisch unwiderstehlich auf den *procurator* eingewirkt haben können, doch begründet dies allein noch nicht die Werkzeugeigenschaft des auf Geheiß handelnden *procurators*. Möglich ist auch, dass es hier um die Haftung eines Magistrats geht: Auch Amtsträger, die über ein *ius imperandi* verfügen, können aus der *lex Aquilia* verantwortlich sein.²⁴⁰ Im Hinblick auf die Rechtsentwicklung ist der Anwendungsbereich von D.9.2.37pr. (Iavolenus 14 ex cass.) in justinianischer Zeit eingeschränkt. Der *procurator* unterliegt wie der Mandatar keinem Befehlsrecht, das seine Haftung im Falle des Handelns auf Weisung ausschliesse. Sie haften alternativ zum Herrn. Daneben besteht die Möglichkeit, dass im Rahmen eines *mandatum* eine Weisung erteilt wird, die der Beauftragte befolgt. Doch begründet dies eine Verantwortlichkeit sowohl des Handelnden wie des Anweisenden, der den Handelnden zu seinem Verhalten angestiftet hat, dazu unten „11. Unbenannte und benannte Teilnahmeformen“. Doch diesen Fall behandelt D.9.2.37pr (Iavolenus 14 ex cass.) gerade nicht, wie der Verweis auf das *ius imperandi* zeigt.

ee) Die *mercenarii*: Begründung eines *ius imperandi* durch die Eingehung eines Dienstvertrages oder sonstigen Vertrages in D.9.2.37pr. (Iavolenus 14 ex cass.)?

Zumindest denkbar erscheint ein weitgehendes Weisungsrecht gegenüber einem *liber homo* im Arbeitsrecht, das den Begriff des *mercennarius* in den Mittelpunkt der folgenden Darstellung rückt.

Mercennarius ist ein Lohnarbeiter in personenrechtlicher Abhängigkeit des Arbeitgebers.²⁴¹ Daneben tritt *mercennarius* als Bezeichnung des vermieteten, außer-

²³⁸ KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, 2. Aufl. München 1975, S. 204 m.n.W.

²³⁹ KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, S. 265; ders.: Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, München 1959, S. 71.

²⁴⁰ D.9.2.29.7 (Ulpianus 18 ad ed.); HAUSMANIGER, HERBERT: Das Schadensersatzrecht der *lex Aquilia*, 5. Aufl. Wien 1996, S. 29.

²⁴¹ KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, S. 301; NÖRR, DIETER: Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom, in:

halb des Hauses seines Herrn arbeitenden Sklaven auf.²⁴² In diesem Fall muss die Zuchtgewalt des *pater familias* berücksichtigt werden.²⁴³ Diese bedeutet freilich nicht, dass der *mercennarius* ebenso wie der Sklave dem Hausvater unbedingt zu gehorchen hatte. Es zeigt vielmehr, dass dem *pater familias*, der ja für Verrichtungsgehilfen wie für seine Hauskinder – im letzteren Fall noxal – zu haften hatte, rein tatsächlich Einwirkungsmöglichkeiten gegeben waren, die seiner Verantwortlichkeit für das Handeln der Verrichtungsgehilfen entsprachen.

Es mag auch so gewesen sein, dass der *pater familias* auf den *mercennarius* – wie auch auf den Haussohn – genügend Einfluss hatte, um ihn dazu zu bestimmen, eine Gewalttat zu verüben²⁴⁴, doch ist der Grund dafür im Falle des *mercennarius* in dem sozialen Abhängigkeits- und darin begründeten Machtverhältnis zwischen ihm und seinem Arbeitgeber zu sehen. Die *mercennarii* erleiden keine rechtliche, aber eine faktische Einbuße ihrer Freiheit. Mit dem Fehlen einer sanktionierten Gehorsampflicht entfällt nach dem oben Gesagten aber auch eine Entschuldigungsmöglichkeit des *mercennarius*.²⁴⁵ Eine Konstellation des menschlichen Werkzeugs ist hier nicht denkbar.

ff) Weitere Rechtsverhältnisse gleicher Wirkung

Entgegen des quellenmäßig gut belegten Befehlsnotstandes bei Sklaven und Soldaten ist die Rechtslage bei anderen, in einem Abhängigkeitsverhältnis stehenden Personengruppen unklar. An die Stelle der direkten Äußerung römischer Juristen muss die Suche nach durch ähnliche Kriterien definierten Rechtsbeziehungen treten.

(1) *Mancipium* – *tutor* – *curator*

Mancipium als die an manzipierten Hauskinder bestehende Gewalt hat in der Verbindlichkeit von Anordnungen ein der *potestas* vergleichbares Verhältnis be-

ZS 82 (1965), S. 67ff., 95 Anm. 147; MÖLLER, COSIMA: Die *mercennarii* in der römischen Arbeitswelt, in: ZS 110 (1993) S. 296ff.

²⁴² BÜRGE, ALFONS: Vertrag und personale Abhängigkeiten, in ZS 97 (1980) S. 105ff., 150ff.; ders: Der *mercennarius* und die Lohnarbeit; in: ZS 107 (1990) S. 80ff, der unter *mercennarius* stets den vermieteten Sklaven gemeint wissen will. Bei dieser Bedeutung ist ein dem des Herren des Sklaven entsprechendes *ius imperandi* des Mieters anzunehmen, dass aber an die personenrechtliche Stellung des Sklaven anknüpft. Die an dem Sklaven haftende Pflicht zum Gehorsam ist eine verkehrsübliche Eigenschaft der Mietsache. Der schuldrechtliche Mietvertrag begründet in diesem Fall kein *ius imperandi*, sondern berechtigt den Mieter zu dessen Ausübung.

²⁴³ D.43.16.1.18 – 20 (Ulpianus 69 ad ed.); 47.2.90 (Paulus 1 S. de poen. paganorum).

²⁴⁴ MÖLLER, COSIMA: Die *mercennarii* in der römischen Arbeitswelt, in: ZS 110 (1993) S. 296ff., 321.

²⁴⁵ NÖRR, DIETER: Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom, in: ZS 82 (1965), S. 67ff., 95 Anm. 147.

gründet. Es verschwindet aber bereits vor Justinian aus der Rechtspraxis und wird von ihm entsprechend aus den Quellen beseitigt.²⁴⁶

Auch der *tutor* (Vormund) und der *curator* (Pfleger) begründen in justinianischer Zeit kein Rechtsverhältnis, das im Hinblick auf eine sanktionierte Gehorsamspflicht von Bedeutung ist. Die *tutela* wird auf *impuberes* beschränkt²⁴⁷, die ohnehin *dolo incapax* sind und damit bei Begehung eines Delikts unter der Willensherrschaft eines Dritten nur als Werkzeug in Betracht kommen. Eine Gehorsamspflicht als eigenständiges Element der Begründung der Werkzeugeigenschaft tritt daneben zurück. Sie ist vor dem Hintergrund einer sich immer stärker ausprägenden Orientierung aller Rechte des *tutor* allein am Kindeswohl nur im Zusammenhang mit seiner Pflicht zur Erziehung denkbar. Der Rechtsschutz des Mündels gegenüber dem *tutor* wird ausgeweitet.²⁴⁸ Eine darüberhinausgehende und in ihrer Vollkommenheit der *patria potestas* entsprechende Gewalt über den *impuber* hat der *tutor* nicht. Ein die Pflicht zum sanktionierten absoluten Gehorsam begründendes Über- und Unterordnungsverhältnis besteht nicht.

Gleiches gilt im Ergebnis für den *curator furiosi*, dessen Pfleglinge zu der Begründung von Vorsatz unfähig sind. Einen Vorsatzausschluss im Falle des Handelns auf Geheiß anderer Formen des *curators* überhaupt anzunehmen verbietet sich wegen des Fehlens einer unbedingten Pflicht zum Gehorsam auf Seiten des Pflinglings.

Die *tutores* und *curatores* haben aber ein Recht, den Sklaven, die im Eigentum des Mündels oder des Pflinglings stehen, Befehle mit Anspruch auf Gehorsam zu erteilen.²⁴⁹ Die Rechtslage ist dieselbe wie beim Befehl des Herrn an den Sklaven.

(2) Die *coloni* im Ostrecht

Unter den *coloni* kommen insbesondere die *ascripticii* in Frage, die zu ihrem Verpächter in einem Über- Unterordnungsverhältnis mit einer Pflicht zum Gehorsam stehen, deren Verletzung für den *ascripticius* so ernstliche Folgen hatte, dass eine Befolgung für ihn praktisch zwingend war. Der Grund für diese Annahme fußt auf zwei Tatsachen. Zum einen hat der Verpächter gegenüber den Pächtern die *autopragia*, das Recht und die Pflicht der Steuereinnahme für den Staat. Der Verpächter trat den Pächtern bei der Steuererhebung ähnlich wie ein (nach moderner Dogmatik so zu bezeichnender) Beliehener anstelle staatlicher Institutionen gegenüber. Eine Delegation originär staatlicher Aufgaben im Angesicht zunehmenden Verfalls der staatlichen Verwaltung²⁵⁰ wäre ganz sinnlos gewesen, wenn der Ge-

²⁴⁶ KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, 2. Aufl. München 1975, S. 142.

²⁴⁷ KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, 2. Aufl. München 1975, S. 222.

²⁴⁸ KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, 2. Aufl. München 1975, S. 22.

²⁴⁹ D.50.17.157pr. (Ulpianus 71 ad ed.).

²⁵⁰ Vor der Übertragung waren die Gemeinden mit dieser Aufgabe betraut, was aber zu zahlreichem Missbrauch geführt hat, KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd.I,

setzgeber nicht eine Steigerung der Effizienz der Abgabenerhebung erwartet hätte. Zu diesem Zwecke musste der zur Steuererhebung Ermächtigte mit einer Befugnis ausgestattet sein, Steuerschuldner zur Leistung der Abgabe auch unter Zwang als Korrelat des Anspruchs auf Befolgung aller erteilten Anordnungen im Zusammenhang mit der Verwaltungsaufgabe zu veranlassen. Dem Inhalt nach wäre dann das *ius publicum* Grundlage der Gehorsampflicht, die sich freilich auf die Amtshandlungen des *patronus* oder *dominus* beschränkte. Doch ist die *autopragia* des *patronus* überhaupt und damit auch als mögliche öffentlich-rechtliche Quelle einer Verpflichtung zum Gehorsam in Frage gestellt worden.²⁵¹ Selbst eine nur cursorische Behandlung dieser Frage sprengte den Rahmen der Untersuchung und ist im Ergebnis auch nicht notwendig. Zwar mag der *patronus* als Beliehener eine erhebliche Einflussnahmemöglichkeit auf den *adscripticius* gehabt haben, doch bezog sie sich allein auf den Bereich des Verwaltungshandelns. Inwieweit in diesem Rahmen Anweisungen gegeben werden könnten, die zur Begehung einer rechtswidrigen Tat führten, ist ohnehin nicht ersichtlich.²⁵² Andererseits war die Stellung der *adscripticii* im Hinblick auf den Personenstand der der Sklaven nicht unähnlich. Der Verpächter durfte sie züchtigen und Einfluss auf Eheschließungen ausüben, er durfte sie nach erfolglosem Fluchtversuch *in condicionem servi*²⁵³ in Eisen geschlagen zurückbringen lassen. Auch war die Stellung als *adscripticius* durch die Geburt bedingt.²⁵⁴ Neuerdings wird die Stellung des *adscripticius* doch weit günstiger und freier als die der Sklaven gesehen.²⁵⁵ Damit stimmt überein, dass der *adscripticius* seinem Verpächter keineswegs vollkommen ausgeliefert war. Straftaten des *patronus* gegen ihn oder seine Familie durfte der *adscripticius* zur Anzeige bringen. Es war ihm möglich, den *patronus* im Falle einer Überlastung mit Aufgaben zu verklagen und ihm gegenüber insbesondere im Hinblick auf sein Recht an dem ihm zugewiesenen Grund und Boden Widerstand gegen Versuche der Vertreibung zu

Leipzig 1885, S. 918ff.; KÜBLER, BERNHARD: Geschichte des römischen Rechts, Leipzig Erlangen 1925, S. 350.

²⁵¹ SIRKS, BOUDEWIJN: Reconsidering the Roman Colonate, in: ZS 110 (1993) S. 331ff., S. 336ff.

²⁵² Man könnte bestenfalls an eine Inanspruchnahme eines *adscripticius* als „Verwaltungshelfer“ bei der Durchsetzung von durch den *patronus* überhöhten Zahlungsforderungen zur persönlichen Bereicherung denken, wodurch er dann einen Diebstahl und ein Reputandenverbrechen durch ein menschliches Werkzeug begangen hätte. Eine Entschuldigung wäre dann aber gar nicht möglich, weil das *furtum* zu den nicht entschuldbaren Verbrechen zählt. Es handelte es sich dann um eine Anstiftung. Im Ergebnis scheidet die *autopragia* als ein selbständiges eine Gehorsampflicht begründendes Element des justinianischen Rechtssystems aus.

²⁵³ KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd.I, Leipzig 1885, S. 918ff.

²⁵⁴ V. GELZER, MATTHIAS: Studien zur byzantinischen Verwaltung Ägyptens, Leipzig 1909, S. 69; KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd.I, Leipzig 1885, S. 918ff.; KÜBLER, BERNHARD: Geschichte des römischen Rechts, Leipzig Erlangen 1925, S. 348.

²⁵⁵ SIRKS, BOUDEWIJN: Reconsidering the Roman Colonate, in: ZS 110 (1993) S. 331ff., S. 332.

leisten. Diese im Vergleich zu Freien zwar geringen, aber doch vorhandenen und vor allem gerichtlich durchsetzbaren Rechte lassen an einer absoluten Gehorsamspflicht zweifeln.

d) Der Vorsatz des mittelbaren Täters

Der Befehl des Herren oder des Vorgesetzten an seinen Sklaven oder Untergebenen, eine rechtswidrige Tat zu begehen, indiziert die *dolus* auf Seiten des Herrn im Hinblick auf die von dem Gehorchenden zu begehende Tat. Einen darüber hinausgehenden bestimmten Vorsatz auf Seiten des Befehlenden fordert keine der Quellen.

5. Verletzung eines Herrn oder *pater familias* – *potestas*, mittelbare Beleidigung und Beleidigung in mittelbarer Täterschaft

Es stellt sich die Frage, ob im römischen Recht Fallgestaltungen erfasst werden konnten, in denen die Tat durch einen anderen begangen wurde, ohne dass es eines den Gehorsam des unmittelbar Handelnden bedingenden Über- und Unterordnungsverhältnisses bedurfte.

Einen Hinweis hierauf liefert die Injurie. Die Injurie war sowohl Verbrechen als auch im Privatstrafrecht zu verfolgendes Delikt, wobei der hier interessierende Ausschnitt der Injurie, die Ehrverletzung, im Wege des Privatprozesses verfolgt werden konnte.²⁵⁶ Zur Regel ist unter Justinian in vielen Fallkonstellationen das öffentliche Strafverfahren geworden.²⁵⁷

Es war möglich, eine Person zu injurieren, ohne dass die Beleidigung dem Beleidigten selbst gegenüber geäußert werden musste:

D.47.10.1.3 (Ulpianus 56 ad ed.) *Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint.*

Jemandem geschieht ferner eine Injurie entweder durch sich selbst oder durch andere Personen. Durch sich selbst, wenn die Injurie dem Hausvater oder der Hausmutter unmittelbar zugefügt wird; durch andere, wenn sie durch die Folgen geschieht, wenn sie meinen Kindern zugefügt wird oder meinen Sklaven oder meiner Frau oder meiner Schwiegermutter; denn diese Injurie, die

²⁵⁶ Inst. 4.4.10; D.47.10.45 (Hermogenianus 5. epitome).

²⁵⁷ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 806ff.; ROBINSON, OLIVIA F.: The Criminal Law of Ancient Rome, Baltimore 1995, S. 49.

denen widerfährt, die in unserer Gewalt stehen oder zu denen wir eine besondere Zuneigung haben, widerfährt uns.²⁵⁸

Das Gewaltverhältnis oder die besondere Zuneigung zu der Ehefrau oder der Verlobten ermöglichen eine Beleidigung dann, wenn dem in der Gewalt eines anderen Stehenden selbst eine Injurie zugefügt wird in der Absicht, den Gewaltinhaber zu schädigen. Doch ist bei diesem Fall keine eigene Handlung des *filius familia* oder eines anderen in einem Gewaltverhältnis Stehenden genannt. Sie sind hier bloße Objekte der Injurie. Es reichen die *potestas* oder ein besonderes Näheverhältnis aus, um die Injurie auf den *pater familias*, den Herrn oder sonstigen Gewaltinhaber überzuleiten.

Von einer Beteiligung mehrerer an einer strafbaren Handlung in der Form, dass die Tat durch einen anderen begangen wird, kann keine Rede sein. Die Tat wird nicht durch einen Handelnden gemittelt, sondern durch den Erduldenden. Es liegt ein Fall mittelbarer Beleidigung vor.

a) Die Mittelung der Beleidigung durch einen Handelnden

Eine andere Konstellation der Beleidigung des *pater familias* findet sich in D.47.10.26:

D.47.10.26 (Paulus 19 ad ed.): *Si quis servum meum vel filium²⁵⁹ ludibrio habeat licet consentientem, tamen ego iniuriam videor accipere: veluti si in popinam duxerit illum, si alea luserit. sed hoc utcumque tunc locum habere potest, quotiens ille qui sudet animum iniuriae faciendae habet. atquin potest malum consilium dare et qui dominum ignoret: et ideo incipit servi corrupti actio necessaria esse.*

Wenn irgendetwas mit meinem Sklaven oder Sohn sein Spiel treibt, ungeachtet, ob er einverstanden ist, so scheine ich dennoch eine Persönlichkeitsverletzung zu erleiden: so zum Beispiel, wenn er jenen in eine Schänke geführt, oder wenn er gewürfelt hat. Aber dieses kann nur dann der Fall sein, wenn jener, der überredet, die Absicht der Unrechtszufügung hat. Gleichwohl aber kann er schlechten Rat erteilen und den Herrn nicht kennen: Und deswegen wird die Klage wegen des moralisch verschlechterten (oder verführten) Sklaven notwendig.

²⁵⁸ Ebenso: D.10.15.24 (Ulpianus 77 ad ed.)

²⁵⁹ „*filius*“ ist als Interpolation verdächtigt worden. RABER, FRITZ: Grundlagen klassischer Injurienansprüche, Wien Köln Graz 1969, S. 142f.; für eine Interpolation des „*filius*“ WITTMANN, ROLAND: Die Entwicklungslinien der Injurienklage, in: ZS 91 (1974), S. 285ff., 356ff. Der Interpolationsverdacht erscheint nicht als zwingend. Dass Paulus die *actio servi corrupti* auch auf den *filius* bezogen hat, ergibt sich nicht mit letzter Sicherheit aus D.11.3.14.1 (Paulus 19 ed.).

Der geschäftsfähige²⁶⁰ Sohn oder der Sklave wird zum Gespött gemacht, wodurch der *pater familias* eine Einbuße seines Ansehens erleidet. Was sich Paulus hier unter Spott-Treiben vorstellt, wird durch zwei Beispiele illustriert, die dem Sklaven oder dem Sohn - anders als in D.47.10.1.3 (Ulpianus 56 ad ed.) – eine aktive Rolle zuweisen.

Denn sie werden zwar *verführt*, in die Schänke zu gehen, aber nicht in die Schänke entführt. Gleiches gilt für die aktive Teilnahme am Würfelspiel. Sie werden nicht gezwungen, sondern überredet. Im Ergebnis werden sie nicht verächtlich gemacht, sondern handeln selbst in verächtlicher Weise.

Paulus referiert, der Vater oder der Herr werde auch dann verletzt, wenn der Sohn oder der Sklave zugestimmt haben. Er kann eine Injurienklage gegen denjenigen erheben, der einen Angehörigen seines Familienverbandes zum Besuch einer Schänke zweifelhaften Rufs – etwa, weil es sich um ein Bordell²⁶¹ handelte – oder zum Würfelspiel als gering zu achtendem Glücksspiel²⁶² verleitet und damit die Ehrenbuße mittelbar verursacht hat.

Paulus stellt somit implizit zwei Fallgestaltungen vor. Wer einen Sohn oder Sklaven verführt, eine Schänke zu besuchen oder an einem Würfelspiel teilzunehmen, begeht gegenüber dem Inhaber der *potestas* eine Injurie, gleich ob der Sohn oder der Sklave nicht zugestimmt haben oder ihre Zustimmung vorliegt.

aa) Die erste Fallvariante: Fehlende Zustimmung und vorsatzloses Handeln

Zunächst interessiert die Variante des von Paulus geschilderten Falles, in der es an einer Zustimmung des Sohnes oder des Sklaven mangelt. Beide werden überredet, in die Schänke zu gehen. Sie handeln, von dem anderen zu ihrem Tun verleitet, ohne einen nachweisbaren Vorsatz im Hinblick auf die ihrem Herrn oder Vater gegenüber verwirklichte Injurie.²⁶³

²⁶⁰ D.50.17.110.2 (Paulus 6 ad ed.): Pupillus pati posse non intellegitur.

²⁶¹ ROBINSON vermutet, dass auch das Essen in der Öffentlichkeit zumindest zeitweise ehrenrührig gewesen ist. Somit kann es sich auch um Garküchen handeln, deren Betreten bereits zu einer Ehrenbuße führt. Das mag sein, ist aber für den betrachteten Zeitraum gleich, da im späten Kaiserreich eine Anerkennung öffentlicher Restaurants erfolgt war, ROBINSON, OLIVIA, F.: *Ancient Rome: city planning and administration*, London, New York 1992, S. 135ff. m.w.N.

²⁶² Dazu KURYLOWICZ, MAREK: *Paul. 47.10.26 und die Tatbestände der römischen „iniuria“*, in: *Labeo* 23 (1987), S. 298ff., 304f.

²⁶³ In diesem Fall handelt es sich um entehrendes Verhalten, dass direkt gegen die dem Herren untergeordnete Person gerichtet ist. Im Fall des Sohnes hat der Vater die Klage im eigenen Namen und im Namen des Sohnes, Gai. 2, 221; D.47.10.1.3 (Ulpianus 56 ad ed.), D.47.10.1.9 (Ulpianus 56 ad ed.), D.47.10.41 (Neratius 5 membr.), WITTMANN, ROLAND: *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, in: *ZS* 91 (1974), S. 285ff., 340. Für den Fall des Sklaven, der eine Injurie „erleidet“, ohne dass sie auf seinen Herren gezielt ist, bleibt die Klage aus dem Edikt *de iniuriis, quae servis fiunt*, D.47.10.15.35 (Ulpianus 77

Die Gegensatzbildung mit der Variante *licet consentientem*, die sich unmittelbar an das *ludibrio habeat* anschließt, weist auf ein solches vorsatzloses Verhalten bezüglich des Sich-lächerlich-Machens hin. Zwar werden Sklave und Sohn wissen, dass sie sich in eine Schänke begeben oder das Würfelspiel aufnehmen. Doch weder Sklave noch Sohn denken an die Folge ihres Tuns für ihr und das Ansehen des *pater familias*. Im Falle der *consentientia* ist ihnen hingegen die Folge zumindest für sich selbst bewusst, da sie ihre Herabwürdigung in Kauf nehmen. Somit begeben sie sich in der ersten Variante in die Schänke oder würfeln, ohne um die Folgen für sich oder ihren Familienvorstand zu wissen. Entscheidend ist aber etwas anderes.

Jedenfalls in der späten Klassik ist anerkannt, dass der Sohn gegen den Vater eine Injurie begehen kann.²⁶⁴ Gleichwohl behandelt Paulus allein die Frage nach der Klage gegen den Verführer. Es darf deshalb der Schluss gezogen werden, dass allein der Verführer sämtliche Voraussetzungen einer Injurie gegen den *pater familias* erfüllt hat, die jedenfalls *dolus* erforderte.

In diesem Fall ist eine Injurie gegen den, in dessen Gewalt der Verführte steht, begangen worden. Von der Tatbestands- wie der Rechtsfolgenseite her betrachtet findet sich nach moderner Dogmatik die Konstellation der Tatbegehung durch ein menschliches (vorsatzloses) Werkzeug.

Aber im römischen Strafrecht ist der Grund für die Strafe des Verführers ein anderer. Obgleich hier ein Gewaltbefohler handelt und unmittelbar kausal für die Ansehenseinbuße des Herrn ist, wird die Tat gegen den Herrn nicht als durch ihn vermittelt eines menschlichen Werkzeugs gegenüber dem Herrn begangen aufgefasst, sondern die Tat ist gegenüber dem Gewaltbefohlenen begangen, von dem sie aufgrund des Pietätverhältnisses auf den Herrn übergeleitet wird.

Diese Anschauung muss für diesen Fall unterstellt werden, weil Paulus gerade die Zustimmung des Gewaltunterworfenen in den Vordergrund seiner Betrachtung rückt.²⁶⁵ Diese Zustimmung fehlt in der ersten Variante des Sachverhalts und lässt

ad ed.), so dass trotz der oftmals angenommenen fehlenden Beleidigungsfähigkeit des Sklaven eine *actio ex nomine servo* des Herren möglich ist.

²⁶⁴ Es handelt sich in diesem Fall um eine *iniuria atrox*, D.47.10.7.8 (Ulpianus 57 ad ed.): *Atroce[m] autem iniuriam aut persona aut tempore aut re ipsa fieri labeo ait. persona atrocior iniuria fit, ut cum magistratui, cum parenti patrono fiat...*

Sie war im Wege des öffentlichen Strafverfahrens zu verfolgen. Gleiches gilt für den Sklaven, dessen Stellung die Injurie wohl ebenfalls zu einer *iniuria atrox* macht, Dig 47.10.17.3 (Ulpianus 57 ad ed.) für die Injurie gegenüber dem Freien; MOMMSEN, THEODOR: Römische Strafrecht, Leipzig 1899, S. 82f., 789.

²⁶⁵ Die Frage nach dem Objekt der Injurie ist umstritten, wenn die Konstellation den Herren, seinen Sklaven und den Schädiger umfasst, der die injurierende Handlung gegen den Sklaven richtet. Für eine Übersicht über den Meinungsstand HAGEMANN, MATTHIAS: *Iniuria*, Diss., Köln Weimar Wien 1998, S. 84ff. Während die eine Seite die Verletzteneigenschaft des Sklaven kategorisch ablehnt, ist es nach der entgegengesetzten Auffassung möglich, den Sklaven selbst zu injurieren, wengleich nur der Herr im Namen des Sklaven Klage erheben kann.

den Schluss zu, dass Paulus den Gewaltunterworfenen sicher als ebenfalls selbst beleidigt angesehen hat.²⁶⁶ Eine Konstellation der mittelbaren Täterschaft stellt dies ebenfalls nicht dar. Es handelt sich ebenfalls um eine mittelbare Beleidigung.

bb) Die zweite Fallvariante: Einwilligung des Sohns

In der zweiten Variante des Falls stimmt der Sohn oder der Sklave zu. Es geht um eine Zustimmung – aus Übermut oder um des Vergnügens willen – in das *Spiel* des Schädigers.

Die Zustimmung bezieht sich auf die Handlung, die das Spiel treiben begründet wie auch die negative Intention des Verführers gegenüber dem Verführten. Wäre das Letztere nicht Gegenstand der Zustimmung, so hätte hier eine Einschränkung erfolgen müssen. Der *servus* oder der *filius* weiß, dass er zum Gespött gemacht wird. Er willigt in die ihm gegenüber begangene Injurie ein. Weder dem Sohn noch dem Sklaven geschieht ein Unrecht, *quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat*.²⁶⁷

Hinsichtlich der Frage, welchen *animus* der Sklave oder der Sohn in Bezug auf die Injurie hat, bleibt wiederum nur der bereits oben gezogene Schluss: Er mag zwar wissen, was er tut, aber auch hier fehlt ihm der Vorsatz hinsichtlich der Schädigung des *pater* oder des *dominus*, denn es fehlt jedenfalls in Bezug auf den Sohn an einem Hinweis auf eine Klage. Ohne den *animus iniuriae faciendae* ist aber auch der Einwilligende nur ein menschliches Werkzeug in den Händen des Hintermannes, der den Gewaltinhaber zu schädigen sucht.

Bislang von den Vertretern beider Ansichten nicht ins Feld geführt wird die Einwilligung des Sklaven in dem hier besprochenen Paulusfragment. Bemerkenswert ist, dass der Sklave hier in etwas einwilligt, was er nach der Ansicht, die ihm die Verletzteneigenschaft abspricht, ohnehin nicht erleiden kann. In eine Injurie gegenüber seinem Herrn könnte er mangels Verfügungsgewalt nicht einwilligen. Weiterhin fällt auf, dass diese Zustimmung nach Paulus Ansicht, der diesen Fall sonst nicht besprochen hätte, auch noch Einfluss auf die rechtliche Bewertung des Falls hat.

Diese Zustimmung wäre ohne jede Bedeutung, wenn der Sklave tatsächlich nicht verletzt werden könnte. Offenbar kann er aber verletzt werden, da nach Paulus Ansicht die Einwilligung des Sklaven ein ergänzendes Merkmal der *dolus* erfordert, nämlich das Wissen um die Identität des Herren oder des Vaters, um den Herrn als verletzt ansehen zu können. Es offenbart sich eine rechtliche Konstruktion, die die Verletzung des Gewaltunterworfenen als Voraussetzung für eine Verletzung des *pater familias* ansieht.

Ohne hier ein abschließendes Ergebnis äußern zu wollen ist es somit nicht unwahrscheinlich, dass diese Frage von den römischen Juristen nicht einheitlich beantwortet wurde und dass der Spätklassiker Paulus dazu neigte, den Sklaven selbst auch bei einer Beleidigung als verletzt anzusehen.

Für die vorliegende Untersuchung ist der Streit insoweit unerheblich, als hier das aktive Tun des Sklaven oder des Sohns im Vordergrund steht, das erst zur Beleidigung des Herrn führt.

²⁶⁶ KURYLOWICZ, MAREK: Paul. 47.10.26 und die Tatbestände der römischen „iniuria“, in: Labeo 23 (1987), S. 298ff., 300f.

²⁶⁷ D.47.10.1.5 (Ulpianus 56 ad ed.).

cc) Zwischenergebnis

Die Besonderheit des ersten Falls liegt nicht darin, dass ein *pater* oder ein *dominus* durch eine Injurie gegen einen in seiner *potestas* stehenden Menschen geschädigt wird. Das ist auch ohne eine Handlung des Sohnes oder Sklaven möglich. Doch in der Paulusstelle ist die Handlung des Verführten notwendig für die Begründung der privatstrafrechtlichen Verantwortlichkeit des Dritten. Gingen Sohn oder Sklave nicht in die Schenke oder frönten sie nicht dem Glücksspiel, so wäre schon der objektive Tatbestand der Injurie nicht verwirklicht. Darin liegt die besondere Bedeutung dieser Stelle, die nach heutigem Verständnis die objektive Seite des Einsatzes eines menschlichen Werkzeuges rechtlich erfasst.

Allerdings erweist sich bei genauerer Betrachtung allein die zweite Variante als direkt gegenüber dem Herrn oder Vater begangene Injurie. Allein hier fehlt die die Beleidigung gegen den Herrn oder Vater mittelnde Beleidigung auch des Gewaltunterworfenen. Der Gewaltunterworfene selbst hat hier in seine Ehrverletzung eingewilligt und ist nicht verletzt. Als einziger Injurierter bleibt der Vater oder der Herr, der die Beleidigung durch das aktive Handeln seines gewaltunterworfenen Sohns oder Sklaven erleidet.

b) Der Vorsatz des Hintermanns

Der Inhalt des *animus iniuriae faciendae* erschließt sich aus D.47.10.3.1 und dem *atquin potest malum consilium dare et qui dominum ignoret*. Der subjektive Tatbestand setzt danach zweierlei voraus. Erstens muss der Täter wissen und wollen, dass er dem Herrn oder Vater eine Ehrverletzung zufügt. Er muss *ex affectu facientis* handeln.

Das zweite Element des Vorsatzes besteht darin, dass er den Herrn oder Vater kannte und so genau wissen musste, wen er schädigen wollte. Irgendeinen Vater beleidigen zu wollen, reichte im Falle der Zustimmung nicht aus.²⁶⁸ Der Verleitende muss also um die Folgen des Schänkenbesuchs wie des Würfelspiels wissen und den Schaden für den ihm bekannten *pater familias* des Sohnes oder den Herren des Sklaven wollen.²⁶⁹

²⁶⁸ In diesem Fall galt *et ideo incipit servi corrupti actio necessaria esse*. Der verletzte Vater oder Herr konnte die *actio servi corrupti* erheben, die eine individualisierte Kenntnis des Verletzten nicht erforderte, da sie ja nur auf die moralische Verschlechterung des Sklaven abstellte.

²⁶⁹ HAGEMANN, MATTHIAS: *Iniuria*, Diss., Köln Weimar Wien 1998, S. 90; KURYLOWICZ, MAREK: Paul. 47.10.26 und die Tatbestände der römischen „iniuria“, in: *Labeo* 23 (1987), S. 298ff., 301 f; MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 798f. WITTMANN, ROLAND: Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage, in: *ZS* 91 (1974), S. 285ff., 354ff., einschränkend; RABER, FRITZ: *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien Köln Graz 1969, S. 140.

c) Zusammenfassung

Paulus Ansicht zum Vorsatz offenbart eine Unterscheidung zwischen der nach heutiger Dogmatik so genannten mittelbaren Beleidigung und der Beleidigung in mittelbarer Täterschaft. Während für die mittelbare Beleidigung der Wille, einen Herrn oder Vater zu beleidigen, ausreicht, sieht Paulus im Falle der Beleidigung in mittelbarer Täterschaft die Notwendigkeit, die Tat über das Werkzeug direkt an das Opfer heranzutragen.

Dies geschieht dadurch, dass der Täter um die Identität des eigentlichen Opfers wissen muss. Ist das nicht der Fall, so hat der Vater oder der Herr im Falle der Zustimmung keine Rechtsschutzmöglichkeit. Es fehlt überhaupt an einer Injurie, die durch den Sklaven oder den Sohn kraft des Pietätverhältnisses gemittelt werden kann. Zugleich kann die Injurie nicht als gegen den Herrn oder den Vater gerichtet angesehen werden, da es dem Täter an dem dafür erforderlichen Vorsatz fehlt.

6. Handeln durch einen anderen – der *dolo incapax*

Es nicht fernliegend zu vermuten, dass auch der *furiosus* und der *impuber* als menschliche Werkzeuge in Betracht kamen.²⁷⁰ Beiden gemein ist, dass sie den für eine Bestrafung notwendigen Vorsatz nicht bilden können (*dolo incapax*). Sollten sie zu einem strafrechtlich relevanten Tun von einem Hintermann verleitet worden sein, wäre ihre Bestrafung ausgeschlossen. Als zu bestrafender Täter bliebe der Verleitende.²⁷¹ Allerdings fehlt es an Quellen, die die Verantwortung des einen *furiosus* zu einer Straftat Verleitenden explizit erwähnen. Das Gleiche gilt für den *impuber*.

Es scheint in Anbetracht dieser Quellenlage wahrscheinlich, dass solche Fälle mittelbarer Verursachung des schädigenden Erfolgs durch einen *furiosus* oder einen nicht in der eigenen *potestas* stehenden *impuber* von den „unbenannten Teilnahmekonstellationen“ erfasst wurden, siehe dazu unter 11.

7. Handeln durch einen anderen – der vorsatzlos handelnde *puber*

a) Der Irrende

Einen Sachverhalt des vorsatzlos Handelnden referiert Ulpian:

D.47.2.52.22 (Ulpianus 37 ad ed.): *Maiora quis pondera tibi commodavit, cum emeris ad pondus: furti eum venditori teneri*

²⁷⁰ PERNICE, ALFRED: Zu der Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte, Weimar 1867, S. 152; das gilt auch für den Diebstahl: Inst. 4.18.6.

²⁷¹ Daneben im Falle des *impuber* der Inhaber der *patria potestas* (oder der *mancipium*-Gewalt, die aber für die betrachtete Periode nicht relevant ist) im Wege der Noxalhaftung.

*mela scribit: te quoque, si scisti: non enim ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere.*²⁷²

Hat dir jemand schwerere Gewichte geliehen, so schreibt Mela, dass dieser dem Verkäufer wegen Diebstahls hafte, wenn du nach diesen Gewichten kaufst; auch du haftest, wenn du es gewusst hast: denn du empfängst nicht mit dem Willen des Verkäufers, wenn er über das Gewicht irrt.

Hier hat jemand einem Verkäufer zu schwere Gewichte geliehen. Diese Gewichte werden zum Abwiegen der Ware verwendet und infolgedessen übereignet der Verkäufer mehr von der Ware an den Käufer, als diesem zusteht. Fabius Mela, ein Zeitgenosse Labeos²⁷³, sagt, dass derjenige, der die Gewichte dem Verkäufer gegeben hat, des Diebstahls²⁷⁴ schuldig ist.²⁷⁵ Wusste der Käufer von den zu schweren Gewichten, so soll er ebenfalls ein *fur* sein.

Damit rechnen Ulpian und der von ihm zitierte Mela den Diebstahl allein dem Verleiher zu, wenn der Käufer nichts von dem zu hohen Gewicht wusste. Diese Auffassung wird noch durch D.47.2.91.1 (Iavolenus 9 ex post. Lab.) gestützt, nach der niemand an einem Diebstahl auch nur teilnehmen kann, wenn er nicht den notwendigen Vorsatz gehabt hat.

Der Verweis Ulpians auf Mela, der über eine früher Phase der Entwicklung des *furtum* berichtet, und die Übernahme seiner Ansicht zeigen, dass auch nach allgemeiner Anerkennung der *contrectatio* als Voraussetzung des Diebstahls der Gewichteverleiher ein Dieb war, obwohl in seiner Person eine *contrectatio* nicht gegeben war. Ulpian würdigt somit das Fehlen des Vorsatzes beim Verkäufer und die Kenntnis des Verleihers in Übereinstimmung moderner Vorstellungen vom mittelbaren Täter.

b) Handeln durch einen anderen – das erzwungene Handeln (Nötigungsnotstand)

Die Wirkung des Notstandes, sei er durch Naturereignisse oder durch die Einwirkung Dritter entstanden, ist oben dargestellt worden: Der Täter wird als ohne Vorsatz handelnd angesehen.

Wie der Täter zu behandeln ist, der von einem Dritten zu seiner Tat gezwungen worden ist, berichtet Ulpian für den Fall der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Vormunds:

²⁷² Zum Interpolationsverdacht hinsichtlich dieser Stelle: HAYMANN, F.: Vom Überlassen falscher Maße und Gewichte in den Digesten, in: ZS 40 (1919) S. 351ff., 352f.

²⁷³ WENGER, LEOPOLD: Die Quellen des römischen Rechts, Wien 1953, S. 498, 504.

²⁷⁴ Die Konzeption des *furtum* wird später dargestellt werden.

²⁷⁵ BUCKLAND, W. W.: *Contrectatio*, in: 47 L.Q.R. (1941) S. 467ff., 468.

D.27.6.7.1 (Ulpianus 12 ad ed.): *Non semper tutor convenitur nec sufficit, si sciens auctor fuit, verum ita demum, si dolo malo auctor fuit. quid si compulsus aut metu, ne compelleretur, auctoritatem accommodaverit, nonne debet esse excusatus?*

Nicht immer wird der Vormund belangt und es genügt nicht, wenn er wissentlich der Urheber gewesen ist, sondern nur dann, wenn er in böser Absicht der Urheber gewesen ist. Muss nicht entschuldigt werden, wer, wenn er genötigt oder in der Furcht, dass er genötigt werde, seine Ermächtigung erteilt haben sollte?

Die rhetorische Frage Ulpians zeigt, dass der Täter ohne *dolus* gehandelt hat, wenn er durch körperlichen Zwang oder Furcht zu seinem Verhalten genötigt worden ist. Die Rechtsfolge entspricht somit der, die für einen auf Befehl des Herren handelnden Sklaven festgestellt worden ist.

8. Zusammenfassung zur Täterschaft

Das römische Strafrecht Justinians erfasste den unmittelbaren Täter und Mittäter, die entweder in der Weise zusammenwirkten, dass jeder der Täter selbst den vollen Tatbestand verwirklichte oder dass sie im Wege arbeitsteiligen Handelns eine Tat verwirklichten. Dabei wurde in letzter Konstellation eine wechselseitige Zurechnung zumindest in den Fällen vorgenommen, bei denen die Mittäter alle an der Ausführungshandlung beteiligt waren, ohne dass sie allein diese Handlung hätten ausführen können. Die wechselseitige Zurechnung folgte allein praktischen Erfordernissen und wurde als eigentlich unlogische Lösung angesehen. Dennoch sind die Grundsätze vorhanden, die das moderne deutsche Recht für die Mittäterschaft prägen.

Auch finden sich Hinweise auf eine Behandlung von Konstellationen, die heute als mittelbare Täterschaft angesprochen werden. Das Tatwerkzeug ist in den ausdrücklich genannten Fällen nicht zu bestrafen, weil es sich in einem Befehlsnotstand befindet oder weil es irrt. In beiden Fällen wird das Werkzeug angesehen, als habe es ohne den erforderlichen Vorsatz gehandelt. Der hinter dem Werkzeug Stehende wird in diesen Fällen allein bestraft oder – im Falle des Privatstrafrechts – er allein kann von dem Verletzten auf den Strafschadensersatz in Anspruch genommen werden. Dabei erforderte die Berufung auf einen Befehlsnotstand, dass die begangene Tat nicht zu den Verbrechen zählte. Der Befehlsempfänger konnte der Verantwortlichkeit nur für eine weniger schwere Tat aufgrund eines Befehls entkommen.

Die Beschränkung auf diese Fallgruppen bedeutet nicht, dass es keine anderen Fälle der mittelbaren Täterschaft gab, die entsprechend der heutigen Regelungen behandelt worden sind. Dies ist oben am Beispiel des *impuber* gezeigt worden.

9. Die Formel *ope consilio* und die Behandlung der Teilnahme am *furtum*

Bislang ist dargestellt worden, wie die Römer diejenigen Fälle rechtlich gewürdigt haben, in denen mehrere in der Weise an einer Straftat beteiligt waren, dass sie eigenhändig, wenn auch gemeinsam mit anderen, einen rechtswidrigen Erfolg herbeigeführt haben. Danach wurde untersucht, wie sich die *patria* und die *dominia potestas* sowie das *imperium* auf die Strafbarkeit der Beteiligten an einer Tat ausgewirkt haben, die in einem Über- und Unterordnungsverhältnis standen. Schon bei der Behandlung dieses letzten Themenkreises ist dabei von Fällen gesprochen worden, in denen zumindest einer der Beteiligten für den rechtlich missbilligten Erfolg nicht unmittelbar kausal gewesen ist. Es war ein Teilergebnis der Untersuchung, dass selbst dieser den Erfolg nicht unmittelbar verursachende Beteiligte in einigen Konstellationen allein zu bestrafen war, in anderen, durch die besondere Schwere der verwirklichten Tat bestimmten Fällen, jedoch sowohl der Befehlende wie der Gehorchende verurteilt werden konnten.

Im Folgenden soll nun die Aufmerksamkeit auf Fallgestaltungen gerichtet werden, die zunächst allgemein als eine Beteiligung mehrerer an einer Straftat beschrieben werden können.

Der Ausgangspunkt der Betrachtung soll dabei die Formel *ope consilio* (mit Tat und Rat) sein. Ihr Inhalt sowie ihr Anwendungsbereich sollen geklärt werden. Danach werden weitere, von den römischen Juristen verwendete Begriffe zur Beschreibung einer mittelbaren Erfolgsverursachung auf ihren Inhalt hin überprüft werden.

a) Inhalt der Formel *ope consilio*

Die hauptsächlich im Zusammenhang mit dem *furtum* in den Quellen genannte Formel *ope consilio* vermittelt ein prinzipielles Verständnis der römisch-rechtlichen Teilnahmeregelungen.²⁷⁶ Diese Formel hat während ihrer vielhundertjährigen Geschichte einen erheblichen Bedeutungswandel durchlaufen. Daher wird dort, wo dies zum Verständnis des Inhalts dieser Formel in justinianischer Zeit notwendig ist, ein Blick auf ihre Entwicklungsgeschichte geworfen werden. Zugleich wird der *furtum*-Tatbestand und damit D.47.2. näher zu betrachten sein. Locus classicus für die Abgrenzung zwischen den Teilnahmeformen und für den Inhalt des *ope consilio* ist:

Inst. 4.1.11(=Gai. III, 202): *Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit: qualis est cuius ope et consilio furtum factum est. in quo numero est qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut obstitit tibi, ut alius rem tuam surriperet, vel oves aut boves tuas fugaverit, ut alius eas exciperet: et hoc veteres scrip-*

²⁷⁶ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 101; LONGO, GIANETTO: La complicità nel diritto penale romano, in: BIDR 61 (1958), S. 103ff., 106; ROBINSON, OLIVIA F.: The Criminal Law of Ancient Rome, Baltimore 1995, S. 19.

serunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. sed si quid eorum per lasciviam, et non data opera ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. at ubi ope Maevii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. ope consilio eius quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effringendum aut scalas, ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cuius gratia commodaverit.

Manchmal ist für einen Diebstahl verantwortlich, wer den Diebstahl nicht selbst begangen hat, wie der, durch dessen Tat oder Rat der Diebstahl begangen worden ist: Dazu zählt, wer dir die Münzen aus der Hand schlägt, damit sie ein anderer schnell an sich nimmt, oder wer sich dir in den Weg stellt, damit ein anderer deine Sachen wegnimmt, oder wer deine Schafe oder Rinder hetzt, damit sie ein anderer einfängt. Das schrieben die alten Juristen auch von demjenigen, der Großvieh mit einem roten Tuch aufgehetzt hat. Ist aber so etwas aus Übermut geschehen und nicht absichtlich, um einen Diebstahl zu ermöglichen, so soll eine besondere, auf den Sachverhalt abgestellte Klage gegeben werden. Hat dagegen Titius mit Hilfe des Maevius gestohlen, haf- ten beide wegen Diebstahls. Mit Rat und Tat wird, wie man annimmt, ein Diebstahl auch von dem begangen, der etwa Leitern an Fenster legt oder die Fenster oder die Haustür aufbricht, damit ein anderer den Diebstahl begeht. Oder wer eisernes Werkzeug zum Aufbrechen oder Leitern zum Anlegen an Fenster verleiht, wohl wissend, weswegen er diese Sachen verleiht.

Für Gaius war die begriffliche Trennung zwischen dem, der die Tat „selbst“ verwirklicht hat, und dem, durch dessen „Tat oder Rat“ die Handlung begangen worden war, selbstverständlich.²⁷⁷ Jeder, der nicht „selbst“ den Diebstahl beging, konnte dennoch wegen der Verwirklichung des Diebstahls *ope consilio* bestraft werden. Zugleich entwickelt Gaius eine Kasuistik zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Handelnde den *furtum ope consiliove* oder *ipse* verwirklicht hat. So ist der ein Dieb *ope consilio*, der einem anderen Münzen aus der Hand schlägt, damit ein Dritter sie an sich nehmen kann; ebenso der, der Vieh von der Weide treibt, das ein Dritter daraufhin in seine Gewalt bringt.

Freilich ist mit diesen Erkenntnissen noch nicht viel gewonnen. Es soll sich dem Inhalt der Formel *ope consilio* und damit den Voraussetzungen der Teilnahme- strafbarkeit im Bereich des *furtum* von zwei Seiten genährt werden. Erst wenn die Handlung dessen, der *ipse* einen Diebstahl begeht, klar umrissen ist, kann im Wege

²⁷⁷ Ebenso D.13.1.6 (Ulpianus 38 ad ed.); D.47.2.34 (Paulus 9 ad sab.); CJ.3.41.5; Gai.3, 202.

einer Negativselektion ermittelt werden, was aufgrund der Art und des Umfangs des Beitrages zum Erfolg der Handlung nicht mehr als *furtum ope consilio* anzusehen ist. Dann muss ermittelt werden, welche Voraussetzungen mindestens vorliegen müssen, um eines Diebstahls *ope consilio* schuldig zu sein.

b) Die Vortat - Voraussetzungen des *furtum faciens (quod ipse facitur)*

Es bedarf zur Begründung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beteiligten einer Vortat des Täters:

D.47.2.52.19 (Ulpianus 37 ad ed.): *Neque verbo neque scriptura quis furtum facit: hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatio ne non fiat. quare et opem ferre vel consilium dare tunc nocet, cum secuta contrectatio est.*

Weder durch Wort noch durch Schrift begeht jemand einen Diebstahl: Denn wir machen uns das Recht zunutze, dass ein Diebstahl ohne widerrechtliche Antastung nicht geschieht. Deshalb schadet es auch nur dann, Hilfe zu leisten oder Rat zu geben, wenn eine widerrechtliche Antastung wirklich erfolgt.

Dabei ist es gleich, ob die Haupttat vor oder nach der Handlung des Beteiligten verwirklicht wird.²⁷⁸

aa) Überblick über die Entwicklung des *furtum*²⁷⁹

Furtum war nach den Zwölftafeln ein Tatbestand, der ein Wegtragen der Sache, eine räumliche Veränderung voraussetzte. Der Tatbestand wurde im Lauf seiner weiteren Entwicklung ausgeweitet. Dieser Vorgang muss vor dem Hintergrund des zunächst eng begrenzten Anwendungsbereichs der *lex Aquilia* gesehen werden. Die Rechtsgutverletzungen, die nicht von der *lex Aquilia* erfasst werden konnten, wurden aufgrund einer weiten Auslegung des *furtum* in den Anwendungsbereich dieses Delikts einbezogen. So erfasste *furtum* zeitweise nahezu jede Form der Unehrlichkeit mit zumindest zeitweiliger Vermögenseinbuße.²⁸⁰

²⁷⁸ D.47.2.36pr. (Ulpianus 41 ad. sab.).

²⁷⁹ Die Übersicht basiert auf der Ansicht der ganz h.M.: JOLOWICZ, H.F.: Digest XLVII. 2 De furtis, Cambridge 1940, xxiiff.; KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, S. 614 f; STEIN, PETER: School Attitudes in the Law of Delicts, in: Studi in onore di Arnaldo Biscardi, Bd.II, Mailand 1982, S. 281ff., 283ff.; ZIMMERMANN, REINHARD: The Law of Obligations, Cape Town Wetton Johannesburg 1990, S. 925f. Abweichend BIRKS, PETER: A Note on the Development of *Furtum*, in: The Irish Jurist 8 (1973), S. 349ff., 350ff.; HUVELIN, P.: Etudes sur le furtum dans le Très Ancien Droit Romain, Bd.1, Lyon 1915, S. 270ff.; 704ff.

²⁸⁰ Insbesondere waren auch Betrugskonstellationen erfasst, D.13.7.36pr. (Ulpianus lib. 9 ad ed.), D.47.2.67.4 (Paulus lib. 7 ad Plaut.), D.47.2.43pr. – 1 (Ulpianus lib. 41 ad Sab. lib., D.47.2.81.6. (Papinian lib. 7 ad Quaest.).

Mit der fortschreitenden Entwicklung des römischen Rechts, nämlich der Gewähr von *actiones in factum* und der Vermehrung der Deliktstatbestände, ist der Anwendungsbereich des *furtum* wieder beschränkt worden. Wie dabei vorzugehen sei und welches der genaue Anwendungsbereich des *furtum* sei, war schon unter den Juristen der Republik streitig. Sabinus und Labeo schließlich bemühten sich um eine Einschränkung und Abgrenzung des uferlosen Tatbestandes zu anderen Delikten. Während Labeo die Bedeutung des Enteignungsvorsatzes und prozesuale Abgrenzungen heranzog, versuchte Sabinus, die Elemente der Antastung (*contrectatio*) und des Vorsatzes im Hinblick auf den entgegenstehenden Willen des besser Berechtigten für die Abgrenzung des *furtum* zum *damnum iniuria datum* und zu der *actio de dolo* nutzbar zu machen.²⁸¹

bb) Die Tathandlung – *contrectatio* als Voraussetzung des *furtum*

Furtum ist ein Delikt, das sehr viel mehr moderne Straftatbestände umfasste als nur den heutigen Diebstahl. Die Definition Paulus gibt einen ersten Überblick:

D.47.2.1.3 (Paulus 39 ad ed.): *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admittere.*

Diebstahl ist die betrügerische, mit Gewinnerzielungsabsicht geschehene widerrechtliche Antastung einer Sache, entweder der Sache selbst, ihres Gebrauchs oder ihres Besitzes, was nach dem Naturgesetz zu tun verboten ist.

Paulus schließlich vollzieht eine Synthese der beiden oben genannten Ansätze²⁸² und schafft somit eine Definition zumindest für das Paradigma der Diebstahlsfälle seiner Zeit. Das *furtum* setzte spätestens seit der Klassik eine *contrectatio*²⁸³ voraus.²⁸⁴ *Contrectare* wird zur Beschreibung der Tathandlung bei Weitem am häufigsten verwendet. Daneben finden sich *attrectare*²⁸⁵ und *attingere*²⁸⁶. Somit ist

²⁸¹ STEIN, PETER: *School Attitudes in the Law of Delicts*, in: *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, Bd.II, Mailand 1982, S. 281ff., 283ff.

²⁸² ZIMMERMANN, REINHARD: *The Law of Obligations*, Cape Town/Wetton/Johannesburg 1990, S. 928 f. Vgl. D.47.2.22pr. (Paulus 9 ad Sab.): *Si quid fur fregerit aut ruperit, quod non etiam furandi causa contrectaverit, eius nomine cum eo furti agere non potest,* und

D.47.2.1.1 (Paulus 39 ad ed.): *Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem.*

²⁸³ Gai. 3, 195, 209; D.47. 2.1.3 (Paulus lib. 39 ad Ed.) = Inst. 4.1.1.

²⁸⁴ HUVELIN, P.: *Etudes sur le furtum dans le Très Ancien Droit Romain*, Bd.1, Lyon 1915, S. 467ff.; BUCKLAND, W. W.: *Contrectatio*, in: 42 L.Q.R. 1941, S. 467ff, 470; STEIN, PETER: *School Attitudes in the Law of Delicts*, in: *Studi in Onore di Arnaldo Biscardi*, Bd.II, S. 281.

²⁸⁵ Gellius, *Noctes Atticae* 11.18.1.20.

²⁸⁶ D.47.2.46.7 (Ulpianus 42 ad sab.).

eine Antastung einer beweglichen Sache²⁸⁷ erste Voraussetzung des *furtum*. Diese Voraussetzung macht einen Gewahrsamsbruch zur hinreichenden, nicht aber notwendigen Bedingung der Strafbarkeit: Es schadet nicht, dass der Dieb bereits im Besitz der Sache ist, wenn er sie „berührt“²⁸⁸, sei es, dass der *fur* einen bestehenden Irrtum ausnutzt (z.B. eine nichtgeschuldete Sache des irrtümlich Leistenden annimmt), sei es, dass er den Irrtum selbst erregt²⁸⁹ oder die Sache im Wege eines *depositum* in seinem Besitz hat. Es muss dann nur eine Handlung erfolgen, in der sich der Diebstahlsvorsatz manifestiert. Die faktische Lage der Sache muss durch den Täter verändert werden.²⁹⁰

Somit können mittels „*contrectare*“ Verhaltensweisen erfasst werden, deren Würdigung heute eine Strafbarkeit des Täters wegen Unterschlagung (§ 246 StGB)²⁹¹, Betrug (§ 263 StGB)²⁹², Gebrauchsentwendung (für den Fall eines Kraftfahrzeugs oder eines Fahrrads ist die moderne Entsprechung § 248 b StGB),²⁹³ wegen Störung fremder Besitzrechte durch Pfandkehr (§ 289 StGB)²⁹⁴ und der Urkundendiebstahl (Urkundenunterdrückung § 256 StGB)²⁹⁵ ergeben würden. Im Wege der weiteren Untersuchung soll das Hauptaugenmerk zunächst auf die Fälle des *furtum* gerichtet werden, die dem heutigen Diebstahl im Hinblick auf die Tathandlung entsprechen.²⁹⁶ Es geht um die römisch-rechtliche Entsprechung zu der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache.

²⁸⁷ Gai. 2, 50.

²⁸⁸ Damit sind die Grenzen des *furtum* in den Bereich der heutigen Unterschlagung hinein ausgedehnt, D.16.3.29 (Paulus lib.2 sentent.); D.17.1.22.7 (Paulus lib. 32 ad ed.); D.41.2.3.18 (Paulus lib. 54 ad Ed.); D.47.2.52.7. (Ulpianus lib. 37 ad Ed.)

²⁸⁹ Das *furtum* erstreckt sich - neben Konstellationen der heutigen Unterschlagung und der Veruntreuung - auch auf den Betrug, D.47.2.52.11 (Ulpianus 37 ad ed.). Zur Entwicklungsgeschichte des *Furtum* STEIN, PETER: School Attitudes in the Law of Delicts, in: Studi in onore di Arnaldo Biscardi, Bd.II, Mailand 1982, S. 281ff.

²⁹⁰ KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Band II, Leipzig 1901, S. 783; KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, S. 615; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 734ff.; ROBINSON, OLIVIA F.: Criminal Law of Ancient Rome, London 1995, S. 25.

²⁹¹ D.16.3.29pr. (Paulus 2 sent.).

²⁹² D.13.7.36pr (Ulpianus 11 ad ed.); D.47.2.67.4 (Paulus 7 ad plaut.); D.47.2.43pr. – 1 (Ulpianus 41 ad sab.); D.47.2.81.6 (Papinianus 12 quaest.)

²⁹³ CJ.8.2.4; D.47.2.1.3. (Paulus 39 ad ed.); Gai. 3, 196 f.

²⁹⁴ Gai. 3, 200; D.41.3.4.21 (Paulus 54 ad ed.); D.47.2.20 (Paulus 9 ad sab.); D.47.4.1.15 (Ulpianus 38 ad ed.); D.47.2.75 (Iavolenus 4 epist.); D.47.2.88 (Paulus 1 decr.).

²⁹⁵ D.47.2.27.3 (Ulpianus 41 ad sab.); D.47.2.31.1 (Ulpianus 41 ad sab.).

²⁹⁶ Nach der Anzahl der Quellen zu urteilen, die diese Konstellation des *furtum* behandeln, war der *furtum* durch ein *subripere* oder *aufere*, also durch Berühren und Wegnehmen der häufigste Fall des *furtum*, JOLOWICZ, H.F.: D.47.2 - De furtis, Cambridge 1940, xviiiif. Dagegen ALBANESE, BERNARDO: La Nozione del *Furtum* da Nerazio a Marziano, Palermo 1957, S. 166f., der in der Verwendung dieser Worte eher die spezifische Ausdrucksweise einzelner Juristen sieht.

cc) Das Tatobjekt

Taugliche Diebstahlsobjekte sind bewegliche²⁹⁷ Sachen, die dem *fur* zumindest nicht allein gehören,²⁹⁸ und die freien Menschen, die in der *potestas* stehen²⁹⁹.³⁰⁰ Der *fur* kann jedoch auch sein Eigentum „stehlen“, wenn er unter Bruch des dem Pfandgläubiger zustehenden Faustpfandrechts die verpfändete Sache wieder wegnimmt.³⁰¹

dd) Das subjektive Element

Das Verschulden setzt sich aus zwei Elementen zusammen. Aus D.47.2.1.3 (Paulus 39 ad ed.) ergibt sich erstens, dass die *contractatio* eine *contractatio fraudulosa*³⁰² sein muss. *Fraudulosa* ist Paulus Ersetzung für *dolosus*.³⁰³ Mindeststandard des Verschuldens ist somit *dolus*. Der Täter muss eine Sache des Opfers wegnehmen wollen. Dazu gehört das Wissen, dass es sich um eine fremde Sache handelt und dass die Antastung gegen den Willen des Eigentümers oder des zum Besitz besser Berechtigten erfolgt:

Inst.4.1.7 (= Gai. 3, 197): *Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se inuito domino facere eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra furti crimen videri: optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur.*

²⁹⁷ Sabinus als Begründer der von ihm begründeten Schule vertrat hingegen, dass auch unbewegliche Sachen taugliches Diebstahlsubjekt sein könnten, AULUS GELLIUS: *Noctes Atticae*: XI, XVIII, 13. Diese Ansicht hat sich unter den römischen Juristen nicht durchsetzen können.

²⁹⁸ Ein Diebstahl an Sachen, an denen ihm nur ein Miteigentumsanteil zusteht, ist möglich, D.17.2.45 und 51pr. (Ulpianus 30 ad sab.)

²⁹⁹vInst. 4.1.9 (= Gai. 3, 199); D.47.2.14.13 (Ulpianus 29 ad sab.). Der Sohnesdiebstahl ist ein Nachhall aus der Frühzeit des römischen Rechts, in der die *patria potestas* dem Vater gegenüber dem Sohn nahezu uneingeschränkte Rechtsbefugnisse einräumte, so auch das Recht ihn zu verkaufen, KASER, MAX: *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, S. 61.

³⁰⁰ Zur Abgrenzung des *furtum* an privatem Eigentum zu dem Diebstahl von *res sacrae* oder Staatsgut MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 101

³⁰¹ Hier handelt es sich um den *furtum possessionis*, Inst. 4.1.14 (= Gai. 3, 200); D.47.2.15.1 (Paulus 5 ad sab.); D.47.2.19.5 (Ulpianus 40 ad sab.). Es muss sich bei dem Geschädigten um den redlichen Besitzer oder Forderungsberechtigten mit Zurückbehaltungsrecht (z.B. wenn der Besitzer notwendige Verwendungen auf die Sache gemacht hat, D.47.2.60 (Iulianus 3 ex minic.) handeln oder der Eigentümer muss ein dingliches Recht an dem Gegenstand durch die Wegnahme verletzen.

³⁰² Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass der *impuber dolo incapax*, der *infans* und der *furiosus* damit als Täter ausscheiden. Verfügt ein *impuber* jedoch über hinreichende Verstandesreife um zu erkennen, dass er ein Verbrechen begeht, so haftet er, Gai. 3, 208. *Dolus* beinhaltet damit nach heutiger Dogmatik die Schuldfähigkeit.

³⁰³ Statt vieler PERNICE, ALFRED: *Labeo*, 2. Band, 1. Abschnitt, 2. Aufl. Halle 1895, S. 155 Anm. 1.

Es hat sich jedoch die Meinung durchgesetzt, dass diejenigen, die geliehene Sachen anders gebrauchen als dazu, wozu sie die Sachen bekommen haben, einen Diebstahl nur dann begehen, wenn sie wissen, dass sie ohne den Willen des Eigentümers handeln und dass dieser es nicht erlauben würde, wenn er davon wüsste. Wenn sie annehmen, er würde es erlauben, fallen sie nicht unter den Straftatbestand. Das ist in der Tat eine ausgezeichnete Unterscheidung, weil der Diebstahl nicht ohne Vorsatz begangen werden kann.

Diese Regel gilt gemäß Gai. 3, 198³⁰⁴ für alle Fälle der Sachentziehung³⁰⁵, nicht nur für den *furtum usus*. Nimmt der Täter irrig an, der Eigentümer oder besser Berechtigte habe tatsächlich seinem Verhalten zugestimmt, so soll kein Diebstahl vorliegen, da es an der *dolus* fehlt. Nimmt der Täter hingegen irrig einen entgegenstehenden Willen des Herrn an, so war die Rechtslage unter den Klassikern zunächst streitig. D.47.2.46.8 (Ulpianus 42 ad Sab.). D.48.8.1.3 (Marcianus 14 inst.) und l. 14 (Callistratus 6 cogn.) weisen darauf hin, dass sich die Ansicht durchsetzte, die schon Pomponius in D.47.2.46.8 (Ulpianus 42 ad Sab.) zugeschrieben wird: Derjenige, der irrig annahm, er nehme etwas gegen den Willen des Eigentümers an sich, ist des Diebstahls schuldig.³⁰⁶ Iustinian erhielt diese Ansicht mit generalpräventiven Erwägungen aufrecht.³⁰⁷

Ferner finden sich in den Quellen zur Beschreibung eines weiteren Elements des subjektiven Tatbestandes die Bezeichnungen *animus furandi* (Wille zu stehlen), *animus celandi* (Wille zu verbergen), *animus lucri faciendi* (Gewinnerzielungsabsicht). Als neben der *contrectatio* kumulativ erforderliche Voraussetzung ist *animus lucri faciendi* wahrscheinlich erst von Paulus in den Tatbestand des *furtum* aufgenommen worden.³⁰⁸ Der *animus lucri faciendi* ist die Absicht, einen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen, gleich, ob es sich dabei um die Sache selbst, den

³⁰⁴ *Sed et si credat aliquis inuito domino se rem contrectare, domino autem uolente id fiat, dicitur furtum non fieri...*

Wenn aber irgendeiner meint, dass er die Sache gegen den Willen des Eigentümers berührt, dieses jedoch geschieht und der Eigentümer einwilligt, so wird gesagt, dass ein Diebstahl nicht geschehen ist...

³⁰⁵ D.47.2.46.7 (Ulp. 42 ad Sab.).

³⁰⁶ MILELLA, ORONZO: Consenso del 'dominus' e furto, in: BIDR 91 (1988), S. 391ff., 405, 415ff. m.w.N

³⁰⁷ Inst. 4.1.8.

³⁰⁸ ZIMMERMANN, REINHARD: The Law of Obligations, Cape Town Wetton Johannesburg 1990, S. 929; Die Antwort hierauf fällt nicht einheitlich aus: Für eine Übersicht über den neueren Meinungsstand THOMAS, J.A.C: Animus furandi, in: IURA XIX (1968), S. 1ff., 1 m.n.W anders THOMAS, J.A.C.: Animus furandi, in: IURA 19 (1968), S. 1ff., 1f. m.w.N.

Gebrauch der Sache oder um ihren Besitz handelt. Der Dieb braucht aber den Eigentümer oder besser Berechtigten nicht dauerhaft enteignen zu wollen.³⁰⁹

An dem *animus lucri faciendi* wird nicht durchgängig als Voraussetzung des Diebstahls festgehalten.³¹⁰ Es ist deshalb davon auszugehen, dass dieses Erfordernis in bestimmten Konstellationen die Art des Diebstahls bestimmt hat und zur Charakterisierung des jeweiligen Einzelfalls des Diebstahls diente.³¹¹ Für den Vorsatz ist danach zu unterscheiden, welche Tathandlung dem Diebstahlsvorwurf zugrunde lag.³¹² Liegt eine bestimmte Handlung vor, die die Zielrichtung, einen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen, deutlich anzeigt, so wird der *animus lucri faciendi* als indiziert angesehen worden sein.

(1) Das subjektive Element bei physischer Berührung

Erst im Falle der physischen Berührung muss nach der Intensität der Handlung des Täters differenziert werden: Beging der Täter ein *amovere* und war dies *invito domino* geschehen, so wird in den Quellen dieser Vorgang nicht mehr durch die Beschreibung eines subjektiven Elements qualifiziert. Dass die Tat *dolos* begangen sein musste, versteht sich von selbst und erfuhr seitens der Juristen keiner besonderen Erwähnung. Doch fehlt es auch an einem Hinweis auf den *animus lucri faciendi*. Das lässt den Schluss zu, dass durch das äußere Tatgeschehen der Vorsatz des Täters in vollem Umfang indiziert ist.³¹³

In den Fällen, in denen die Tathandlung in einem *contrectare* der Sache bestand oder in einem *amovere*, bei dem unklar war, ob das *amovere invito dominus* ge-

³⁰⁹ JOLOWICZ, H.F.: Digest XLVII.2 De Furtis, Cambridge 1940, xvii.

³¹⁰ PERNICE, ALFRED: Labeo, 2. Band, 1. Abschnitt, 2. Aufl. Halle 1895, S. 155f.,

³¹¹ KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Band II, Leipzig 1901, S. 784; PERNICE, ALFRED: Labeo, 2. Band, 1. Abschnitt, 2. Aufl. Halle 1895, S. 155f.; THOMAS, J.A.C.: Animus furandi, in: IURA 19 (1968), S. 1ff.; ähnlich ZIMMERMANN, REINHARD: The Law of Obligations, Cape Town Wetton Johannesburg 1990, S. 927 Anm. 39.

³¹² Nach der hier vertretenen Ansicht zur Entwicklung des *furtum* war im Zusammenhang mit der Einschränkung des Anwendungsbereichs dieses Delikts auf der objektiven Tatseite zugleich das subjektive Element des Diebstahls an höhere Voraussetzungen gebunden worden. Es entsprach dem Verständnis des *furtum* noch zurzeit der *veteres*, dass der Kläger den Maultiertreiber auf der objektiven Tatseite in irgendeiner, von dem Kläger gar nicht zu beeinflussenden Weise um seine Maultiere gebracht hatte. Auf der subjektiven Tatseite konnte eine *ao furti* dann an keine höheren Bedingungen geknüpft sein, als dass der klägerische *fur* den Maultiertreiber um seinen Besitz an den Maultieren bringen wollte, ohne dass sein Verhalten von dem Willen getragen sein musste, sich selbst die Maultiere zuzueignen. Eine besondere Erwähnung fand dieses sich aus dem objektiven Tatbestand ergebende und durch den objektiven Tatbestand indizierte Moment des Vorsatzes nicht. Der beginnende Dominat brachte neben der Einführung der *contrectatio* auch ein subjektives Element, dass von dem Täter mehr verlangte als den Willen, der Eigentümer solle seinen Besitz an einer Sache verlieren.

³¹³ THOMAS, J.A.C.: Animus furandi, in: IURA 19 (1968), S. 1ff., 15.

schah³¹⁴, musste allerdings der Vorsatz erweisen, ob die Sache *furandi causa* berührt bzw. entfernt worden war oder nicht. Als Beispiel soll das folgende Pomponius-Fragment dienen:

D.47.2.44.1 (Pomponius 19 ad sab.): *Si rem meam quasi tuam tibi tradidero scienti meam esse, magis est furtum te facere, si lucrandi animo id feceris.*

Wenn ich dir meine Sache in dem Glauben gegeben habe, es handele sich um deine Sache und du weißt, dass es meine Sache ist, so spricht mehr dafür, dass du einen Diebstahl begangen hast, wenn du es in gewinnsüchtiger Absicht getan hast.

Der Inhalt des *animus furandi* bestand bei in diesen Konstellationen darin, dass der *fur* die für ihn erkennbar fremde Sache nicht antastete, um sie an den Eigentümer zurückzugeben. Wollte er sie nicht zurückgeben, so tastete er sie an, um sie sich anzueignen. Es geht hier also um die Absicht, die Sache selbst dem eigenen Vermögen einzuverleiben.³¹⁵

(2) Das subjektive Element beim *furtum usus*

In den Fällen des *furtum usus* gestaltet sich die rechtliche Lage ähnlich: Benutzt der Besitzer die Sache entgegen der vertraglichen Vereinbarungen, so wird kein subjektives Element als Voraussetzung seiner Strafbarkeit genannt. Der Besitzer ist *fur*, sobald er die Sache abredewidrig benutzt und sich so nur dem Eigentümer zustehende Rechte anmaßt. Die Anmaßung der Rechtsstellung des Eigentümers indiziert die Absicht, einen Vorteil zu erlangen.

Ist das Verhalten des Besitzers allerdings mehrdeutig, so kommt in den Quellen (außer der selbstverständlichen *dolus*) dem *animus lucri faciendi* die entscheidende Bedeutung zu.³¹⁶ Neben die Tathandlung, z.B. die Nichtherausgabe der Pfandsache trotz Befriedigung des Gläubigers, tritt dann die Absicht, die Pfandsache vor dem Eigentümer zu verbergen (*animus celandi*). In der Sache geht es auch hier um die Absicht, sich eine eigentümerähnliche Stellung anzumaßen, in dem der Dieb wie ein Eigentümer andere von der Sache ausschließt.

³¹⁴ Insbesondere sind das Fallgestaltungen, in denen die Wirksamkeit der Dereliktion zweifelhaft ist.

³¹⁵ PERNICE sieht in diesem Fragment gerade ein Beispiel dafür, dass beim Diebstahl die Kenntnis um den Erfolgseintritt zur Annahme der *dolus* ausreicht. Er übersieht aber dabei aber den *si...feceris*-Satz, der gerade das Gegenteil als richtig erweist. Die bloße Kenntnis reicht nur aus, wenn der Täter mit der Absicht handelt, die Sache für sich zu behalten, PERNICE, ALFRED: *Labeo*, 2. Band, 1. Abschnitt, 2. Aufl. Halle 1895, S. 149.

³¹⁶ KARLOWA, OTTO: *Römische Rechtsgeschichte*, Band II, Leipzig 1901, S. 784.

ee) Zwischenergebnis zum täterschaftlichen *furtum*

Das *furtum* erfordert für die täterschaftliche Begehung eine *contrectatio*. Diese Tathandlung charakterisiert die eigenhändige Einwirkung auf eine fremde Sache oder auf eine solche, an der einem anderen ein Recht zum Besitz zusteht. Hier findet sich ein Muster bei der Begründung täterschaftlicher Verantwortlichkeit, dass bereits für die Zeit der Zwölftafeln herausgearbeitet worden ist. Die täterschaftliche Begehung setzt eine unmittelbare Kausalität für die Einwirkung auf die Sache voraus, die freilich nun von einem für die verschiedenen Konstellationen des *furtum* variierenden Verschuldenserfordernis getragen sein muss. Maßgeblich erfordert das *furtum ipse factum* dabei *dolus malus* in Bezug auf die *contrectatio*, *scientia* hinsichtlich des entgegenstehenden Willens des Eigentümers oder des Besitzberechtigten sowie den *animus lucri faciendi / furtum etc.*, der vorliegt, wenn es dem Täter darum geht, sich einen geldwerten Vorteil zu verschaffen.³¹⁷

Beim *furtum* wird hinsichtlich des Vorsatzerfordernisses zwischen verschiedenen Fallkonstellationen unterschieden. Die Grundkonstante in all diesen Konstellationen ist, dass der Diebstahl *dolos* erfolgt sein muss. Die *dolus* umfasst die Absicht, eine fremde bewegliche Sache wegzunehmen oder das sichere Wissen, dass die eigene Handlung eine Wegnahme begründet. Die Wegnahme muss im Wissen um den entgegenstehenden Willen des Eigentümers erfolgen, wobei die *contrectatio* gegen den Willen des Eigentümers die *dolus* oftmals indiziert.

Treten nach ihrem äußeren Erscheinungsbild nicht ohne weiteres als *furtum* zu erkennende Sachverhalte auf, so wird neben der *dolus* und dem entgegenstehenden Willen des Eigentümers das Merkmal des *animus lucri faciendi* relevant. Der *animus lucri faciendi* gewinnt Bedeutung in zweierlei Hinsicht.

Zum einen ist sein Vorliegen ausschlaggebend für das Urteil, ob überhaupt ein *furtum* geschehen ist. Zum anderen wird der *animus lucri faciendi* das maßgebliche Abgrenzungskriterium gegen die Fälle des *damnum iniuria datum*. Sein Vorliegen ist entscheidend für die Einordnung des fraglichen Verhaltens als *furtum*. Die Unterscheidung wird wie folgt getroffen worden sein: Nimmt Numerius Negidius dem Titius Maevius dessen Sammlung mit Gedichten Ovids weg, um sie zu verbrennen, so ist er des *damnum iniuria datum* schuldig. Nimmt er sie jedoch weg, um damit ein Feuer zu entfachen, an dem er sich wärmen möchte, so ist er ein *fur*.³¹⁸

Inhaltlich setzt der *animus lucri faciendi* voraus, dass es dem handelnden Täter darauf ankommt, die Sache selbst seinem Vermögen einzuverleiben oder einen Vorteil aus ihr zu ziehen. Typische Beschreibung dieser Absicht des *fur* ist, sich an der Sache selbst zu bereichern.

³¹⁷ KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Band II, Leipzig 1901, S. 784.

³¹⁸ Beispiel nach PRICHARD, A. M.: Leage's Roman Private Law, 3. Aufl. London Melbourne Toronto 1967, S. 401.

ff) Die Rechtswidrigkeit

Wird die Tathandlung nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung vorgenommen, so ist keine teilnahmefähige Haupttat gegeben. Handelt jemand in sofortiger Rechtsverteidigung gegen einen *fur*, so liegt schon begrifflich keine *contrectatio* vor, wenn der Eigentümer dem Dieb die Sache wieder entreisst.³¹⁹ Es fehlt an dem für die *contrectatio* erforderlichen entgegenstehenden Willen des Eigentümers.

Im Hinblick auf die generelle³²⁰ Einschränkung der Selbsthilferechte durch D.50.17.176pr. (Paulus 13 ad plaut.) sei darauf hingewiesen, dass dieses unter der Einschränkung der Möglichkeit einer Rechtsverfolgung vor Gericht galt. Das scheint im Fall des unbekanntes *fur* ausgeschlossen. Hier müssen neben einer sofortigen Besitzkehr auch weitergehende Maßnahmen erlaubt gewesen sein, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht zu erlangen war. Aufgrund der für den täterschaftlichen *fur* gewonnenen Ergebnisse kann nun eine erste Abgrenzung getroffen werden: Wer unmittelbar kausal für die *contrectatio* mit dem entsprechenden Vorsatz geworden ist, kann nicht *ope consilio* für einen Diebstahl zur Verantwortung gezogen werden. Damit ist die obere Schwelle für die nichttäterschaftliche Beteiligung an einem *furtum* aufgezeigt. Doch welche Voraussetzungen müssen wenigstens erfüllt sein, damit eine Bestrafung wegen der Teilnahme überhaupt in Frage kommt?

gg) Das Verwirklichungsstadium der Vortat

Der Teilnehmer ist im Gegensatz zum Täter nicht unmittelbar kausal für die *contrectatio*. Er berührt die Sache nicht selbst. Ohne die Tathandlung der *contrectatio* kann nach Ulpian's Auffassung niemand eines Diebstahls *ope consilio* schuldig sein. Dem mit der modernen Dogmatik Vertrauten drängt sich nun die Frage auf, welche Elemente der Tat erfüllt sein müssen, damit eine Teilnahme *ope consilio* strafbar wird? Besteht eine strenge oder limitierte Akzessorietät zur Vortat?

Für die Tathandlung besteht kein Zweifel. Sie muss vorliegen, wie Ulpian gezeigt hat.³²¹ Zudem galt im klassischen Recht grundsätzlich, dass der Versuch des Delikts nicht strafbar war.³²² Der versuchte Diebstahl war danach keine teilnahmefähige Haupttat. Dabei darf aber keine Milde in dieser Regelung vermutet werden, denn zu-

³¹⁹ Ist die Sache hingegen wirksam vom Dieb veräußert, so ist der erzielte Preis gegen einen Zugriff des Eigentümers der Sache mittels der *actio furti* geschützt, D.47.2.48.7 (Ulpian 42 ad sab.). Diesen Rechtszustand beseitigt die von Justinian eingeführte *condictio furtiva*, KASER, MAX; KNÜTEL, ROLF: Römische Privatrecht, 17. Aufl. München 2003, S. 319.

³²⁰ WESENER, GUNTER: Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht, in: Festschrift Arthur Steinwenter, Graz Köln 1958, S. 100ff., 120.

³²¹ Auch D.50.16.53.1 (Paul. 49 ad ed.), 47.2.36pr (Ulp. 41 ad sab.).

³²² D.2.2.1.2 (Ulpianus 3 ad ed.). Vgl. D.47.2.1.1 (Paulus 39 ad ed.). *Cogitatio* soll als der „bethätigte, aber noch nicht zum Ziel gelangte delictische Wille verstanden“ werden, MOMMSEN, THEODOR: Römische Strafrecht, Leipzig 1899, S. 96 unter Verweis auf LENEL, OTTO: Palingenesia Iuris Civilis, Bd. II, Leipzig 1889, S. 428.

mindest beim *furtum* ist es so, dass allein die Berührung der fremden Sache mit dem *animus furandi* genügte, um die Strafbarkeit zu begründen. Galt in der Klassik noch, dass schon der Versuch einer *contrectatio* einen Diebstahl und damit eine Vortat begründen konnte, so findet sich eine Abweichung von diesem Grundsatz in:

Inst. 4.1.8: *Sed et si credat aliquis, invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. unde illud quaesitum est, cum Titius servum Maevii sollicitaverit, ut quasdam res domino subriperet et ad eum perferret, et servus id ad Maevium pertulerit, Maevius, dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permisit servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an servi corrupti iudicio teneatur Titius, an neutro? et cum nobis super hac dubitatione suggestum est et antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti neque servi corrupti actionem praestantibus, quibusdam furti tantummodo: nos huiusmodi calliditati obviam euntes, per nostram decisionem sanximus, non solum furti actionem, sed etiam servi corrupti contra eum dari: licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est, et ideo non concurrant regulae quae servi corrupti actionem introducerent, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei poenalis actio imposita, tamquam re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex huiusmodi impunitate et in alium servum, qui possit corrumpi, tale facinus a quibusdam pertentetur.*

Aber auch wenn jemand glaubt, die geliehene Sache entgegen dem Willen des Eigentümers zu entwenden, während der Eigentümer in Wahrheit einverstanden ist, nimmt man an, dass ein Diebstahl nicht begangen worden ist. Von daher ergab sich die Frage: Wenn Titius den Sklaven des Maevius anzustiften versucht, seinem Herrn bestimmte Sachen zu entwenden und ihm zu bringen, und wenn der Sklave dies dem Maevius gesteht und Maevius, der den Titius bei der Begehung selbst überraschen möchte, dem Sklaven erlaubt hat, die Sachen zu ihm, Titius, zu bringen, unterliegt dann der Titius der Diebstahlsklage oder der Klage wegen Korrumpierens eines Sklaven oder keiner von beiden? Nachdem uns diese Zweifelsfrage unterbreitet worden ist, und wir die darüber entstandenen Streitigkeiten der alten Rechtsgelehrten geprüft haben – einige ließen weder die Diebstahlsklage noch die Klage wegen Korrumpierens eines Sklaven zu³²³, einige

³²³ Dazu Gai. 3, 197: Er ist Anhänger dieser Auffassung, die den Versuch der Anstiftung zum Diebstahl noch als nicht strafbar ansieht und auch die *actio servi corrupti* nicht

nur die Diebstahlsklage – haben wir, solchen Spitzfindigkeiten Einhalt gebietend durch unsere Entscheidung gesetzlich bestimmt, dass nicht nur die Diebstahlsklage, sondern auch die Klage wegen Korrumptierens des Sklaven gegen ihn, Titius, gewährt wird. Denn obwohl jener Sklave vom Anstifter keinesfalls verdorben wurde und deswegen nicht alle Voraussetzungen gegeben sind, die die Klage wegen Korrumptieren eines Sklaven begründen, so ist doch der Vorsatz des Korrumptierenden, die Rechtsschaffenheit des Sklaven zu untergraben, betätigt worden; daher soll ihn die Strafklage treffen, als wäre der Sklave tatsächlich korrumptiert worden, damit nicht solche Straflosigkeit jemanden dazu verleitet, gegenüber einem anderen Sklaven, der sich möglicherweise korrumptieren lässt, eine solche Tat zu begehen.

In diesem Einzelfall genügt zur Zeit Justinians für eine Bestrafung, dass die Haupttat noch nicht in das Versuchsstadium gelangt ist.³²⁴ Hier hat keine *contrectatio* stattgefunden, und dennoch wird – mit generalpräventiven Erwägungen – die Verantwortlichkeit des *sollicitator* wegen eines *furtum* und einer *actio servi corrupti* angenommen. Justinian hat aber allein die versuchte Anstiftung zum Diebstahl zu einem selbständigen Delikt erhoben.³²⁵ Bei der Sklavenkorruption liegt ein beendeter Versuch des *sollicitator* vor, nicht hingegen eine Anstiftung.

hh) Prozessuale Akzessorietät – Verfolgbarkeit der Tat?

Wie weit die Akzessorietät zwischen der Tat des Täters und der Handlung des Teilnehmers reicht, referiert Ulpian in Dig 47.2.52 pr, fr.1 und 2:

Dig 47.2.52pr (Ulpianus 37 ad ed.): *Si quis uxori res mariti subtrahenti opem consiliumve accommodaverit, furti tenebitur.*

(1) *Sed et si furtum cum ea fecit, tenebitur furti, cum ipsa non teneatur.*

(2) *Ipsa quoque si opem furi tulit, furti non tenebitur, sed rerum amotarum.*

Wer einer Ehefrau beim Entwenden von Sachen ihres Ehemanns Rat und Hilfe geleistet hat, der wird wegen Diebstahls haften.

gewähren will. Bei Inst. 4.1.8 handelt es sich um eine justinianische Änderung des Rechtszustandes der Klassik.

³²⁴ Gegen die Verbindlichkeit dieser Entscheidung BINDING, KARL: Die Normen und ihre Übertretung, Leipzig 1877, 2. Band, S. 287.

³²⁵ Eine solche Strafbarkeit gibt es im deutschen Strafrecht allein nach § 30 Abs. 1 StGB; WACKE, ANDREAS: Pönalisierung des untauglichen Versuchs?, in: *Collatio Iuris Romani*, Band II, Amsterdam 1995, S. 593, 599f.

(1) Auch haftet er wegen Diebstahls, wenn er mit ihr gestohlen hat, während sie selbst nicht haftet.

(2) Sie selbst haftet auch dann nicht wegen Diebstahls, wenn sie dem Dieb Hilfe geleistet hat, sondern sie haftet wegen abhanden gebrachter Sachen.

Die Klassikerkontroverse, ob die unterschiedliche Behandlung der (früheren) Ehefrau und des Täters oder Teilnehmers dem Fehlen einer Prozessvoraussetzung geschuldet ist oder ob schon der Tatbestand des *furtum* durch die Ehefrau nicht erfüllt werden konnte, enthält D.25.2.1 (Paulus 7 ad sab.). Paulus schließt sich hier selbst der wohl überwiegenden Meinung Sabinus, Proculus und Iulianus an. Danach ist der Tatbestand des Diebstahls zwar erfüllt. Eine *actio furti*, bei der die Ehrlosigkeit (*infamia*) Folge der Verurteilung ist, kann aber wegen der von den Ehegatten einander geschuldeten Achtung (*reverentia*) nicht gewährt werden.³²⁶ Stattdessen behilft man sich, wenn die Sache einem Dritten gehörte³²⁷ oder wenn der Diebstahl eine vorweggenommene Güterauseinandersetzung im Hinblick auf die nachfolgende Scheidung ist,³²⁸ mit der rein reipersekutorischen *actio rerum amotarum*. Ansonsten ist die Klage gegen die Ehefrau nicht möglich.³²⁹

Ebenso verhält es sich, wenn ein Dritter an der Tat eines leiblichen Kindes oder eines Sklaven, die ihrem *pater familias* etwas stehlen, beteiligt gewesen ist. Die Haupttat ist nicht verfolgbar, doch kann der Eigentümer oder an der Wiedererlangung der Sache Interessierte gegen den Teilnehmer vorgehen.³³⁰

Steht einer Verurteilung des Täters wegen eines an sich erfüllten Tatbestandes entgegen, dass die Voraussetzungen für einen Prozess nicht gegeben sind, so kann der Teilnehmer dennoch wegen Teilnahme an der Tat bestraft werden. Als Haupttat wird das Delikt angesehen, dass der Teilnehmer als Täter hätte begehen können. Das Verhalten des Teilnehmers wird hier allein nach den in seiner Person vorliegenden Voraussetzungen beurteilt. Eine prozessuale Akzessorietät scheint es danach nicht gegeben zu haben.

ii) Zwischenergebnis

Die Teilnahme strafbarkeit erfordert im Strafrecht Justinians eine Haupttat. Die Tathandlung, die Rechtswidrigkeit und das Verschulden des Täters müssen gegeben

³²⁶ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 759 f.; PRICHARD, A. M.: Leage's Roman Private Law, 3. Aufl. London Melbourne Toronto 1967, S. 401 f.; ZIMMERMANN, REINHARD: The Law of Obligations, Cape Town Wetton Johannesburg 1990, S. 943 Anm. 163 m.n.W. Anders KASER, MAX; KNÜTEL, ROLF: Römisches Privatrecht, 17. Aufl. München 2003, S. 319.

³²⁷ CJ.6.2.4.

³²⁸ D.25.5.1.1 (Ulpianus 34 ad ed.).

³²⁹ JOLOWICZ, H.F.: Digest XLVII.2 De Furtis, Cambridge 1940, lxxxvii.

³³⁰ Inst.4.12.12; D.47.2.36.1 (41 ad sab.).

sein. Da die „entschuldigende“ *defensio* immer auch den Vorsatz entfallen lässt und der Widerrechtlichkeit innerhalb der Strafbarkeitsvoraussetzungen zunächst keine eigenständige Bedeutung zukommt (sie kann nach moderner Dogmatik als „negatives Merkmal des objektiven Tatbestands“ angesprochen werden), erübrigt sich die Frage, ob es sich um limitierte oder strenge Akzessorietät handelt: Eine teilnahmefähige Haupttat kann ohnehin nur vorliegen, wenn sämtliche Voraussetzungen für die Strafbarkeit des Täters gegeben sind. Dieser Ansicht steht auch nicht die vereinzelte Strafbarkeit des straflosen Selbstmords entgegen. In diesen Fällen handelt es sich um Delikte, in denen den Tätern eine Art Garantenstellung zukommt. Um eine Teilnahme am fremden Selbstmord handelt es sich dabei nach römischem Verständnis nicht.³³¹

Die Tat des Täters braucht nicht verfolgbar sein. Ein Prozesshindernis auf seiner Seite lässt die Strafbarkeit des Teilnehmers wegen seiner Handlungen nicht entfallen.

c) Die Teilnahmemodi

Als mögliche Teilnahmemodi beim Diebstahl hat Gai. III, 202 genannt, dass *ope consilio furtum* factum est. Im Folgenden ist der Inhalt der Voraussetzungen „That und Rath“³³² darzustellen.

Eine Beschreibung der Begehungsweisen *ope consilio* liefert:

D.47.2.50.3 (Ulpianus 37 ad ed.): *Consilium autem dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum: opem fert, qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res praebet.*

Rat scheint derjenige zu geben, wer überredet, verleitet, oder durch Rat zur Begehung des Diebstahls unterweist; Hilfe leistet, wer Dienst oder Beistand zur Entwendung von Sachen bietet.

Ulpian unterscheidet bei den Begehungsweisen der Teilnahme zwischen *consilium* und *ops*, die zunächst getrennt betrachtet werden sollen.

aa) *Consilium*

Der Inhalt der Teilnahmeform *consilium* lässt sich als Gesamtheit der zu seiner Beschreibung verwendeten Begriffe, ihres Wortsinns sowie ihrer Verwendung in den Quellen inhaltlich wie folgt bestimmen. *Persuadere* (mit Erfolg raten; dah. I) überzeugen, II) insbes. überreden, durch Überredung wozu bestimmen, -vermögen, -verführen³³³) dient der Beschreibung eines Verhaltens, bei dem der Teilnehmer den Täter zunächst davon

³³¹ WACKE, ANDREAS: Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung, ZS 97 (1980) S. 26ff., 50ff.

³³² So MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 745.

³³³ Lateinisch-deutsches Handwörterbuch: *persuadeo*, S. 2. Digitale Bibliothek Band 69: Georges: Lateinisch-deutsches Wörterbuch, S. 42023 (Georges-LDHW Bd.2, S. 1647).

überzeugt oder ihn dazu überredet, die Tat zu begehen. Gleiches gilt für *impellere* (insbes. jemanden zu etw. antreiben, bewegen, verleiten, bringen, reizen³³⁴). Auch hier hat der Teilnehmer es mit einem Täter zu tun, der erst auf seine Beeinflussung hin handelt. *Instruere* (in etw. unterweisen, unterrichten, zu etw. anweisen, vorbereiten, bilden, tüchtig machen³³⁵) hingegen betrifft den zur Tat entschlossenen Täter, der aber durch den Teilnehmer Ratschläge zur Art und Weise der Tatausführung erhält.

Bei einer vorsichtigen Einordnung dieser Handlungen in die moderne Dogmatik ergibt sich danach das folgende Bild: *Persuadere* und *impellere* setzen *consilium* mit der Hervorrufung eines Tatentschlusses gleich. Die moderne Entsprechung ist dann die Anstiftung. *Instruere* hingegen scheint den Begriff des *consiliums* aufzuweiten. Hier ist der Tatentschluss nicht mehr hervorzurufen. Stattdessen nimmt der *consilio* - Beteiligte durch seinen Ratschlag Einfluss auf die Tatausführung. Diese Form der Beteiligung hat dann ihre funktionale Entsprechung zum einen in der (psychischen) Beihilfe. Doch auch Konstellationen der Mittäterschaft bei ungleichartiger Leistung der Tatbeiträge sind bei dieser allgemeinen Formulierung von *instruere* mit umfasst. Allen drei Erscheinungsformen des *consiliums* ist gemein, dass sie im Wege der geistigen³³⁶ Einflussnahme bei dem Täter zur Wirkung kommen.

³³⁴ Lateinisch-deutsches Handwörterbuch: impello, S. 1. Digitale Bibliothek Band 69: Georges: Lateinisch-deutsches Wörterbuch, S. 27674 (Georges-LDHW Bd.2, S. 87).

³³⁵ Lateinisch-deutsches Handwörterbuch: instruo, S. 3. Digitale Bibliothek Band 69: Georges: Lateinisch-deutsches Wörterbuch, S. 30048 (Georges-LDHW Bd.2, S. 333).

³³⁶ KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Band II, Leipzig 1901, S. 787. Die Beschränkung auf die geistige Einflussnahme folgt aus der Quellenlage, die keine Schlüsse auf andere Arten der Einflussnahme zulässt. Des Weiteren legt die herrschende Auffassung zur Entstehung der Teilnahmestrafbarkeit beim Diebstahl diese Bedeutung nahe. Ausgangspunkt der Entwicklung der Teilnahmestrafbarkeit ist danach die Formel der *actio furti nec manifesti* gewesen, die das Begriffspaar *ope consilio* als Beschreibung des objektiven (*ope*) wie subjektiven (*consilio*) Tatbestandselements enthalten hat. Mit der disjunktiven Interpretation Labeos im Zusammenhang mit der Einführung der *contrectatio* in den Tatbestand des *furtum* sei allgemein anerkannt worden, dass dieses Element eine eigenständige Bedeutung hat und so die Möglichkeit einer Verfolgung des Teilnehmers am Diebstahl begründet, HUVELIN, P.: Etudes sur le furtum dans le Très Ancien Droit Romain, Bd.1, Lyon 1915, S. 385ff., 392ff.; THOMAS, J.A.C.: *Contrectatio* – my last word, in: IURA 14 (1963), S. 180ff., 182; MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 745 Anm. 2; MACCORMACK, GEOFFREY: *Ope consilio* furtum factum, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 293. Wenn danach *consilium* von Anfang an nur das subjektive Element beim Täter gemeint hat, so ist beim Teilnehmer eine Erweiterung auch auf physische Akte mit gleicher Wirkung wie die Anstiftung im Wege geistiger Einflussnahme zumindest nicht wahrscheinlich. Zudem ist danach *consilium* im Relativsatz „...qui ... faciendum...“ mit „Vorsatz“ zu übersetzen.

Anders LENEL, OTTO: Das edictum Perpetuum, 3. Aufl. Leipzig 1927, 3. Neudruck Aalen 1985), S. 324ff., der noch für die Klassik einen Doppelzweck der Klage – Belangung von Täter und Teilnehmer – vermutet.

bb) *Ops*

Die Beteiligung durch „Tat“ erklärt Ulpian in der Weise, dass der Teilnehmer eine dem Wortsinn von *ministerium*³³⁷ nach untergeordnete Verrichtung für diesen vornimmt oder ihm – dann im Einklang mit der Bedeutung von *adiutorium* - Beistand oder Hilfe³³⁸ bei der Tat leistet. Es geht nach heutiger Dogmatik zunächst um physische Beihilfe.³³⁹ Daneben werden im Hinblick auf den Wortsinn aber auch Konstellationen erfasst worden sein, die heute als Mittäterschaft bei unterschiedlichen Tatbeiträgen der beiden Täter angesehen werden. Der *ope* handelnde Teilnehmer leistet dann einen im Verhältnis zur Handlung des Täters geringeren Tatbeitrag. *Ops* umfasst also jede physische Mitwirkung an der Tat, die nicht dem täterischen, für den Erfolg unmittelbar kausalen oder eigenhändigen Handeln entspricht und gegenüber dem täterischen Handeln den weniger intensiven Angriff auf das Opfer darstellt.

cc) Das Verhältnis der beiden Begehungsweisen zueinander

Für das Verhältnis der Begehungsweisen zueinander muss für die Klassik von einer kontroversen Diskussion ausgegangen werden. Umstritten war, wie die Klagformel *ope consilio* auszulegen wäre.

D.50.16.53.2 (Paulus 59 ad ed.): *Item dubitatum, illa verba "ope consilio" quemadmodum accipienda sunt, sententiae coniungentium aut separantium. sed verius est, quod et labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest. sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit.*

So hat man gezweifelt, wie jene Worte durch Tat - durch Rat zu verstehen sind, ob in dem Sinn, dass man sie verbindet, oder so, dass man sie trennt. Aber es ist richtiger, was auch Labeo sagt, dass man sie trennt, weil die Tat dessen, der durch Hilfe einen Diebstahl begeht, etwas anderes ist als dessen, der durch Rat stiehlt. So kann man gegen den einen, nicht aber gegen den anderen die Kondiktion erheben. Allerdings ist es nach der Ansicht der alten Juristen dahin gekommen, dass niemand durch Hilfe einen Diebstahl begangen zu haben scheint, wenn er nicht auch mit

³³⁷ Lateinisch-deutsches Handwörterbuch: *ministerium*, S. 1. Digitale Bibliothek Band 69: Georges: Lateinisch-deutsches Wörterbuch, S. 35409 (Georges-LDHW Bd.2, S. 928).

³³⁸ Lateinisch-deutsches Handwörterbuch: *adiutorium*, S. 1. Digitale Bibliothek Band 69: Georges: Lateinisch-deutsches Wörterbuch, S. 1085 (Georges-LDHW Bd.1, S. 129).

³³⁹ KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Band II, Leipzig 1901, S. 787.

Vorsatz gehandelt hat, und es nicht schadet, den Vorsatz zu haben, wenn nicht auch die Tat erfolgt ist.

Mit der Frage nach dem Verhältnis der beiden Begehungsweisen zueinander (müssen sie kumulativ oder alternativ vorliegen?) ist die Entstehungsgeschichte der Teilnahmestrafbarkeit verknüpft. Bereits Labeo und ihm folgend Paulus³⁴⁰ waren der Ansicht, dass die Begehungsweisen der Teilnahme unabhängig voneinander zu verstehen seien. Die Handlung des Teilnehmers bestand entweder in psychischer Beihilfe oder der Anstiftung des Täters zu seiner Tat und konnte auch Konstellationen der Mittäterschaft umfassen. Lag die Begehungsweise *ope* vor, so leistete er nach moderner Terminologie physische Beihilfe oder war Mittäter. Beide Teilnahmemodi konnten unabhängig voneinander verwirklicht werden und führten zur Bestrafung des Teilnehmers.³⁴¹ Zweifelhaft in ihrer Bedeutung ist:

Inst.4.1.11. ... *certe qui nullam operam ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.*

... Zweifellos haftet nicht wegen Diebstahls, wer zur Begehung der Tat keine tätige Hilfe geleistet, sondern nur Rat erteilt und zum Diebstahl ermuntert hat.

MACCORMACK geht im Hinblick auf diese Stelle davon aus, dass zur Zeit Justinians eine Teilnahme ohne jedes *ops*, also ohne tätige Hilfe nicht möglich ist. Inst. 4.1.11 müsse so verstanden werden, dass *consilium* eine Handlung voraussetze, die die Tat des Täters fördere und so den auf die Tatbegehung gerichteten Willen des Gehilfen manifestiere. Der Ratschlag zur Art und Weise der Tatbegehung allein reiche ebenso wenig aus wie eine Anstiftung.³⁴² Die Begehungsweise *consilio* habe ihre Bedeutung als eigenständige Teilnahmeform in dieser Zeit verloren. Sowohl der Ratschlag wie auch die Anstiftung sind straflos, wenn nicht eine weitere tätige Förderungshandlung seitens des Teilnehmers hinzukäme. *Consilio* sei auf seine ursprüngliche, spätestens seit dem Ende der Republik überwundene Funktion zur Beschreibung des Vorsatzelements, allerdings nun nur für den Gehilfen, zurückgeführt worden.³⁴³ Diese sehr weitgehende Einschränkung der Strafbarkeit des Teil-

³⁴⁰ Es bestehen keinerlei Zweifel, dass das Fragment Änderungen unterworfen worden ist. Doch kann an der inhaltlichen Richtigkeit der Aussage nicht gezweifelt werden LENEL, OTTO: Das edictum Perpetuum, 3. Aufl. Leipzig 1927, 3. Neudruck Aalen 1985, S. 326f.; LONGO, GIANETTO: La complicità nel diritto penale romano, in: BIDR 61 (1958), S. 103ff., 132ff.; MACCORMACK, GEOFFREY: *Ope consilio furtum factum*, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 276.

³⁴¹ D.47.2.55.4 (Gaius 13 ad ed. provinc).

³⁴² JOLOWICZ, H.F.: Digest XLVII. 2 De Furtis, Cambridge 1940, lxvii; KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Band II, Leipzig 1901, S. 788; MACCORMACK, GEOFFREY: *Ope consilio Factum*, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 289, 291.

³⁴³ Damit gehe eine Erweiterung der Bedeutung von *consilium* einher. Habe man es bis dahin als „Absicht, dass die Tat mit der eigenen Unterstützung begangen werde“ aufzufassen gehabt, so reiche nun mehr auch die Kenntnis aus, dass die eigene Handlung die Tat-

nehmers im Hinblick auf die möglichen Teilnahmemodi erscheint zumindest zweifelhaft. Diese Zweifel gründen sich auf die bereits bekannte Stelle Inst.4.1.8 (C.6.2.20). Dort soll aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus der, der versucht hat, einen Sklaven zum Diebstahl anzustiften, neben der *actio servi corrupti* auch mit der *actio furti* verfolgt werden können. Dabei scheint die Gewährung der *actio furti* für Justinian sogar noch das geringere rechtliche Problem darzustellen. Die generalpräventiven Erwägungen zur Rechtfertigung seiner Auffassung betreffen bezeichnenderweise allein die *actio servi corrupti*. Der Sachverhalt dort schildert eine Anstiftung, ohne dass ein Hilfeleisten bei der Tat erwähnt würde. Nach der Einwirkung auf den Sklaven hat der Anstifter die Art und Weise der Tatbegehung dessen Belieben anheimgestellt. Jedenfalls kann sich der Sklave ohne weiteres an seinen Herren wenden, was weitere Vereinbarungen zwischen dem Sklaven und dem Anstifter ebenso unwahrscheinlich macht wie der mitgeteilte Tatplan: Der Sklave soll dem Anstifter die gestohlene Sache einfach bringen. Der *actio furti* stehen an sich zwei Hindernisse entgegen. Erstens fehlt es an der *contrectatio* – das ist durch die Erwägungen Justinians überwunden – und zweitens – MACCORMACKS Verständnis dieser Stelle als richtig vorausgesetzt – an einer tätigen Hilfeleistung des *sollicitator*. Sollte Inst. 4.1.11 auch die Anstiftung ohne anschließende Unterstützung des Täters ausschließen wollen, so ist die Rechtsfolge in Inst. 4.1.8 schlichtweg unhaltbar. Das bloße Anstiften eines Sklaven zum Diebstahl dürfte ohne die entsprechende tätige Hilfe zur Tatbegehung durch den Anstifter gar nicht als Diebstahl verfolgt werden. Es entsteht der Eindruck, als habe MACCORMACK den letzten Satz von Inst. 4.1.11 zu extensiv ausgelegt und eine von Justinian nicht beabsichtigte Reduzierung der Teilnahmemodi konstruiert. Besser erscheint es, Inst. 4.1.11 vor dem Hintergrund der Strafbarkeit des Anstifters in Inst. 4.1.8 auszulegen und dabei insbesondere der Trennung von *consilium dedit* und *hortatus est* Aufmerksamkeit zu schenken. Die gesonderte Erwähnung des *hortatus est* neben dem *consilium* ist auffällig. Nach der den Verfassern von Inst. 4.1.11 gewiss präsenten Beschreibung Ulpians in D.47.2.50.3 umfasst *consilium* die Begehungsweisen der Anstiftung und der Beihilfe durch *persuadere*, *impellere* und *instruere*, somit im Hinblick auf *impellere* auch die Ermunterung zur Tat. Zugleich fällt auf, dass die Verfasser bei der Nennung der Begehungsweisen, die ein *ops* erfordern, die Verwendung des *sollicitare* scheuen, dass eine häufige Bezeichnung der Anstiftung bereits in der Klassik war³⁴⁴ und in Inst. 4.1.8 unzweifelhaft diese Bedeutung hat. Stattdessen bleibt es bei der Nennung von *hortatus est*, das in seinen Bedeutungen „ermuntern“ oder „zureden“ ein Minus zur Anstiftung durch ein „überreden“ bedeutet.

begehung fördere, MACCORMACK, GEOFFREY: *Ope consiliove Factum*, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 289, 291.

³⁴⁴ Zur Verwendung von *sollicitator* REIN, WILHELM: Das Criminalrecht der Römer, Leipzig 1844, S. 190.

Es ist deshalb entgegen MACCORMACK naheliegend, dass nicht alle unter dem Begriff *consilium* zusammengefassten Beteiligungsformen entkriminalisiert werden sollten, sondern die Anstiftung weiterhin als selbstständige Beteiligungsform erhalten worden ist. Tatsächlich scheinen nach dieser Bestimmung die Teilnahmehandlungen nicht mehr strafbar, die nach heutiger Terminologie eher als psychische Beihilfe bezeichnet werden.³⁴⁵ Ob diese Institutionenstelle im Hinblick auf die klar widersprüchlichen Regelungen in den Digesten Allgemeingültigkeit erlangte, ist zumindest fraglich.

dd) Die Kausalität der Teilnahmehandlung für die Haupttat

Die Kausalität ist keine von den römischen Juristen formulierte, aber in der Gestalt der mittelbaren Kausalität stets mitgedachte Voraussetzung der Strafbarkeit und Kriterium zur Abgrenzung von Täter und Teilnehmer. Die Frage, ob eine Kausalität der Anstiftung oder der Beihilfe für den Erfolg oder die Handlung des Täters erforderlich ist, muss für das *furtum* vor dem Hintergrund beantwortet werden, dass schon die vom *animus furandi* getragene *contrectatio* den vollen Tatbestand erfüllt. Es entfällt eine Unterscheidung zwischen der Kausalität für die Tathandlung oder den Taterfolg. Sowohl die Beihilfe wie die Anstiftung müssen für die *contrectatio* kausal sein, die Tathandlung ist und zugleich die Schädigung fremden Vermögens darstellt³⁴⁶.

ee) Zusammenfassung der für die Teilnahmemodi gewonnenen Ergebnisse

Die Begriffe *ops* und *consilium* umfassen nach den von Ulpian genannten für sie typischen Handlungen der Beteiligten solche Fallgestaltungen, die in der heutigen Dogmatik ihre Entsprechung in der Anstiftung, der physischen und wohl auch der psychischen Beihilfe und in Konstellationen der Mittäterschaft finden, in denen der eine Mittäter die Tathandlung ausführt, der andere aber einen wesentlichen Tatbeitrag leistet, der ihn als Mittäter qualifiziert. Zusammenfassend kann für die objektive Tatseite von einer Unterscheidung zwischen dem Täter und dem Teilnehmer gesprochen werden, wobei der Teilnehmer mittelbar und adäquat kausal für die Verwirklichung der Tat sein musste.

d) Der Teilnahmevorsatz

Eine Bestimmung der Voraussetzungen hinsichtlich des Verschuldens des Teilnehmers findet sich in

³⁴⁵ Ähnlich JOLOWICZ, H.F.: Digest XLVII.2 De Furtis, Cambridge 1940, lxvii, der unter *consilium* ohnehin nur „intellectual assistance“ versteht; i.E. ähnlich REIN, WILHELM: Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1844, Aalen 1962, S. 196.

³⁴⁶ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 746 und S. 746, Anm. 5 mw.N.

D.47.2.50.2 (Ulpianus 37 ad ed.): *Recte pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse.*

Zu Recht sagt Pedius, so wie niemand einen Diebstahl ohne Vorsatz begehen kann, so könne er auch nicht Rat oder Tat ohne Vorsatz leisten.

Zunächst muss der Teilnehmer die Haupttat, an der er teilnimmt, als vorsätzlichen Diebstahl erkennen können³⁴⁷: Verschuldensfähigkeit ist Voraussetzung der Teilnahme. Wer selbst keine Absicht zur Tatbegehung haben kann, ist auch nicht *ope consilio* an dem Diebstahl beteiligt. Daneben gilt dies aber auch für Fälle, in denen der Teilnehmer irrt oder sonst von einem falschen Sachverhalt ausgeht.³⁴⁸

Der Teilnehmer muss laut Ulpian mit dem gleichen Vorsatz im Hinblick auf die Haupttat handeln wie der Täter. Bei beiden ist böse List erforderlich. Gleiches sagt Paulus in D.50.16.53.2 (Paulus 59 ad ed.) in allgemeinerer Form für die Teilnahme *ope*. Der Teilnehmer muss *dolos* und je nach Konstellation des Diebstahls mit dem *animus lucri faciendi* handeln. Für das gleiche Vorsatzerfordernis spricht auch, dass die Klagformel, mit der sowohl der Täter als auch der Teilnehmer im Formularprozess verklagt wurden, nach der h.M. zunächst die Gleiche war.³⁴⁹ Doch ist dieses Erfordernis für die Klassik und die hier besonders interessierenden nachfolgenden Epochen der Rechtsentwicklung im Rahmen einer weiten Diskussion um die Voraussetzung angezweifelt worden.³⁵⁰

aa) Die Ansicht WATSONS

WATSON³⁵¹ hat vertreten, dass es Fälle der Teilnahme gäbe, in denen der Teilnehmer keinen entsprechenden Diebstahlsvorsatz zu haben bräuchte. Als Zeuge dieser Ansicht dient ihm:

³⁴⁷ D.47.2.91.1 (Iavolenus 9 ex post. lab.); 47.2.23 (Ulpianus 41 ad Sab.; 47.2.50.2; 47.2.51pr; 47.2.46.7; Gai. III, 197, 208 (= Inst. 4.1.18)

³⁴⁸ Wer nicht versteht, dass er hilft oder dazu anstiftet, eine fremde Sache gegen den Willen des Berechtigten zu berühren, leidet an einem Grad mangelnder Einsichtsfähigkeit, der ihn zum *dolo incapax* macht. Gemeint sind hier also der *impuer*, bei dem die erforderliche Verstandesreife nicht nachgewiesen ist, vgl. Gai. 3, 208, der *furiosus* und schließlich auch derjenige, der sich schlicht über den Sachverhalt irrt.

³⁴⁹ HUVELIN, P.: *Etudes sur le furtum dans le Très Ancien Droit Romain*, Bd.1, Lyon 1915, S. 385ff., 392ff.; THOMAS, J.A.C.: *Contrectatio* – my last word, in: IURA 14 (1963), S. 180ff., 182; MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 745 Anm. 2; MACCORMACK, GEOFFREY: *Ope consilio furtum factum*, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 293

³⁵⁰ Für eine Übersicht: ZIMMERMANN, REINHARD: *The Law of Obligations*, Cape Town Wetton Johannesburg 1990, S. 926.

³⁵¹ WATSON, ALAN: *Contrectatio* as an essential of *furtum*, in: 77 (1967) L.Q.R., S. 526ff., 528f.

D.47.2.67.2 (Paulus 7 ad plaut.): *Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt.*

Die alten Juristen sind der Ansicht gewesen, dass der, der einen Maultiertreiber arglistig vorgeladen hat, wegen eines Diebstahls hafte, wenn die Maultiere inzwischen verloren gegangen sind.

Hier hat jemand einen Maultiertreiber unter einem Vorwand verklagt und vorgeladen. Während der Maultiertreiber pflichtgemäß bei Gericht erscheint, „verschwinden“ seine unbewachten Maultiere. Paulus zitiert den Bericht des Plautius, dass schon die Juristen der Republik den Kläger des Diebstahls für schuldig befunden haben. Nach dem bisher über die Voraussetzungen des Diebstahls Gesagten fällt auf, dass der Kläger die Maultiere bei keiner Gelegenheit berührt hat. Sie mögen einfach weggelaufen, umgekommen oder auch gestohlen worden sein, der arglistige Kläger hat sie nach der Sachverhaltsschilderung nicht berührt. Gleichwohl soll er des Diebstahls schuldig sein. WATSON erklärt dies von seinem Standpunkt, nach dem eine *contrectatio* auch bereits während der Republik eine Voraussetzung des *furtum* gewesen sei, damit, dass er *ope consilio* verantwortlich sei. Der Sachverhalt müsse so verstanden werden, dass die Maultiere während der Abwesenheit des Treibers von einem Dritten gestohlen worden seien. Ein *furtum ope consilio* setze nicht voraus, dass der Teilnehmer seine Teilnahmehandlung mit Vorsatz begangen habe. Die *contrectatio* durch den Dritten begründe die Haftung des Klägers, der allein die Absicht gehabt haben mag, den Maultiertreiber ungerechtfertigt zu verklagen. Der *animus furandi*, der auch nach WATSONS Ansicht notwendige Voraussetzung für eine Verantwortlichkeit wegen Rat und Tat ist, wird dem Kläger zugerechnet („imputed“).³⁵² Diese Zurechnung erfolge, weil der Kläger es dem Dritten ermöglicht habe zu stehlen.³⁵³ WATSON führt mit seinem Verständnis von D.47.2.67.2 (Paulus 7 ad plaut.) eine These vom „vorsatzlosen“ oder „fahrlässigen“ Teilnehmer ein. Des Weiteren beruft sich WATSON auf

D.47.2.50.1 (Ulpianus 37 ad ed.): *Ope consilio furtum factum celsus ait non solum, si idcirco fuerit factum, ut socii furarentur, sed et si non, ut socii furarentur, inimicitiarum tamen causa fecerit.*

Mit Hilfe und Rat, sagt Celsus, ist ein Diebstahl nicht nur dann verübt worden, wenn die Tat begangen worden ist, damit die Beteiligten stehlen, sondern auch wenn er es nicht in der Absicht, dass die Beteiligten stehlen sollten, sondern aus Feindseligkeit getan hat.

³⁵² WATSON, ALAN: *Contrectatio* as an essential of *furtum*, in: 77 (1967) L.Q.R., S. 526ff., 529.

³⁵³ *Contrectatio* as an essential of *furtum*, in: 77 L.Q.R. 1967, S. 526ff., 529.

WATSON hat hierin eine Bestätigung seiner These gesehen, dass der Teilnehmer nicht mit dem gleichen Vorsatz wie der Täter handeln muss, weil zur Haftungsbeurteilung die *dolus* dem Teilnehmer ohnehin zugerechnet würde: Ulpian wolle hier darlegen, dass der Teilnehmer auch nur einen allgemeinen Schädigungsvorsatz haben könne. Der mit Schädigungsvorsatz Handelnde sei dann des Diebstahls schuldig, wenn der Dritte den Diebstahl begeht, auch wenn der Teilnehmer von der Qualität der Haupttat nichts wusste, sondern nur einen wie auch immer gearteten Schadenseintritt beim Opfer wollte.³⁵⁴

bb) Kritik an der Ansicht WATSONS und eigene Ansicht

D.47.2.67.2 (Paulus 7 ad plaut.) wird von der überwiegenden Ansicht³⁵⁵ anders interpretiert als von WATSON. THOMAS³⁵⁶ hat eingewendet, dass im Laufe der Entwick-

³⁵⁴ WATSON, ALAN: *Contrectatio* as an essential of *furtum*, in: 77 L.Q.R. 1967, S. 526ff., 529.

³⁵⁵ Der Ausgangspunkt dieser vorherrschenden Meinung ist in HUVELINS „Etudes sur le *furtum*“ enthalten. Dort hat HUVELIN das Fragment in der Weise interpretiert, dass die Entscheidung als gegen einen Einzeltäter gerichtet aufzufassen ist. Weder werde erwähnt, dass die Maultiere, nachdem sich der Treiber zur Verhandlung begeben hat, gestohlen wurden, noch dass der arglistige Kläger *ope consilio* den Diebstahl begangen habe. Ein Dritter komme in der Sachverhaltsschilderung nämlich nicht vor. Es sei deshalb zwingend zu folgern, dass ein Diebstahl auch ohne *contrectatio* begangen werden konnte. HUVELINS Ansicht steht der Meinung WATSONS insoweit entgegen, dass sich aus diesem Fragment keine Erkenntnisse über den Vorsatz der Teilnahme oder über das Zusammenwirken von Täter und Teilnehmer gewinnen lassen, HUVELIN, P.: *Etudes sur le furtum dans le Très Ancien Droit Romain*, Bd.1, Lyon 1915, S. 380ff.

Ebenfalls noch vor WATSON hat BUCKLAND vertreten, dass die *contrectatio* Voraussetzung des *furtum* jedenfalls für die Klassik und die darauffolgenden Stufen der Rechtsentwicklung gewesen ist, BUCKLAND, W. W.: *Contrectatio*, in: 47 L.Q.R. (1941) S. 467ff., 468. Insoweit stimmt er mit dem Hauptanliegen WATSONS überein, dem es darum geht nachzuweisen, dass ein Diebstahl ohne *contrectatio* im Sinn der Klassik („berühren“) undenkbar sei. Für den Fall des Maultiertreibers haben BUCKLAND wie HUVELIN einen Fall vermutet, in dem der Kläger nicht als Gehilfe eines unerwähnt gebliebenen Täters gehandelt hat. Der Kläger sei der Täter des *furtum*. Doch anders als HUVELIN beharrte BUCKLAND auf dem Erfordernis einer *contrectatio*. Dazu entwickelte er einen von der oben dargestellten Konzeption abweichenden Begriff der *contrectatio*. Diese sei so aufzufassen, „that if I meddle with the thing wilfully so as to deprive you of an economic interest in the thing, that is a *contrectatio fraudulosa*“, ebd. S. 470f. Die *contrectatio* soll danach als wie auch immer gearteter Eingriff in die Sphäre wirtschaftlicher Interessen eines anderen zu verstehen gewesen sein mit dem Ziel, den anderen zu entreichern. Folglich muss *dolo malo* in D.47.2.67.2 (Paulus 7 ad plaut.) den Willen des Klägers beinhalten, dass die Maultiere gegen den Willen des Treibers verloren gehen. Diese Ansicht steht der These WATSONS aus den gleichen Gründen wie HUVELINS Auffassung entgegen. BUCKLANDS These zur *contrectatio* ist von THOMAS aufgenommen worden. Des Weiteren zur h.M. in dieser Frage LONGO, GIANETTO: *La complicità nel diritto penale romano*, in: BIDR 61 (1958), S. 103ff., S. 125 Anm. 31.

³⁵⁶ THOMAS, J.A.C.: *Contrectatio*, complicity and *furtum*, in: IURA XIII (1962), S. 70ff.; ihm folgend MACCORMACK, GEOFFREY: *Ope consilio furtum factum*, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 272ff.

lung des römischen Rechts *furtum* nicht immer eine *contrectatio* vorausgesetzt hätte. Er zeigt dies anhand von Fragmenten, die WATSON in seiner Darstellung nicht besprochen hat,³⁵⁷ und zeichnet den Entwicklungsgang des *furtum* nach. D.47.2.67.2 (Paulus 7 ad plaut.) sowie alle anderen Fragmente, die beim *furtum* eine *contrectatio* nicht forderten, müssten als Darstellung der Sicht republikanischer Juristen angesehen werden, zu deren Zeit dem *furtum* noch ein sehr großer Anwendungsbereich eröffnet war.

Vor dem Hintergrund der zeitlichen Einordnung der Aussage Plautius (erste Hälfte des 1. Jhdt. n. Chr.), die die Ansicht der alten Juristen wiedergibt und so ihre Geltung auf die Zeit der Republik bezieht, ist die von THOMAS angebotene Interpretation THOMAS' Lösung überlegen. Sie kommt ohne die Vermutung eines Dritten im Tatbestand aus, der noch dazu entgegen dem Wortsinn von *perire* gestohlen haben muss, damit THOMAS' These zu halten ist. Doch weder gibt es einen Anlass, einen Dritten zu vermuten, noch ist es zwingend, *perire* als „verschwinden aufgrund Diebstahls“ zu verstehen. Daneben steht der Meinung WATSONS zudem entgegen, dass er offen lässt, auf welcher Grundlage der *animus furandi* dem Kläger zugerechnet werden soll. Bislang sind drei Gruppen von Sachverhalten herausgearbeitet worden, in denen das Handeln eines Dritten dem Täter zugerechnet worden ist. Die erste Konstellation ist die Mittäterschaft bei arbeitsteiliger Verwirklichung des Tatbestandes. Doch hier besteht die Einschränkung, dass eine Zurechnung nur erfolgt, wenn alle Mittäter auch eigenhändig einen Teil der Tathandlung ausgeführt haben. Die Handlungen eines jeden einzelnen mussten unmittelbar, wenn auch kumulativ kausal für den Erfolg sein. Und selbst diese wechselseitige Zurechnung forderte einen zweifelnden Kommentar Iulians heraus. Der zweite Fall des Einstehens für das Handeln eines anderen betrifft die Noxalhaftung und die Haftung des befehlenden Herrn, Vaters, Magistrats oder Offiziers. Sowohl die Noxalhaftung wie die alleinige Haftung des Befehlenden setzen die *patria potestas* oder ein sonstiges, qualifiziertes Über-Unterordnungsverhältnis voraus. Im letzten Fall haften der wissende, aber untätige Herr und deliktische Sklave für ein vom Sklaven begangenes Delikt.³⁵⁸ Eine vergleichbare Konstellation zwischen Täter und Teilneh-

Ebenso wie THOMAS geht MACCORMACK von einer Entwicklung des *furtum* aus, in deren Verlauf die Tathandlung zunächst ein Wegtragen erforderte und Bestimmungen hinsichtlich der Teilnahme nicht getroffen worden seien. Wer selbst heimlich eine Sache weggetragen hatte, war ein *fur*. In der späten Republik seien unter *furtum* all jene Eigentumsverletzungen subsumiert worden, die nicht von der *lex Aquilia* erfasst waren. Auf dieser Stufe der Entwicklung des römischen Rechts sei D.47.2.67.2 (Paulus 7 ad plaut.) anzusiedeln. Auch MACCORMACK sieht hier keinen Fall der Beteiligung eines Dritten, MACCORMACK, GEOFFREY: *Ope consilio furtum factum*, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 272ff.

³⁵⁷ D.47.2.54pr. (Paul 39 ad ed.); 47.2.39.2 (Ulp. 41 ad Sab.); 47.2.83.2 (= P. Sent. 2.31.31)

³⁵⁸ Zudem ist der Gewichte verleih zu beachten, D.47.2.52.22 (Ulpianus 37 ad ed.), der sich allerdings eines menschlichen Werkzeugs bedient. Somit wird hier streng genommen kein fremdes, sondern eigenes Handeln des Täters mit der Diebstahlsklage verfolgt.

mer liegt laut WATSON in seiner Auslegung von D.47.2.67.2 (Paulus 7 ad plaut.) aber nicht vor. Allein der Erfolg des Diebstahls soll dazu führen, dass der Kläger, der einen dunklen Schädigungsvorsatz hat, haftet. Eine solche Lösung ist für die Zwölftafelzeit, in der allein bestraft wurde, wer die unmittelbare Ursache für den Erfolg gesetzt hatte, ebenso undenkbar wie für die nachfolgenden Entwicklungsstufen des römischen Rechts. Selbst die Lockerung der Kausalitätsvoraussetzungen, die durch die Interpretation der *lex Aquilia* offenbar wird, hat die Verantwortlichkeit für fremdes Handeln nur in den genannten Fallgruppen ermöglicht. Schließlich verleiht auch das zweite hier erwähnte Zitat, D.47.2.50.1 (Ulpianus 37 ad ed.), WATSONS These keine größere Glaubwürdigkeit. MACCORMACK³⁵⁹ hat gezeigt, dass in diesem Fragment eine Abgrenzung von Vorsatz und Motiv zu sehen ist: Der Teilnehmer könne auch aus anderen, einem Diebstahl normalerweise nicht zugrundeliegenden Motiven handeln. Sein Grund für die Teilnahme an der Tat müsse nicht Habsucht oder eine sonstige, den Diebstahl typischerweise motivierender Beweggrund sein. Er kann auch handeln, um den anderen zu schädigen. Gleichwohl schließt das einen auf die Begehung des Diebstahls gerichteten Vorsatz, zumindest das Wissen, dass ein Diebstahl begangen werden wird, nicht aus.

cc) Die Bestimmung des Teilnahmevorsatzes

Ähnlich wie beim täterschaftlich begangenen Diebstahl muss auch die Feststellung des Vorsatzelements für den Teilnehmer vonstattengegangen sein. Bestimmte Sachverhaltsumstände ließen den Schluss auf den Vorsatz des Teilnehmers zu, der nach Ulpian grundsätzlich dem des Täters zu entsprechen hatte.

Inst. 4.1.11: ... *ope consilio eius quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effringendum aut scalas, ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cuius gratia commodaverit ...*

... Mit Rat und Tat wird, wie man annimmt, ein Diebstahl auch von dem begangen, der etwa Leitern an Fenster legt oder die Haustür aufbricht, damit ein anderer den Diebstahl begeht; oder wer eisernes Werkzeug zum Aufbrechen oder Leitern zum Anlegen an Fenster verliehen hat, wissend, weswegen er dies getan hat ...

Der mit *ut fenestris* eingeleitete Finalsatz bezieht sich nur auf die Tätigkeit des Anlegens der Leiter oder Aufbrechens. Eine Absicht im Hinblick auf den Diebstahl

³⁵⁹ MACCORMACK, GEOFFREY: *Ope consilio furtum factum*, in: TR 51 (1983), S. 271ff, 284; ähnlich THOMAS, J.A.C.: *Contrectatio, complicity and furtum*, in: IURA XIII (1962), S. 70ff., 80. Unklar ist allerdings das Ergebnis MACCORMACKS. Er folgert, dass bereits in der Spätclassik unterschiedliche Vorsatzerfordernisse gegolten haben: Bei der Begehung *ope* habe neben dem Wissen, das ein Diebstahl geschieht, auch das *motive* der Schädigung ausgereicht. Das ist eine auch der englischen Rechtsterminologie fremde Gleichsetzung von Tatmotiv und Vorsatz.

ist damit gefordert. Doch auch ein geringerer Grad des Verschuldens reicht aus: *sciens cuius gratia commodaverit* zeigt, dass es ausreicht, wenn der Verleiher weiß, welchem Zweck seine Leiter oder sein Werkzeug dient. Justinian fordert für den tätigen Gehilfen lediglich die Kenntnis, seine Tätigkeit diene der Unterstützung eines Diebstahls. In dem Wissen, wozu Hilfe geleistet wird, und dem Handeln eingedenk dieses Wissens ist ein hinreichender Vorsatz für eine Bestrafung des *fur ope consilio* gesehen worden.

dd) Das bewusste Zusammenwirken von Täter und Teilnehmer
als Voraussetzung der Teilnahme strafbarkeit

(1) Problemaufriss

Im Bereich des Teilnahmevorsatzes ist die Frage zu klären, ob Täter und Teilnehmer bewusst zusammenwirken müssen oder ob es für die Strafbarkeit des Teilnehmers ausreicht, wenn der Teilnehmer wissentlich den Täter unterstützt, ohne dass dieser weiß, dass er unterstützt wird.

Die Frage nach einem „gemeinsamen Tatentschluss“ wirft das Fragment D.47.2.50.1 (Ulpianus 37 ad ed.) auf.

D.47.2.50.1 (Ulpianus 37 ad ed.): *Ope consilio furtum factum celsus ait non solum, si idcirco fuerit factum, ut socii furarentur, sed et si non, ut socii furarentur, inimicitarum tamen causa fecerit.*

Mit Hilfe und Rat, sagt Celsus, ist ein Diebstahl nicht nur dann verübt worden, wenn die Tat begangen worden ist, damit die Beteiligten stehlen, sondern auch, wenn er es nicht in der Absicht, dass die Beteiligten stehlen sollten, sondern aus Feindseligkeit getan hat.

Hier ist von *socii* die Rede, was einen gemeinsamen Tatentschluss im Hinblick auf die in diesem Begriff zum Ausdruck kommende Willensübereinstimmung³⁶⁰ nahelegt. Allerdings fällt die Antwort auf die Frage nach einem „gemeinsamen Tatentschluss“ von Täter und Teilnehmer nicht einheitlich aus.

(2) Die Ansicht THOMAS`

THOMAS betrachtet dieses Fragment zusammen mit D.47.2.50.4 (Ulpian 37 ad ed.). Er entnimmt beiden Fragmenten, dass die Teilnahme dann ein *acting in concert* voraussetzt, wenn der Teilnehmer im Sinne von 47.2.50.1 (Ulpianus 37 ad ed.)

³⁶⁰ *Socius* meint im Zivilrecht insbesondere den Miteigentümer und den Gesellschafter, HEUMANN, H.; SECKEL, E.: HandLexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl. Graz 1971, „Socius“.

keinen Diebstahlsvorsatz gehabt hat, also nur mit Schädigungsvorsatz handelt.³⁶¹ Dabei versteht THOMAS unter dem subjektiven Element eines *acting in concert* in D.47.2.50.4 (Ulpian 37 ad ed.) *that you drove the animal to those you knew were there as thieves*.³⁶² Seine Idee des Zusammenwirkens umfasst also nur das Wissen, dass durch die eigene Handlung ein Diebstahl ermöglicht wird, und den entsprechenden Willen hierzu. Dieses Konzept eines *acting in concert* impliziert freilich keinen „gemeinsamen Tatentschluss“ von Täter und Teilnehmer.

(3) Die Ansicht MACCORMACKS

MACCORMACK hingegen hat ein anderes Verständnis des *acting in concert* zwischen dem Täter und dem Teilnehmer, das er als Voraussetzung der Strafbarkeit des Teilnehmers vermutet. Er setzt *acting in concert* mit *co-operation* oder *collusion* gleich³⁶³ und zeigt damit, dass für ihn Täter und Teilnehmer aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses handeln müssen. MACCORMACK führt auf diese Weise neben dem Teilnehmervorsatz ein weiteres haftungsbegründendes Element ein. Täter und Teilnehmer müssen sich zu ihrem gemeinsamen Vorgehen verabreden. Fehlt es an dieser Verabredung, so hätten die römischen Juristen eine Haftung des Teilnehmers abgelehnt.

(4) Kritik und eigene Auffassung

MACCORMACK kann für sich in Anspruch nehmen, dass sein Verständnis der Bedeutung von *socii* in D.47.2.50.1 (Ulpianus 37 ad ed.) der Bedeutung des privatrechtlichen *socius* entspricht. Dort kennzeichnet der im Strafrecht oftmals die Teilnahme bezeichnende Begriff *socii*³⁶⁴ ein durch Absprache und Übereinkunft begründetes Verhältnis zwischen zwei Personen. Tatsächlich mag eine Absprache auch oft zwischen dem Täter und dem Teilnehmer getroffen worden sein. Eine allgemeingültige Voraussetzung kann selbst aus den von MACCORMACK verwendeten Quellen jedoch nicht abgeleitet werden. Gegen die Auffassung MACCORMACKS spricht zunächst

D.47.2.36pr (Ulpianus 41 ad sab.): *Qui servo persuasit, ut fugeret, fur non est: nec enim qui alicui malum consilium dedit, furtum facit, non magis quam si ei persuasit, ut se praecipitet aut manus sibi inferret: haec enim furti non admittunt actionem. sed si alius ei fugam persuaserit, ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio eius furtum factum*

³⁶¹ THOMAS, J.A.C.: Contrectatio, complicity and furtum, in: IURA XIII (1962), S. 70ff., 80.

³⁶² THOMAS, J.A.C.: Contrectatio, complicity and furtum, in: IURA XIII (1962), S. 70., 77.

³⁶³ MACCORMACK, GEOFFREY: Ope consilio furtum factum, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 284, 1. und 3. Absatz.

³⁶⁴ D.17.2.57 (Ulpianus 30 ad sab.); 48.3.6.1 (Marcianus 2 de iudic. publ.); CJ. 9.41.4.

sit. plus pomponius scripsit eum, qui persuasit, quamvis interim furti non teneretur, tunc tamen incipere teneri, cum quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio eius furtum factum.

Wer einen Sklaven überredet hat, so dass er davonläuft, ist kein Dieb: denn wer einem anderen einen Rat gegeben hat, begeht keinen Diebstahl, ebensowenig, als wenn er diesen überredet, damit er sich zu Tode stürze oder Hand an sich selbst lege. Dies lässt eine Diebstahlsklage nämlich nicht zu. Hat ihm aber der eine zur Flucht zugeredet, damit er von einem anderen gestohlen werde, so wird der Überredende auf Grund der Diebstahlsklage haften, als wenn der Diebstahl an jenem durch seinen Rat und seine Hilfe begangen worden ist. Darüber hinaus schreibt Pomponius, dass derjenige, der überredet hat, für den Augenblick noch wegen Diebstahls hafte, er dennoch sofort zu haften anfangen, wenn der Entlaufene gestohlen worden ist, als sei der Diebstahl durch seinen Rat und seine Hilfe begangen worden.

Zweifel können an einer Verabredung zwischen dem Täter und dem Teilnehmer deshalb bestehen, weil der Täter als *alio* bezeichnet wird. Diese unbestimmte Bezeichnung des Teilnehmers legt es nahe, dass zwischen den beiden Beteiligten kein durch Verabredung begründetes näheres Verhältnis besteht. MACCORMACK sieht aber gerade in dem Pomponiuszitat einen Beweis seiner These.³⁶⁵ Eine Haftung sei hier nur denkbar, wenn derjenige, der den Sklaven zur Flucht ermutigt hat, einen gemeinsamen Tatenschluss mit dem gefasst hat, der den Sklaven tatsächlich ergreift. Zwingend ist das freilich nicht. Er kann hier gewusst haben, dass der Sklave in jedem Fall seinem Herrn weggenommen werden würde, z.B. weil er ihm als Zufluchtsort eine Taverne genannt hat, in der bekanntlich Verbrecher verkehren. Die Ansicht MACCORMACK wird weiter entkräftet durch

Inst. 4.1.11: Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit: qualis est cuius ope et consilio furtum factum est. in quo numero est qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut obstitit tibi, ut alius rem tuam surriperet, vel oves aut boves tuas fugaverit, ut alius eas exciperet: et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum ...

Manchmal ist für einen Diebstahl verantwortlich, wer den Diebstahl nicht selbst begangen hat, wie der, durch dessen Tat oder Rat der Diebstahl begangen worden ist: Dazu zählt, wer dir die Münzen aus der Hand schlägt, damit sie ein anderer schnell an sich nimmt, oder wer sich dir in den Weg stellt, damit ein anderer deine Sachen wegnimmt, oder wer deine Schafe oder Rin-

³⁶⁵ MACCORMACK, GEOFFREY: *Ope consilio furtum factum*, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 284f.

der hetzt, damit sie ein anderer einfängt. Das schrieben die alten Juristen auch von demjenigen, der Großvieh mit einem roten Tuch aufgehetzt hat ...

MACCORMACK will hier erkennen, dass Gaius mit den Formulierungen *ut eos alius surriperet* und *ut alius eas exciperet* zeigen wollte, dass zwischen dem Teilnehmer und dem Täter eine *co-operation or collusion* der Normalfall jeder Teilnahme gewesen sei, wengleich nicht ausgeschlossen werden könne, dass Gaius Ausnahmen zugelassen hätte.³⁶⁶ Bei unvoreingenommener Betrachtung fällt es jedoch schwer, eine Verabredung zu erkennen. Zum einen wird der Täter auch hier wieder nur als *alius* bezeichnet. Ein auf Verabredung zu dem Verbrechen beruhendes Näheverhältnis zwischen dem Täter und dem Teilnehmer wird deshalb nicht anzunehmen sein. Zum anderen kann die Zwecksetzung „damit ein anderer sie an sich nehme“ nicht als eindeutiger Beweis der Verbrechenverabredung aufgefasst werden. Die Handlung des Teilnehmers lässt sich auch einfach damit erklären, dass er um die Anwesenheit der Diebe weiß und dann die Rinder treibt; der Diebstahl ist für ihn sichere und gewollte Folge seines Tuns. Es geht also vielmehr um die Beschreibung des Vorsatzes, genauer des *animus lucri faciendi*. Dass die Diebe wissen müssen, wer ihnen den Viehdiebstahl ermöglicht oder erleichtert hat, ist dabei keineswegs erforderlich. Der Münzschlägerfall lässt sich freilich nur aufgrund einer Verabredung denken, denn die zeitliche Koordination einer solchen Vorgehensweise kann nur durch beiderseitige Absprache, nicht durch den ohne Wissen des Täters handelnden Teilnehmer erreicht werden. Hier ist eine Verabredung sicher anzunehmen. Allgemeine Voraussetzung der Teilnahme ist sie nie gewesen, wenn auch möglicherweise eine nicht seltene Begleiterscheinung der Teilnahme.

ee) Der Anstiftervorsatz als strafbegrenzendes Element – Strafflosigkeit des Anstifters bei bewusster Abweichung des Haupttäters

Der Anstifter haftet nur für die Taten des Angestifteten, die von seinem Anstiftungsvorsatz umfasst sind:

D.11.3.11.1 (Ulpianus 23 ad ed.): *Servo persuasi, ut chirografa debitorum corrumpat: videlicet tenebor. sed si consuetudine peccandi postea et rationes ceteraque similia instrumenta subtraxerit vel interleverit deleverit, dicendum erit corruptorem horum nomine non teneri.*

Ich habe einen Sklaven dazu überredet, Schuldscheine von Schuldnern zu vernichten; dafür hafte ich natürlich. Aber wenn er sich das später zur Gewohnheit werden lässt und Rechnungsbücher und ähnliche Urkunden wegnimmt oder unleserlich macht oder vernichtet, dann muss man sagen, dass der, der ihn verdorben hat, dafür nicht haftet.

³⁶⁶ MACCORMACK, GEOFFREY: *Ope consilio furtum factum*, in: TR 51 (1983), S. 271ff., 285.

Wer den Sklaven seines Gläubigers³⁶⁷ dazu überredet, Schuldscheine zu vernichten, haftet wegen Diebstahls und aus der *actio servi corrupti*.³⁶⁸ Doch fährt der Sklave danach fort, Rechnungsbücher und ähnliche Urkunden wegzunehmen oder unleserlich zu machen, so bin ich nicht mehr dafür verantwortlich. Der Sklave ist von mir nur zu einer Tat dieser Art angestiftet worden, wie die zeitliche Trennung durch *postea* verdeutlicht. Hier handelt es nicht um einen Exzess nach heutiger Terminologie, weil der Sklave die eine Tat, zu der er angestiftet worden ist, beendet hat. Danach fährt er jedoch fort, weitere Urkundendiebstähle zu begehen. Doch der Anstifter haftet nur so weit, wie sein Vorsatz reicht.

ff) Zusammenfassung der zum Teilnahmevorsatz beim Diebstahl erarbeiteten Ergebnisse

Der Teilnehmer am Diebstahl muss vorsätzlich handeln. Der Vorsatz muss in seiner Person gegeben sein, denn dem Teilnehmer wird der Vorsatz des Täters nicht zugerechnet. Für eine solche Zurechnung fehlt es zum einen an quellenmäßigen Belegen, zum anderen bedingt eine Verschuldenszurechnung oder Haftung für das Handeln eines anderen im römischen Strafrecht entweder ein besonderes Über-Unterordnungsverhältnis oder für eine wechselseitige Zurechnung eine eigenhändige gemeinschaftliche Tatausführung mehrerer. Hinsichtlich des Verschuldens der Teilnehmer ist für die Zeit Justinians zu unterscheiden. Der Anstifter, der wie in der Klassik auch ohne physischen Akt strafbar ist, muss mit der Absicht handeln, dass die Tat begangen wird. Die Teilnahmekonstellation, die mit Ermunterung oder Rat-schlag beschrieben und nach heutiger Terminologie als psychische Beihilfe oder Mittäterschaft zu bezeichnen ist, verliert unter Justinian ihre Bedeutung. Wer nur zur Tat ermuntert, bleibt möglicherweise straffrei.

Die physische Beihilfe oder die Mittäterschaft, die in der Hilfeleistung zur Tatbegehung besteht, kann auch mit der auf die Haupttat gerichteten Absicht begangen werden. Zur Begründung der Strafbarkeit reicht allerdings das Wissen aus, dass die eigene Handlung der Unterstützung eines Diebstahls dient.

Eine Verabredung zwischen Täter und Teilnehmer ist keine Voraussetzung der Teilnahme gewesen. Zwar mag es praktisch der am häufigsten vorkommende Fall der Teilnahme gewesen sein, doch war es nicht erforderlich, dass Täter und Teilnehmer aufgrund vorheriger Absprache und eines gemeinsamen Tatplans gehandelt haben. Die besprochenen Quellen erforderten keine in diese Richtung weisende Auslegung.

³⁶⁷ Der Diebstahl oder die Unterdrückung von Urkunden wird in den Digesten nahezu immer aus der Sicht des Begünstigten geschildert und der angestiftete Sklave gehört dem Gläubiger, THOMAS, J.A.C: Furtum of Documents, in: RIDA 15 (1968), S. 429ff., 430 Anm. 6 und 7 m.w.N.

³⁶⁸ D.11.3.11.2 (Ulpianus 23 ad ed.).

10. *Ope consilio* bei anderen Delikten

Das Begriffspaar *ope consilio* als Beschreibung der Teilnahme wird außer in der Regelung des *furtum* noch bei der Behandlung anderer Delikte verwendet, die aber im Gegensatz zum *furtum* von jeher³⁶⁹ dem öffentlichen Strafrecht angehören.³⁷⁰

a) Der Hochverrat [*crimen laesae (oder inminutae) maiestatis*]³⁷¹

Ope consilio findet sich für den Hochverrat in:

D.48.4.10 (Hermogenianus 6 iuris epit.): *Maiestatis crimine accusari potest, cuius ope consilio dolo malo provincia vel civitas hostibus prodita est.*

Des Majestätsverbrechens kann derjenige angeklagt werden, durch dessen Hilfe oder Rat und Vorsatz eine Provinz oder Stadt an die Feinde verraten worden ist.

Auch hier wird *ope consilio* zur Beschreibung einer Teilnahmehandlung verwendet. Die Unterscheidung zwischen dem, der selbst handelt, und dem, der nur durch Tat oder Rat dazu beigetragen hat, dass eine Provinz oder Stadt dem Feind in verräterischer Weise ausgeliefert wird, belegt bei gleichem Sachverhalt (Übergabe eines Platzes an den Feind) der Gegensatz der verwendeten Termini in:

D.48.4.3 (Marcianus 14 inst.) *Lex duodecim tabularum iubet eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri. Lex autem iulia maiestatis praecipit eum, qui maiestatem publicam laeserit, teneri: qualis est ille, qui in bellis cesserit aut arcem tenuerit aut castra concesserit. eadem lege tenetur et qui iniussu principis bellum gesserit dilectumve habuerit exercitum comparaverit: quive, cum ei in provincia successum esset, exercitum successori non tradidit: quive imperium exercitumve populi romani deseruerit: quive privatus pro potestate magistrature quid sciens dolo malo gesserit: quive quid eorum, quae supra scripta sunt, facere curaverit.*³⁷²

³⁶⁹ *Adulterium* und *stuprum* sind als Tatbestände des öffentlichen Strafrechts erst mit der *lex Iulia de adulteriis coercendis* nachzuweisen. In der Republik scheinen sie der Jurisdiction des *pater familias* zugehörig zu sein, ROBINSON, OLIVIA F.: *Criminal Law of Ancient Rome*, London 1995, S. 58.

³⁷⁰ Vgl. auch PS 5.29.1 und PS 5.4.20. Beide Stellen beschäftigen sich mit der Teilnahme, im ersten Fall mit der Teilnahme am *crimen laesae maiestatis*, im zweiten mit der Teilnahme an einer Injurie.

³⁷¹ Zum *crimen laesae maiestatis* ROBINSON, OLIVIA F.: *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore 1995, S. 74ff. m.w.N.

³⁷² Wenngleich es als sicher gelten kann, dass dieser Text in seiner überlieferten Form nicht von Marcian stammt, so ist eben so sicher, dass er inhaltlich den Gesetzeswortlaut wiedergibt und nicht unbedingt Werk der Kompilatoren, sondern eine nachklassische Be-

Das Zwölftafelgesetz bestimmt, den, der den Feind angestachelt oder der einen Bürger dem Feind ausgeliefert hat, mit dem Tode zu bestrafen. Die *lex Iulia de maiestate* schreibt vor, dass der, welcher das öffentliche Ansehen verletzt habe, hafte. Dazu gehört jener, der im Kriege geflohen ist, oder eine Festung oder ein Feldlager verlassen hat. Durch dasselbe Gesetz haftet, wer ohne Befehl des Kaisers Krieg geführt hat, wer eine Aushebung von Soldaten gehalten oder eine Armee angeworben oder wer als Statthalter, nachdem sein Nachfolger ernannt worden ist, demselben die Armee nicht übergeben hat, oder wer ein Kommando oder eine Armee des römischen Volkes verlassen hat und wer als Privatmann je nach seinem Einfluss oder amtlichen Stellung etwas wissentlich mit Vorsatz getan, oder etwas von dem, was oben geschrieben worden ist, hat tun lassen.

Hier wird die Unterscheidung zwischen dem getroffen, der als Täter einen befestigten Platz oder ein Feldlager dem Feind übergeben hat, und demjenigen, der diese Kapitulation verursacht hat. Zwar wird das Begriffspaar *ope consilio* hier nicht verwendet, doch erlaubt die Unterscheidung von Täter und Teilnehmer den Schluss, dass Hermogenianus diese aus dem *furtum* geläufige Unterscheidung beim *crimen laesae maiestatis* in gleicher Bedeutung verwendet hat. *Ope consilio* wird zur Bezeichnung der Teilnahmehandlung am *crimen laese maiestatis* in der gleichen Bedeutung wie beim Diebstahl verwendet.³⁷³ Dennoch wird anhand des Unterschiedes zwischen der Terminologie in D.48.4.10 (Hermogenianus 6 iuris epit.) und D.48.4.3 (Marcianus 14 inst.) für den Hochverrat deutlich, dass es sich bei *ope consilio* um einen späten Import Hermogenians³⁷⁴ handelt, der im ursprünglichen Gesetzeswortlaut zur Beschreibung der Teilnahme am *crimen maiestatis* nicht verwendet wurde. RIZZELLI³⁷⁵ sieht hier aufgrund der geringen Anzahl verfügbarer Quellen ein unauflösliches Problem hinsichtlich der Datierung. Dennoch soll hier im Wege eines Vergleichs eine Antwort gewagt werden. Ulpian, dem die Verwendung der Formel *ope consilio* in ihrer Bedeutung der physischen und psychischen Teilnahme sowie der Anstiftung beim Diebstahl geläufig ist, verwendet sie, im Zusammenhang mit dem Hochverrat selbst da nicht, wo wir sie erwarten können:

D.48.4.1.1 (Ulpian 7 de off. procons.): *Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum romanum vel adversus se-*

arbeitung ist, CLOUD, J.D.: The Text of Digest XLVIII, 4, in: ZS 80 (1963), 206ff., 216. Für den Vergleich der sprachlichen Gestaltung kann er herangezogen werden.

³⁷³ I.E. ebenso RIZZELLI, GIUNIO: *Ope Consilio Dolo Malo*, in: BIDR 96 – 97 (1993/94), S. 293ff., 309.

³⁷⁴ Dafür, dass der Text von Hermogenian selbst stammt SCHULZ, FRITZ: *History of the Roman Legal Science*, Oxford 1946, S. 222f.

³⁷⁵ RIZZELLI, GIUNIO: *Ope Consilio Dolo Malo*, in: BIDR 96 – 97 (1993/94), S. 293ff., 309.

curitatem eius committitur. quo tenetur is, cuius opera dolo malo consilium initum erit, quo obsides iniussu principis interciderent: quo armati homines cum telis lapidibusve in urbe sint conveniente adversus rem publicam, locave occupentur vel templa, quove coetus conventusve fiat hominesve ad seditionem convocentur: cuiusve opera consilio³⁷⁶ malo consilium initum erit, quo quis magistratus populi romani quive imperium potestatemve habet occidatur: quove quis contra rem publicam arma ferat: quive hostibus populi romani nuntium litterasve miserit signumve dederit feceritve dolo malo, quo hostes populi romani consilio iuventur adversus rem publicam: quive milites sollicitaverit concitaveritve, quo seditio tumultusve adversus rem publicam fiat:

Das Majestätsverbrechen ist aber dasjenige, welches gegen das römische Volk oder dessen Sicherheit begangen wird. Es haftet dadurch derjenige, durch dessen vorsätzliche Bemühungen der Beschluss gefasst worden ist, durch den die Geiseln ohne Befehl des Kaisers zugrundegehen: durch den mit Waffen oder Steinen bewaffnete Menschen sich in der Stadt aufhalten oder sich gegen den Staat versammelt haben, oder Plätze oder Tempel besetzt werden oder durch den eine Zusammenrottung oder Versammlung geschieht oder Menschen zum Aufstand zusammengerufen werden; oder durch dessen vorsätzliche Bemühungen der Beschluss gefasst worden ist, durch den ein Amtsträger des römischen Volkes oder der die Befehlsgewalt oder politische Macht innehat, getötet wird; oder durch den irgendeiner gegen den Staat zur Waffe greift; oder der den Feinden des römischen Volkes einen Boten oder eine Nachricht sendet oder ein Losungswort hergibt oder etwas vorsätzlich bewirkt hat, wodurch die Feinde des römischen Volkes in ihrem gegen den Staat gerichteten Plan unterstützt werden: oder wer Soldaten aufwiegelt oder aufbringt, wodurch es zu Aufruhr oder Unruhe kommt:

Der größte Teil dieses Fragments gibt den Wortlaut der *lex Iulia maiestatis* in ihrem ursprünglichen Zustand wieder,³⁷⁷ und insbesondere die hier interessierende Passage *cuius opera dolo malo...*, war bislang keinem Interpolationsverdacht ausgesetzt. Ulpian hat wiedergegeben, was ihm als Wortlaut dieses Gesetzes bekannt gewesen ist. Er hat darauf verzichtet, die an sich die Sachverhalte der Teilnahme beim *furtum* beschreibende Formel einzufügen, weil sie nicht die zum Gesetz gehö-

³⁷⁶ Zu diesem mutmaßlichen Übertragungsfehler (statt *consilio* muss es *dolo* heißen), CLOUD, J.D.: The Text of Digest XLVIII, 4, in: ZS 80 (1963), 206ff., 213.

³⁷⁷ CLOUD, J.D.: The Text of Digest XLVIII, 4, in: ZS 80 (1963), 206ff., 208ff.

rige Formulierung, sondern in diesem Zusammenhang eine bloße Umschreibung des Gesetzeswortlauts gewesen wäre.

Zulässig ist der Schluss, dass ursprünglich und auch noch in klassischer Zeit die Teilnahmetatbestände beim *crimen maiestatis* nicht durch die Formel *ope consilio* gefasst werden.³⁷⁸ Die Nachklassik hat die Formel in der beim *furtum* dargestellten Bedeutung mit ihren Inhalten übernommen. Für die justinianische Zeit ist für den Inhalt der Formel die oben dargestellte interpretatorische Beschränkung der Teilnahmehandlung auf Anstiftung und tätige Hilfe mitzulesen. Die Teilnahme wird hier durch die Anstiftung (*sollicitare*) oder die schon in der *lex Iulia de adulteriis* verwendete Formel zur Kennzeichnung der mittelbaren Verursachung benannt.

b) Teilnahme am *adulterium* (Ehebruch der Ehefrau)

Die Formel *ope consilio* erscheint ebenfalls im Zusammenhang mit der Erörterung des *adulterium*, dem Geschlechtsverkehr der verheirateten Frau mit einem anderen als ihrem Ehemann.

D.48.5.15pr (Scaevola 4 reg.): *Is, cuius ope consilio dolo malo factum est, ut vir feminae in adulterio deprehensi pecunia aliave qua pactione se redimerent, eadem poena damnatur, quae constituta est in eos, qui lenocinii crimine damnantur.*

Der, durch dessen vorsätzliche Hilfe und Rat es geschehen ist, dass ein Mann oder eine Frau, die beim Ehebruch ergriffen worden sind, und sich durch Geld oder ein anderes Abkommen losgekauft haben, wird zu derselben Strafe verurteilt, welche gegen diese festgesetzt worden ist, die wegen Kuppelei verurteilt wurden.

MOMMSEN³⁷⁹ hat vertreten, dass dieses Fragment die Vermittlung einer Geldabfindung für die Abwendung der Adulterienklage behandelt. Ein dritter, nicht der *is*, erhalte das Geld. MOMMSEN sieht hier einen verselbständigten Teilnahmetatbestand.³⁸⁰ Zur Auslegung dieses Fragments vertritt DAUBE, dass in der *lex Iulia de adulteriis* die Formel *ope consilio* ebenso wie zunächst beim Diebstahl sowohl den Täter wie den Teilnehmer beschrieben habe. D.48.5.15pr (Scaevola 4 reg.) sei deshalb zumindest im Hinblick auf die Verwendung des *ope consilio* als Wiedergabe des Originalwortlauts der *lex* anzusehen. Folglich kennzeichnet die Verwendung der Formel *ope consilio* hier nicht die Teilnahme an einem fremden *adulterium*, sondern die Begehung des eigenen *lenocinium*, dass lediglich mit der Formel *ope consilio* beschrieben werde. Der Tatbestand des *lenocinium* ist ein verselbständig-

³⁷⁸ Der Originaltext hat wahrscheinlich kein *ope* enthalten, sondern wie von Ulpian mitgeteilt *opera*, CLOUD, J.D.: The Text of Digest XLVIII, 4, in: ZS 80 (1963), 206ff., 228.

³⁷⁹ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 700 und Anm. 6.

³⁸⁰ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 101 Anm. 1.

ter Teilnahmetatbestand, der grundsätzlich Anstiftungs- wie Beihilfehandlungen zu allen Sexualdelikten (Kuppelei und Zuhälterei, in deren Folge *adulterium* oder *stuprum*³⁸¹ begangen werden) erfasst.³⁸² Derjenige, der das Geld annimmt, ist der *is*. Die indirekte Formulierung *factum est* erkläre sich daraus, dass der Tatbestand möglichst weit gefasst werden sollte, um jede im Zusammenhang mit dem Ehebruch stehende Beteiligung strafen zu können.³⁸³ Hier werde deshalb nicht zwingend ein Fall der Beihilfe, sondern ein täterschaftlich begangenes *lenocinium* beschrieben.³⁸⁴ Beide Auffassungen begegnen jedoch Bedenken. Zweifel können bestehen, weil der Vermittler der Geldabfindung nach Martianus mit „derselben Strafe bestraft werden soll, die für die vorgesehen ist, die aufgrund des Verbrechens der Kuppelei bestraft werden“. Diese indirekte Formulierung weist eher auf eine Teilnahme am *lenocinium* eines anderen hin. Zudem beschreibt *ope consilio* zumindest in der hier betrachteten Epoche einen Fall der Teilnahme an der Vereitelung der Strafe. Der Ehebrecher oder die Ehebrecherin können sich von der Adulterienklage loskaufen. Die Möglichkeit dazu wird ihnen von dem *is* gegeben. Der *is* soll wie der bestraft werden, der sich der Kuppelei schuldig gemacht hat. Sicher ist, dass der zu Verurteilende nicht selbst das Geld annimmt oder eine Abrede mit den Ehebrechern schließt. Das zeigt die für einen solchen Sachverhalt zu umständliche Formulierung *factum est, ut*. Die Verwendung der Formel *ope consilio* und die beim Diebstahl gewonnenen Erkenntnisse über ihren Inhalt weisen darauf hin, dass derjenige, der den ehebrecherischen Mann oder die ehebrecherische Frau entlässt, der Täter der Strafvereitelung ist. *Is qui ope consilio...* ist der Teilnehmer an dessen Tat und nicht am *adulterium* der Ehefrau. Im Verhältnis zum Ehebrecher liegt eine Begünstigung hinsichtlich des *adulterium* vor. Das wiederum folgt aus der Straffolge für den, der die Geldabfindung vermittelt. Er soll nicht als Täter des *lenocinium* bestraft werden, sondern wie ein Täter eines *lenociniums*.

Diesem Verständnis steht auch nicht das folgende Ulpian-Fragment entgegen:

D.48.5.13 (Ulpianus 1 de adult.): *Haec verba legis "ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo" et ad eum, qui suasit, et ad eum, qui stuprum vel adulterium intulit, pertinent.*

³⁸¹ *Stuprum* erfasst im Gegensatz sexuelle Kontakte zwischen einem Mann und einer unverheirateten Frau, einer Witwe, einem Mädchen sowie homosexuelle Beziehungen, ROBINSON, OLIVIA F.: *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore 1995, S. 59 m.w.N.

³⁸² MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 699ff.; RIGGSBY, A.M.: *Lenocinium: Scope and Consequences*, in: *ZS* 112 (1995), S. 423ff., 423f.; ROBINSON, OLIVIA F.: *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore 1995, S. 67 m.w.N. Der Ehemann, der um seine Frau am Rufe zu schädigen, ihr einen anderen Mann zuführt, mit dem sie Ehebruch begeht, wird nicht wegen eines *lenocinium*, sondern eines *adulterium* verurteilt, D.48.4.15(14).1 (Scaevola IV reg.). Diese Regelung erfolgte durch ein *senatus consultum*.

³⁸³ DAUBE, DAVID: *The Lex Julia concerning Adultery*, in: *The Irish Jurist* 7 (1972), S. 373ff., 377f.

³⁸⁴ DAUBE, DAVID: *The Lex Julia concerning Adultery*, in: *The Irish Jurist* 7 (1972), S. 373ff., 377f.

Diese Worte des Gesetzes “damit nicht irgendeiner wissentlich und mit Vorsatz eine Verführung oder einen Ehebruch begehe” erstrecken sich auf den, der überredet und, auf den, der die Verführung oder den Ehebruch begangen hat.

DAUBE sieht in diesem Fragment den Haupttatbestand der *lex Julia* und liest hieraus ab, dass die Worte *ope consilio* sowohl die Täterschaft wie die Teilnahme erfasst haben müssen. Das mag für den Entstehungszeitpunkt des Gesetzes noch richtig sein, widerspricht aber keineswegs dem oben entwickelten Verständnis dieser Stelle. Es bedeutet vor allem nicht, dass eine Teilnahme am *lenocinium* selbst ausgeschlossen sein muss.

c) Zusammenfassung

Die konsequente Verwendung der Formulierung *ope consilio* zur Beschreibung der Teilnahme kann nur für das *furtum* nachgewiesen werden. Sie taucht ansonsten nur bei den Sexualdelikten und dem Hochverrat vereinzelt auf und beschreibt jedenfalls in der Klassik wie in den späteren Epochen der Rechtsentwicklung die Teilnahme.

Die Formel selbst hat wahrscheinlich auch nicht im Fall der *lex Iulia de adulteriis* zum ursprünglichen Wortlaut des Gesetzes gehört, wie der des als glaubhaft überlieferten Kapitels 1 der *lex Iulia de adulteriis coercendis* zeigt. Statt *ope consilio* wird hier die Fassung des Tatbestandes (*facito*) die Verfolgung auch des Teilnehmers sichergestellt haben. Dass selbst Juristen, denen die Formulierung in ihrer Bedeutung als Beschreibung der Teilnahme bekannt ist, die Formulierung nicht benutzen (mit Ausnahme des nachklassischen Hermogenian) zeigt, dass sie im Falle der *lex Iulia de maiestatis* vom Gesetzeserlass an nicht gebräuchlich war.

Seit der Klassik folgt die Wendung *ope consilio* in ihrer Bedeutung den beim *furtum* dargestellten Ergebnissen. Es geht zunächst um die physische und die psychische Teilnahme sowie die Anstiftung.

11. Unbenannte und benannte Teilnahmeformen

Ein ähnlich geschlossenes und detailliertes Bild zur Teilnahme lässt sich für andere Delikte als den Diebstahl, das Majestätsverbrechen und die Kuppelei nur schwer zeichnen. Zwar weist Claudius Saturnius in D.48.19.16pr. (Saturnius l.S. de poen.paganorum) auf die gleiche Behandlung des Ratschlags und der Anstiftung bei allen Verbrechen hin. Doch lässt sich diese Gleichsetzung anhand der Quellen nicht in einer einfachen Form für alle Delikte nachweisen.

Ein Grund hierfür ist in der Entwicklung des römischen Strafrechts zu sehen, der auch die Entwicklung des Rechts der Teilnahme gefolgt ist. Viele Tatbestände wurden nicht im Wege einer umfassenden Kodifizierung des Strafrechts geschaffen, sondern durch Gesetze, die einzelne, als drängend und bislang in rechtlicher

Hinsicht nicht befriedigend behandelte gesellschaftliche Erscheinungen abstellen sollten.³⁸⁵ Auch gezielte Reformen wie die Reform des Strafrechts durch Sulla bezogen sich auf einzelne Bereiche.³⁸⁶ Daneben blieb älteres Recht in Kraft.

So ist in der Formel *ope consilio* der *actio furti nec manifesti* ein Ursprung der Behandlung mittelbarer Verursachung eines Erfolges im Wege der Teilnahme zu sehen. Zum anderen beinhalteten Gesetze Tatbestände, die weit genug gefasst waren, auch nicht eigenhändige Beteiligung an einer Straftat zu erfassen. Sie lassen auf eine gesonderte Berücksichtigung der Teilnahme neben der täterischen Verwirklichung des Tatbestandes schließen.

a) Unbenannte Teilnahmeformen

Als unbenannte Teilnahmeformen sollen die Beschreibungen von Teilnahmemodi bezeichnet werden, die ohne eine bestimmte Handlung des Teilnehmers zu benennen, seine mittelbare Kausalität für den Erfolg ausdrücken. Dass sie tatsächlich auf die Teilnahme bezogen sind, ergibt sich aus zwei Tatsachen: Anhand des Ergebnisses für die Strafbarkeit der Teilnahme in der Zwölftafelzeit kann erstens als gesichert angesehen werden, dass in dieser Frühzeit der römischen Rechtsentwicklung nur der bestraft wird, der unmittelbar kausal für den rechtlich missbilligten Erfolg ist. Das bedeutet, dass allein durch die jeweilige tatbestandliche Ausführungshandlung, die den Erfolg herbeiführt, die Strafbarkeit begründet wird. Eine Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer existiert nicht. Wird ein nach heutiger Dogmatik als Teilnehmer zu bezeichnender Beteiligter von den Tatbeständen erfasst, so beruht dies darauf, dass mit seiner Person ein objektiver festzustellender Sachverhalt wie das Auffinden von Diebesgut verbunden ist, der zu seiner Bestrafung führt. Zweitens wird die allein eine unmittelbare Kausalität voraussetzende enge Haftung durch die interpretatorische Arbeit der republikanischen Juristen beseitigt. Sie ermöglicht eine Anwendung auf Sachverhalte, in denen eine mittelbare Verursachung vorliegt. „Normalfall“ für eine Haftung ist für die römischen Juristen zunächst die unmittelbare Verursachung, dann erst als im Wege der Interpretation ermittelter Haftungsgrund die mittelbare Verursachung³⁸⁷. Diese Prämisse juristischen Denkens spiegelt sich in den Formulierungen der Quellen wider. Die Wendung *factum est* erscheint wahrscheinlich eine gewisse Zeit nach Erlass der Zwölftafeln in der Spruchformel der Sakramentsklage wegen nicht manifesten Diebstahls: *te ope consilio furtum factum esse aio*. Sie erscheint dann im Strafrecht in abgeänderter Form nachweisbar als *dolo malo factum est (erit)* im ersten Kapitel der *sullanischen lex Cornelia de sicariis et veneficiis* und beschreibt dort die mittelbare Verursachung des Todes eines Men-

³⁸⁵ BREONE, MARIO: Geschichte des römischen Rechts, 2. Aufl. München 1998, S. 129.

³⁸⁶ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 128ff.

³⁸⁷ LÜBTOW, ULRICH V.: Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato, Berlin 1971, S. 135, KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. München 1971, S. 621; HONSELL, HEINRICH: Römisches Recht, 5. Aufl. Berlin Heidelberg New York 2002, S. 91

schen.³⁸⁸ Doch nicht nur im Zusammenhang mit der Wiedergabe dieses Gesetzes findet sich die Formulierung.³⁸⁹ In 48.5.15pr (Scaevola lib. 4 reg.) findet sich *dolo malo factum est, ut* in Verbindung mit der Wendung *ope consilio*. Die Verwendung ist eindeutig im Zusammenhang mit mittelbarer Verursachung und somit der Teilnahme zu sehen. Hier kann auch angenommen werden, dass jede mittelbare Verursachung des Erfolges, die mit dem entsprechenden Vorsatz geschehen ist, zur Straf begründung ausreicht. Es können also auch Konstellationen erfasst werden, die nach heutiger Terminologie als „mittelbare Täterschaft“ zu bezeichnen sind. Die Fragmente Inst. 4.1.11 (= Gai. III, 202) und D.50.16.53.2 (Paulus LIX ad ed.) verwenden das passivische *factum est* sowie die unzweifelhaft eine Teilnahmehandlung kennzeichnende Formel *ope consilio* zusammen.

Inst. 4.1.11 (= Gai. III, 202): *Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit, qualis est, cuius ope consilio furtum factum est...*

Manchmal ist für einen Diebstahl verantwortlich, wer den Diebstahl nicht selbst begangen hat, wie der, durch dessen Tat oder Rat der Diebstahl begangen worden ist:

D.50.16.53.2 (Paulus LIX ad ed.): *Item dubitatum, illa verba "ope consilio" quemadmodum accipienda sunt, sententiae coniungentium aut separantium. sed verius est, quod et labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest.*

So hat man gezweifelt, wie jene Worte durch Tat – durch Rat zu verstehen sind, ob in dem Sinn, dass man sie verbindet, oder so, dass man sie trennt. Aber es ist richtiger, was auch Labeo sagt, dass man sie trennt, weil die Tat dessen, der durch Hilfe einen Diebstahl begeht, etwas anderes ist als dessen, der durch Rat stiehlt. So kann man gegen den einen, nicht aber gegen den anderen die Kondiktion erheben. Allerdings ist es nach der Ansicht der alten Juristen dahin gekommen, dass niemand durch Hilfe einen Diebstahl begangen zu haben scheint, wenn er nicht auch mit Vorsatz gehandelt hat, und es nicht schadet, den Vorsatz zu haben, wenn nicht auch die Tat erfolgt ist.

Damit ist der erste Zusammenhang zwischen der Teilnahme und der Formulierung *factum est* hergestellt.

³⁸⁸ CRAWFORD, M.H. (Hrsg.): Roman Statutes, Bd. II, London 1996, S. 752.

³⁸⁹ D.48.8.1pr. (Marcianus XIV inst.).

aa) *Facere*³⁹⁰

Doch auch wo das *ope consilio* fehlt und sich das Aktiv von *facere* findet, ist die Bedeutung von *facere* als „durch Anstiftung oder Beihilfe bewirken“ belegt. Die Handlung, die unmittelbar einen Erfolg herbeiführt, wird hier allein mit dem entsprechenden Verb beschrieben. Liegt jedoch keine unmittelbare Verursachung vor, so wird die mittelbar ursächliche Handlung umschrieben.

D.47.8.4.4 (Ulpianus 56 ad ed.): *Hoc autem edicto tenetur non solus, qui damnum in turba dedit, sed et is, qui dolo malo fecerit, ut in turba damni quid daretur, sive illo venerit sive non fuerit praesens: dolus enim malus etiam absentis esse potest.*

Durch dieses Edikt haftet nicht nur der, der einen Schaden in einem Aufruhr anrichtet, sondern auch der, der vorsätzlich bewirkt, dass in dem Aufruhr irgendein Schadensereignis geschieht, sei es, dass er zu dem Aufruhr gekommen ist, sei es, dass er nicht anwesend gewesen ist: Vorsatz kann nämlich auch bei Abwesenden möglich sein.

Der Teilnehmer „bewirkt, dass etwas geschieht“ (*dolo malo fecerit, ut*).

D.48.10.2. (Paulus 3 ad Sab.): *Qui testamentum amoverit celaverit eripuerit deleverit interleverit subiecerit resignaverit quive testamentum falsum scripserit signaverit recitaverit dolo malo cuiusve dolo malo id factum erit, legis corneliae poena damnatur.*

Wer ein Testament vorsätzlich entfernt, versteckt, geraubt, zerstört, durchgestrichen, untergeschoben, dessen Siegel erbrochen oder wer ein falsches Testament geschrieben, besiegelt oder vorgelesen hat oder durch wessen Vorsatz dieses gemacht wird, wird nach der *lex Cornelia* bestraft.

Auch hier zeigt die Dichotomie in der Darstellung der vom Täter vorgenommenen Handlungen, dass es im zweiten Fall um die nicht-täterische Handlung geht. Die hier pönalisierte Handlung ist für den Erfolg, die Unechtheit des Testaments, nur mittelbar kausal.³⁹¹

³⁹⁰ Neben den hier genannten Fällen dieser Formulierung seien der Vollständigkeit halber folgende Fragmente, Institutionen- und Codexstellen genannt, in denen eine Wendung des Konstruktionstyps *facere, ut* zur Beschreibung der mittelbaren Kausalität erscheint: D.48.9.1 (Marcian 14 inst.) und Inst. 4.18.6 Teilnahme am parricidium; CJ 9.16.6 Teilnahme am Mord; D.48.8.1pr (Marcian 14 inst.) Teilnahme an der Brandstiftung; D.48.13.1 (Ulp. 44 ad Sab.) Teilnahme an der Veruntreuung öffentlicher Gelder; D.47.7.7.4 (Ulpian 38 ad ed.) Anweisung zur Baumfällung; D.48.12.2.1 (Ulp. 9 de off. procon.) Teilnahme an Getreidespekulationen.

³⁹¹ PERNICE, ALFRED: Labeo, 1. Band, 1. Abschnitt, 2. Aufl. Halle 1895, S. 142 f. für *dolo malo fieri*, allerdings ohne die Beschränkung auf den mittelbaren Verursacher.

bb) *Causam praestare*

Diese Formulierung dient der Erweiterung der Kausalität³⁹² auf die mittelbare Kausalität und hat in justinianischer Zeit Eingang in das öffentliche Strafrecht gefunden. Sie beschreibt auch hier jede mittelbare Verursachung:

D.48.8.15 (Ulpianus 8 ad 1. iul. et pap.): *Nihil interest, occidat quis an causam mortis praebeat.*

Es macht keinen Unterschied, ob jemand tötet oder eine Ursache für den Tod setzt.

cc) *Curare*³⁹³

Curaverit ist eine weitere Kennzeichnung der mittelbaren Kausalität.

D.48.10.9.3 (Ulpianus de off. procons.): *Poena legis corneliae irrogatur ei, qui quid aliud quam in testamento sciens dolo malo falsum signaverit signarive curaverit, item qui falsas testationes faciendas testimoniave falsa invicem dicenda dolo malo coierint.*

Die Strafe der *lex Cornelia* wird dem auferlegt, der etwas anderes, als im Testament enthalten ist, wissentlich und mit Vorsatz als falsch besiegelt hat, oder dafür sorgt, dass es besiegelt wird, sowie wer vorsätzlich zum Ablegen falscher Zeugenaussagen oder falscher Zeugnisse wechselseitig sich verbunden hat.

Auch hier folgt die Erfassung der Begehungsweisen dem bereits bekannten Muster. Eine mit *curare* gebildete Formulierung wird der 3. Pers. Sing. Perf. Akt. gegenübergestellt, die die bloße mittelbare Ursächlichkeit dessen beschreibt, der die Sorge dafür trägt, dass unterschrieben wird. Ebenso geschieht dies in

D.48.10.1.2. (Marcianus 14 inst.): *Sed et si quis ob renuntian-dum remittendumve testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam acceperit, poena legis corneliae adficitur. et qui iudicem corrupit corrumpendumve curaverit.*

Auch wenn irgendeiner für die Benennung oder das Zurückhalten eines Zeugen, das Aussagen oder das Nicht-Aussagen Geld angenommen hat, wird er mit der Strafe nach der *lex Cornelia* be-

³⁹² Zur Verwendung von *causam (mortis) praebere (praestare)* bei Ulpian NÖRR, DIETER: *Causa Mortis*, München 1986, S 191ff.

³⁹³ Neben den hier genannten Fragmenten finden sich insbesondere noch folgende Stellen, in denen sich ebenfalls die hier behandelte Wendung mit *curaverit* findet. Sie bieten allerdings keine weiteren Erkenntnisse und seien der Vollständigkeit halber aufgeführt: D.48.4.3 (Marcian 14 inst.) Teilnahme am Hochverrat; D.48.10.1.2 (Marcian 14 inst.) Teilnahme an der Richterbestechung, 47.10.11pr. (Ulpian 57 ad ed.) = Inst. 4.4.11 Teilnahme an der Injurie.

legt, auch, wer einen Richter bestochen oder dafür gesorgt hat, dass er bestochen wird.

sowie

D.48.8.3.4 (Marcianus 14 inst.): *Item is, cuius familia sciente eo apiscendae reciperaendae possessionis causa arma sumpserit: item qui auctor seditionis fuerit: et qui naufragium suppresserit: et qui falsa indicia confessus fuerit confitendave curaverit, quo quis innocens circumveniretur: et qui hominem libidinis vel promercii causa castraverit, ex senatus consulto poena legis corneliae punitur.*

Auch der, dessen Gesinde sich mit seinem Wissen bewaffnete, um einen Besitz zu erlangen oder wiederzuerlangen: desgleichen auch, wer der Urheber eines Aufstandes gewesen ist, wer schiffbrüchiges Gut unterschlagen, wer falsche Anzeigen gemacht oder dafür gesorgt hat, dass sie gemacht werden, wodurch ein Unschuldiger gefährdet werden sollte, wer einen Mann der Lust halber oder zum Verkauf kastriert hat, wird gemäß des Senatsbeschlusses mit der Strafe der *lex Cornelia* bestraft.

In den vorangegangenen Fällen wird *curaverit* der eigenhändigen und somit täterschaftlichen Begehung gegenübergestellt. Bei *curaverit* handelt es sich um die Kennzeichnung einer Teilnahmehandlung. Das zeigt schließlich auch die Tatsache, dass die Handlung *curaverit* in ihrer Strafbarkeit von der Handlung des Dritten abhängig ist:

D.47.10.15.10 (Ulpianus 77 ad ed.): *Si curaverit quis convicium alicui fieri, non tamen factum sit, non tenebitur.*

Wenn irgendeiner dafür gesorgt hat, dass einem anderen eine laute Zurechtweisung wiederfährt, es aber dennoch nicht geschehen ist, so haftet er nicht.

Ohne die Tat des Dritten, hier das Anstimmen eines öffentlichen Schmähdgesangs oder lautes Schimpfen, ist derjenige, der für diesen Gesang sorgt, nicht strafbar. Im Hinblick auf diese abgeleitete Strafbarkeit des Dafür-Sorgens geht es in den vorgenannten Fällen um Teilnahmehandlungen. Eine Erfassung von Konstellationen mittelbarer Täterschaft scheint ausgeschlossen, da die Injurie durch ein *carmen famosum* ebenfalls nur vorsätzlich begangen werden kann.³⁹⁴ Fraglich ist allerdings, welche Art von Teilnahmehandlung hier gemeint ist. Geht es um das Hervorrufen des Tatentschlusses oder um eine Beihilfehandlung? Unklarheit kann im Hinblick auf das folgende Fragment entstehen.

³⁹⁴ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 99 Anm. 4, 794 Anm. 4.

D.47.10.11. pr (Ulpianus 57 ad ed.) (= Inst. 4.4.11): *Non solum is iniuriarum tenetur, qui fecit iniuriam, hoc est qui percussit, verum ille quoque continetur, qui dolo fecit vel qui curavit, ut cui mala pugno percuteretur.*

Nicht allein der haftet wegen der Injurien, der die Injurie begangen, das heisst wer geschlagen hat, sondern auch jener ist mit einbegriffen, der veranlasst oder der geholfen hat, dass dieser einen Faustschlag ins Gesicht erhält.

Legt D.47.10.15.10 (Ulpianus 77 ad ed.) noch die Bedeutung des *curaverit* als „anstiften“ nahe, so scheint hier die Bedeutung von *curavit* durch das vorangehende *dolo fecit* auf „helfen“ festgelegt zu sein. In D.47.10.15.10 geht es dem Täter offenbar darum, die Zusammenkunft hervorzurufen, die dann aber nicht stattfindet. *Curaverit* trägt dann die Bedeutung „anstiften“. D.47.10.11pr. weist in eine andere Richtung: Bereits *dolo fecit* bedeutet hier „veranlassen“. Sinnvoll wäre es dann, *curaverit* als zweiten möglichen Teilnahmehodus anzusehen. Es bedeutete dann helfen.³⁹⁵ Zwingend ist dieses Verständnis gleichwohl nicht. Es kann sich hier auch um eine Tautologie handeln.³⁹⁶ *Curaverit* (oder *curavit*) kann wie die übrigen Formulierungen keiner bestimmten Teilnahmehodus zugeordnet werden. Sicher ist allein, dass diese Formulierungen der Beschreibung der mittelbaren Verursachung des Taterfolges und der von einer Haupttat abhängigen Haftung dienen. Sie erfüllen damit Kriterien, die als maßgebliche Voraussetzungen für die Teilnahmehandlungen erarbeitet worden sind. Wo in den Quellen unbenannte Teilnahmehodus erscheinen, muss gelten, dass jede mittelbare Verursachung des Erfolges oder jeder mittelbare Beitrag zur Tathandlung als Teilnahmehandlung angesehen wurde. Handelt der Teilnehmer dann noch mit dem für das jeweilige Delikt erforderlichen Verschulden und kann er sich nicht auf einen Rechtfertigungsgrund berufen, so ist er wie der Täter zu bestrafen.

b) Benannte Teilnahmehodus

Die Formel *ope consilio* und die Verwendung des passivischen *factum est* sind aber noch nicht die letzten Hinweise auf die Behandlung der Teilnahme an einer Straftat. Oftmals erscheinen in den Quellen Begriffe, die entweder nur den einen oder den anderen Teilnahmehodus bezeichnen. Diese Art der Behandlung von Teilnahmekonstellationen sollen benannte Teilnahmehodus genannt werden.

³⁹⁵ Vgl. BEHRENDT, OKKO; KNÜTEL, ROLF; KUPISCH, BERTHOLD; SEILER, HANS HERMANN (Hrsg.): *Corpus Iuris Civilis*, Bd. I Institutionen, Heidelberg 1990, S. 217.

³⁹⁶ MOMMSEN, THEODOR; KRÜGER, THEODOR; WATSON, ALAN (Hrsg.): *The Digest of Justinian*, Philadelphia (Penn.) 1985, S. 776.

aa) Anstiftung (*consilium, persuadere, auctor - actor, mandare, instruere, sollicitare, concitare*)

Die Anstiftung wird in vielgestaltiger Weise bezeichnet und erfährt eine besondere Betonung in den Verbrechen gegen die öffentliche Ordnung. Es ist im Folgenden insbesondere zu untersuchen, ob die gesonderte Nennung von Begriffen, die die Anstiftung beschreiben, auf eine Verselbständigung dieser Taten hinweist oder ob das Hervorrufen des Tatentschlusses weiterhin nur in Abhängigkeit von einer Haupttat begangen werden kann.

D.48.19.38.2 (Paulus 5 sent.): *Actores seditionis et tumultus populo concitato pro qualitate dignitatis aut in furcam tolluntur aut bestiis obiciuntur aut in insulam deportantur.*

Wenn das Volk aufgehetzt worden ist, werden die Verursacher des Aufstandes und des Aufruhrs nach ihrem Status entweder am Galgen aufgehängt oder den Tieren vorgeworfen oder auf eine Insel verbannt.

Der *actor* hat einen Aufstand und Tumult verursacht. Die Störung der öffentlichen Ordnung hat tatsächlich stattgefunden und dafür ist der *actor* je nach seinem sozialen Status zu bestrafen. Hier trifft ihn die Strafe nur, weil es tatsächlich zu einem Aufruhr gekommen ist, so dass davon ausgegangen werden kann, dass es sich hier nicht um ein verselbständigtes Teilnahmedelikt, sondern um die Festlegung der Strafe für die Anstiftung zum Aufruhr handelt. Die Haupttat ist *seditio* (Aufstand), der kollektive Ungehorsam durch eine Zusammenrottung einer unbestimmten Vielzahl von Personen. Die bloße Zugehörigkeit zu der aufständischen Menge ist täterischer Aufruhr und unterfällt dem Verbrechen der *vis privata*.³⁹⁷ Der Anstifter wird in den Quellen als Ursprung dieses Verbrechens besonders schwer bestraft und unterfällt zudem dem cornelischen Mordgesetz³⁹⁸ und verwirklicht *vis publica*³⁹⁹.

(1) *Sollicitare – concitare*

Insbesondere im Zusammenhang mit dem Aufstand wird die Anstiftungshandlung mit *sollicitare* und *concitare*⁴⁰⁰ bezeichnet. Auch hier ist erforderlich, dass es tatsächlich zu einem Aufruhr gekommen ist. Voraussetzung ist eine Haupttat, die der Anstifter gewollt hat.

³⁹⁷ D.48.6.3.2 (Marcian 14 inst.).

³⁹⁸ D.48.8.3.4 (Marcian 14 inst.).

³⁹⁹ D.48.6.3pr. (Marcian 14 inst.).

⁴⁰⁰ D.49.16.3.19 (Modestinus 4 de poen.).

(2) *Conducere*

Deutlich wird der Zusammenhang zwischen der Anstiftung und der Haupttat im Falle der Injurie:

D.47.10.11.4 (Ulpianus 57 ad ed.): *Proculus recte ait, si in hoc te conduxerim, ut iniuriam facias, cum utroque nostrum iniuriarum agi posse, quia mea opera facta sit iniuria:*

Proculus sagt zu Recht, dass gegen beide von uns geklagt werden kann, wenn ich dich dazu verleitet habe, dass du eine Injurie begehst, weil ja die Injurie durch mein Wirken begangen worden ist.

Gegen beide, den Anstifter wie den Täter, ist gleichermaßen vorzugehen, da die Injurie aufgrund der Planung des Anstifters begangen worden ist. Auch hier zeigt sich die Abhängigkeit der Strafe des Anstifters von der Begehung der Haupttat.

(3) *Mandator* und *mandare*

Mandare beschreibt die Anstiftung zur Tat, ohne dass es der Überwindung auch nur eines leichten anfänglichen Widerstandes auf Seiten des Angestifteten bedürfte. Das Geschehen stellt sich eher als eine Übereinkunft dar.

D.3.2.20 (Papinianus 1 resp.): *Ob haec verba sententiae praesidis provinciae "callido commento videris accusationis instigator fuisse" pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari: non enim qui exhortatur mandatoris opera fungitur.*

Wegen der folgenden Worte des Urteils eines Provinzstatthalters: 'Du bist ersichtlich durch einen hinterlistigen Einfall die treibende Kraft der Anklage gewesen' wird eher das Ehrgefühl belastet, als dass darin ein Ausspruch über die Ehrlosigkeit zu erblicken wäre; denn wer nur anstachelt, betätigt sich nicht als Auftraggeber der Anklage.

Ein weiteres Beispiel für *mandare* als Anstifter bei Aussagedelikten liefert:

D.48.16.1.13 (Marcianus 1 S. ad sc turpill.)(= Inst. 9.8.3): *Incidit in hoc senatus consulto et qui accusatorem summittit aut instigat, aut qui mandat alicui et instruit eum ad accusationem capitalem dando probationes, allegando accusationes: ...*

nec interest, per se mandavit accusationem an per alium: verum hunc, qui hoc ministerio usus est ad mandandam accusationem, non ex verbis, sed ex sententia senatus consulti puniri papinianus respondit. summissus enim accusator similiter eodem

*senatus consulto plectitur, id est propter hoc solum punitur, quod ministerium alieni timoris recepit*⁴⁰¹.

Diesem Senatsbeschluss unterfällt, wer einen Ankläger aufstellt oder anstiftet, oder wer irgendeinem einen Auftrag erteilt und ihn durch die Übergabe von Beweisen und das Anführen von Anklagepunkten bei der Anklage auf Leben und Tod unterstützt. ...

Es macht keinen Unterschied, ob er die Anklage selbst oder durch einen anderen aufträglich befohlen hat; derjenige, der diesen Dienst zur Beauftragung mit der Anklage genutzt hat, wird nicht gemäß des Wortlauts, aber gemäß des Sinns des Senatsbeschlusses bestraft, wie Papinianus in einem Gutachten gesagt hat. Der gestellte Ankläger wird nämlich in gleicher Weise auf Grund desselben Senatsbeschlusses bestraft, das heisst, er wird allein deswegen bestraft, weil er den Dienst wegen der Besorgnis des anderen übernommen hat.

Hier werden verschiedene Begehungsformen der Anstiftung eines falschen Anklägers vorgestellt. Der falsche Kläger wird angestellt, angereizt, beauftragt oder unterwiesen, eine falsche Anklage wegen eines mit der Todesstrafe bedrohten Verbrechens zu erheben, indem er ihm falsche Beweise liefert oder ihm die falschen Anschuldigungen nennt. Der Ankläger selbst weiß, dass seine Anklage gegenstandslos ist und wird als vorsätzlicher *calumniator* (falscher Ankläger) bestraft.

(4) Verhältnis der Formen in der Anstiftung zueinander

Für die Römer sind die verschiedenen Begehungsweisen der Veranlassung eines anderen zu einer Tat gleichwertig.

D.47.10.11. 3 – 6 (Ulpianus 57 ad ed.): 3. *Si mandatu meo facta sit alicui iniuria, plerique aiunt tam me qui mandavi quam eum qui suscepit iniuriarum teneri.*

4. *Proculus recte ait, si in hoc te conduxerim, ut iniuriam facias, cum utroque nostrum iniuriarum agi posse, quia mea opera facta sit iniuria:*

5. *Idemque ait et si filio meo mandavero, ut tibi iniuriam faciat.*

6. *Atilicinus autem ait et si persuaserim alicui alias nolenti, ut mihi ad iniuriam faciendam oboediret, posse iniuriarum mecum agi.*

⁴⁰¹ Diese letzte Passage und die in ihr angeordnete Strafe des Anklägers zeigen, dass es nicht um einen Fall mittelbarer Täterschaft geht, sondern um ein Zusammenwirken zwischen dem Täter (dem Ankläger) und dem Anstifter. Handelte der Ankläger in gutem Glauben, so hätte er nicht bestraft werden können, vgl. D.48.16.1.3 (Marcianus 1 S. ad sc turpill.)

Wenn irgendjemandem auf meine Veranlassung eine Injurie geschehen ist, sagen die Meisten, dass ich, der ich den Auftrag erteilt habe, ebenso wie der, der ihn angenommen hat wegen der Personalverletzungen haften.

Proculus sagt richtigerweise, wenn ich dich veranlasst habe, eine Personalverletzung zu begehen, dass gegen uns beide geklagt werden kann, weil die Personalverletzung durch mein Wirken geschehen ist.

Dasselbe sagt er auch, wenn ich meinem Sohn den Auftrag gegeben habe, dir eine Personalverletzung zuzufügen.

Atilicinus sagt aber, wenn ich einen anderen, der zunächst nicht wollte, überredet habe, mir hinsichtlich der Begehung einer Personalverletzung zu gehorchen, ich wegen der Personalverletzung verklagt werden kann.

Gleich ob die Tat durch *mandare*, *conducere* oder *persuadere* hervorgebracht wird, die Rechtsfolge ist die gleiche. Anstifter und Täter werden hier in der gleichen Weise bestraft.

bb) Beihilfe

Für die Beihilfe finden sich die Bezeichnungen *minister* und *consciis*.

CJ.9.13.1.3a (Imperator Justinianus): *Ceteros autem omnes, qui consciis et ministri huiusmodi criminis reperti et convicti fuerint vel eos susceperint vel quacumque opem eis intulerint, sive masculi sive feminae sunt, cuiuscumque condicionis vel gradus vel dignitatis, poenae tantummodo capitali subicimus, ut huic poenae omnes subiaceant, sive volentibus sive nolentibus virginibus seu aliis mulieribus tale facinus fuerit perpetratum.*

Alle anderen jedoch, welche als Mitwisser oder Helfer dieses Verbrechens für schuldig befunden und überführt worden sind oder sie aufgenommen haben oder wer ihnen sonst irgendeine Hilfe geleistet hat, seien es Männer oder Frauen, jedweden Standes, Ranges oder Würde, unterwerfen wir nur der Kapitalstrafe, so dass alle dieser Strafe unterworfen sind, sei es, dass die Tat mit oder gegen den Willen der Jungfrau oder anderer Frauen begangen worden ist.

Der *minister* ist der Gehilfe⁴⁰², der gemäß der etymologischen Herkunft des Begriffs dem Täter lediglich dient.⁴⁰³ Der *consciis* taucht in den Quellen im Zusam-

⁴⁰² MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 99; REIN, WILHELM: Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1844, Aalen 1962, S. 189.

⁴⁰³ CJ.1.11.7.2.

menhang mit dem *parricidium*, dem *crimen laesae maiestatis* und der Gefährdung der Nildämme auf. In letzterem Fall diene der Begriff der Bezeichnung eines tätigen Gehilfen.

Beim *parricidium*, beim Hochverrat wie beim Erneuern alter Kulte⁴⁰⁴ fehlt es jedoch an Hinweisen auf irgendeine Tätigkeit des *consci*. Der *consci* ist hier der Mitwisser und wird in dieser Eigenschaft ebenfalls bestraft. In Gestalt des *consci* tritt in den Quellen jedoch nicht die letzte und weiteste interpretatorische Ausdehnung der Teilnahmehaftung hervor. Die Strafbarkeit des *consci* erklärt sich aus der ausnahmsweisen Anzeigenpflicht, die außer für den Hochverrat⁴⁰⁵ und den Nächstenmord⁴⁰⁶ auch für die Falschmünzerei⁴⁰⁷ und die Entführung gilt.⁴⁰⁸ Unterbleibt die Verhinderung der Tat trotz anderslautender Pflicht, so kann hierin eine Bestärkung im Tatentschluss gesehen werden. Seine Stellung kann als die eines psychischen Beihelfers gewertet werden, der in die Tat eingeweiht ist, sie auch billigen mag und deshalb bestraft wird.

Schließlich werden bestimmte Verhaltensweisen, die heute als Beihilfe behandelt werden, gesondert unter Strafe gestellt. Nach der *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* wird bestraft, wer einem anderen Gift verkauft, in der Absicht einen Menschen zu töten.⁴⁰⁹

cc) Zusammenfassung

Neben der Formel *ope consilio* gibt es unbenannte Teilnahmeformen, die sowohl die Anstiftung wie die Beihilfe beschreiben. Sie sind ihrer Entwicklung entsprechend bei unterschiedlichen Taten zu finden. Einzelne benannte Teilnahmeformen lassen sich keinem bestimmten Delikt zuordnen. In ihrer jeweiligen Bedeutung als Beihilfe und/oder Anstiftung zu der Tat, Mittäterschaft oder mittelbare Täterschaft gelten für sie hinsichtlich des Vorsatzes hinsichtlich der Teilnahmehandlung selbst wie der Haupttat die für das *furtum* gewonnenen Grundsätze.⁴¹⁰ Daneben wird bei bestimmten Verbrechen die Art der Teilnahme besonders genannt. Insbesondere die Anstiftung zum Aufstand erfährt besondere Bedeutung, während Beihilfetatbestände hier nicht zu finden sind.

⁴⁰⁴ CJ.1.11.7.2.

⁴⁰⁵ CJ.9.8.5.6, 7.

⁴⁰⁶ D.48.9.6 (Ulpianus lib. 8 de off. procons.); Inst. 4.18.6.

⁴⁰⁷ D.48.10 9.1 (Ulpianus lib. 8 de off. procons.).

⁴⁰⁸ Inst. 4.18.8.

⁴⁰⁹ D.48.8.3pr. (Marcianus 14 inst).

⁴¹⁰ MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 100 f.

12. Die Billigung als nachträglich strafbegründende Teilnahmehandlung

Eine weitere Frage, die im Zusammenhang mit der Beteiligung an Straftaten beantwortet werden muss, ist die Frage nach der Wirkung einer Billigung strafbaren Handelns. Über die Billigung rechtswidrigen Handelns berichtet:

D.43.16.1.14 (Ulpianus 69 ad ed.): *Sed et si quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum sabinum et cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecisse interdicoque isto teneri, et hoc verum est: rectius enim dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari.*

Habe ich es genehmigt, wenn ein anderer aus dem Besitz vertrieben hat, so sind manche der Ansicht, worin sie Sabinus und Cassius folgen, die die Genehmigung dem Auftrag gleichstellen, dass ich angesehen werde, als hätte ich vertrieben und aufgrund jenes Interdicts hafte und das ist wahr. Richtigerweise sagt man, dass bei einer Straftat die Genehmigung mit dem Auftrag gleichgestellt wird.⁴¹¹

Dieses Fragment zum *interdictum unde vi* stellt den, der die unrechtmäßige Entsetzung eines Dritten aus seinem Besitz angeordnet hat, dem gleich, der die Entsetzung durch den vollmachtlosen Vertreter genehmigt hat. Es stellt sich die Frage, ob die Billigung rechtswidrigen Handelns allgemein eine Verantwortlichkeit des Billigenden neben der des Handelnden begründet hat. Das *interdictum unde vi* ist nicht dem Strafrecht zuzuordnen. MOMMSEN vertritt hierzu knapp, dass kein Zusammenhang zwischen dem Strafrecht und dieser Regelung bestehe⁴¹². Das gilt auch für die Zeit Iustinians.⁴¹³ Allerdings legt die folgende allgemein gefasste Entscheidung es nahe, die Billigung eines Vergehens oder Verbrechens allgemein der Anstiftung gleichzustellen:

D.50.17.152.2 (Ulpianus 69 ad ed.): *In maleficio ratihabitione mandato comparatur.*

Bei der Straftat wird die Billigung der Beauftragung gleichgestellt.

Doch die Herkunft aus Ulpians Ediktskommentar und der Bezug zu der Dejektion in § 1 h.t. zeigen, dass es um einen Tatbestand des Edikts *vi aut clam* geht. Dem ist noch hinzuzufügen, dass die Genehmigung deliktischen Handelns nicht immer die gleiche Wirkung wie die Anweisung zu deliktischem Handeln hatte. Das erweist sich in:

⁴¹¹ Ebenso D.50.17.152.1 und 2 (Ulpianus 69 ad ed.).

⁴¹² MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 101 Anm. 3.

⁴¹³ KASER, MAX: Römisches Privatrecht, Band 3, 2. Abschnitt, 2. Aufl. München 1979, S. 257f., 259f

D.3.2.13pr. (Ulpianus 6 ad ed.): *Quid ergo si non ducere sit passus, sed posteaquam duxit ratum habuerit? ut puta initio ignoraverit talem esse, postea scit? non notabitur: praetor enim ad initium nuptiarum se rettulit.*

Was gilt also, wenn der Vater die Heirat nicht wissentlich zugelassen hat? Wie zum Beispiel, wenn er anfangs nicht gewusst hat, dass die Frau der Trauerzeit unterliegt, es aber später erfährt? Er ist nicht von der Ehrlosigkeit betroffen; denn der Prätor bezieht sich auf den Zeitpunkt der Eheschließung.

Während der Vater, der seinem Sohn die Heirat mit einer Frau befiehlt, die noch in Trauer ist, schändlich handelt, gilt dies nicht für den, der diese Ehe genehmigt und dabei nicht weiß, dass sie der Trauerzeit unterliegt. Selbst wenn er es später erfährt und nichts unternimmt, ist er wohl nicht von Ehrlosigkeit betroffen. Entscheidend sind Wissen und Wille des *pater familias* in dem Zeitpunkt, in dem die Ehe geschlossen wurde. Insoweit wird hier eine Forderung nach dem Vorliegen des subjektiven Tatbestandes im Augenblick der Tathandlung aufgestellt. Es lässt sich kein Hinweis finden, dass die Auffassung „*rectius enim dicitur in maleficio ratihibitionem mandato comparari*“ einen allgemeinen Anwendungsbereich im Strafrecht gefunden hat. Allerdings konnte die Billigung, der zivilrechtlichen Genehmigung gleich, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit auslösen.

13. Tatbestände, die die Beteiligung mehrerer voraussetzen

Mit dem *adulterium* ist der erste Tatbestand angesprochen, der nach moderner Dogmatik als Fall der notwendigen Teilnahme bezeichnet werden kann. Es liegt ein Sachverhalt vor, der zwingend die Beteiligung zweier Personen voraussetzt. Gleich welche der beiden Personen die treibende Kraft innerhalb des Geschehens ist, es werden beide unterschiedslos als Täter bestraft⁴¹⁴, wengleich der Ehemann streng genommen nicht als des *adulteriums* schuldig gesprochen werden kann: *Adulterium* setzt begrifflich die Untreue allein der Ehefrau voraus.⁴¹⁵

Das gleiche gilt für das *stuprum*, das *lenocinium* und den Inzest. Der Inzest wird gemäß D.48.5.8.1. (Marcianus) als *adulterium*, wenn die Frau verheiratet ist, ansonsten als *stuprum* (Angriff auf die geschlechtliche Ehre einer unverheirateten Frau) verfolgt. Die Sodomie⁴¹⁶ ist ebenfalls nur als von zwei Personen begangen vorstellbar. Beide werden bestraft.⁴¹⁷ Schließlich ist hier noch die Vergewaltigung zu nennen. Sie kann gegenüber Opfern weiblichen wie männlichen Geschlechts

⁴¹⁴ Statt vieler CJ.9.9.8, D.48.5.2pr (Ulpian I de adult.).

⁴¹⁵ D.48.5.6.1 (Papinianus I de adult.).

⁴¹⁶ Nov. 141.

⁴¹⁷ Inst.4.18.4.

begangen werden.⁴¹⁸ Das Opfer bleibt – wie auch bei den heutigen Begegnungsdelikten – straflos.⁴¹⁹

Daneben setzt der Tötlichkeits- und Körperverletzungstatbestand der *lex Iulia de vi privata* voraus, dass der Angriff oder die Körperverletzung von mehreren begangen werden. Derjenige, der die Menge zusammengerufen und sie dazu aufgewiegelt hat, einen anderen zu verletzen, wird als Täter bestraft.⁴²⁰ Das gleiche gilt für die, die zur Tatbegehung versammelt worden sind.⁴²¹ Wer sich mit anderen zusammengetan hat, um einen anderen durch abgestimmte Falschaussagen vor Gericht wegen einer Anklage auf Leben und Tod für schuldig befinden zu lassen, wird nach dem sechsten Kapitel der *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* bestraft, auch wenn der Erfolg nicht eingetreten ist.⁴²²

14. Die Teilnahme an einem Delikt, das besondere persönliche Eigenschaften voraussetzt

Einzelne Straftaten des römischen Strafrechts setzen zu ihrer Begehung besondere persönliche Eigenschaften des Täters voraus. So können bestimmte Varianten des *crimen laesae maiestatis* nur von Tätern verübt werden, die eine besondere Täterqualität aufweisen. Die Übergabe einer Provinz an den Amtsnachfolger kann nur von dem bisherigen Statthalter unterlassen werden.⁴²³ Fraglich ist, ob an dieser Tat eine Teilnahme möglich ist. Die gleiche Frage stellt sich beim *parricidium* (Nächstenmord), dass für den Täter ein bestimmtes Verwandtschafts- bzw. Näheverhältnis voraussetzt. Nach der *lex Popeia* fiel unter das *parricidium* die Tötung der Verwandten bis zum dritten Grad (der Eltern, der Geschwister, der Onkel, der Tanten, der Cousins, der Cousinen sowie die angeheirateten Verwandten gleichen Grades) sowie des Patrons des Täters.⁴²⁴ Eine täterschaftliche Begehung des *parricidium* an einem Kind der Cousine ist ausgeschlossen. Der Täter verübt in diesem Fall *homicidium* (Tötung). Auf die Frage nach der Teilnahme an einem *parricidium* antwortet:

D.48.9.6 (Ulpianus VIII de off. Procons.): *Utrum qui occiderunt parentes an etiam conscii poena parricidii adficiantur, quaeri potest. et ait maecianus etiam conscios eadem*

⁴¹⁸ D.48.5.30.9 (Ulpian IV de adult.), 48.6.3.4 (Marcianus XIV inst.).

⁴¹⁹ Die Straflosigkeit des Opfers ergibt sich daraus, dass es ohne untreue Ehefrau auch keinen männlichen Täter geben kann. Vgl. zudem D.48.5.40pr. (Papinianus XV rep.). Der Täter wird hier nämlich auch nicht wegen *adulterium*, sondern *vis publica* belangt, D.48.5.30.9 (Ulpian IV de adult.), 48.6.3.4 (Marcianus XIV inst.).

⁴²⁰ D.48.7.2 (Scaevola IV reg.).

⁴²¹ D.48.7.3.1 (Macer I public.).

⁴²² D.48.8.3.1-4 (Marcianus XIV inst.).

⁴²³ Vgl. D.48.4.2 (Ulpian VIII. disput.).

⁴²⁴ D.48.9.1 (Marcian XIV inst.) und die interpretatorische Ausweitung auf die angeheirateten Verwandten gleichen Grades in D.48.9.3 (Marcian XIV inst.).

poena adficiendos, non solum parricidas. proinde conscii etiam extranei eadem poena adficiendi sunt.

Es kann gefragt werden, ob die allein wegen Nächstenmordes bestraft werden, die ihre Eltern getötet haben, oder auch die Mitwisser. Und Maecianus sagt, dass auch die Mitwisser genauso bestraft werden müssen, nicht allein die Nächstenmörder. Demnach müssen auch nichtverwandte Mitwisser mit derselben Strafe belegt werden.

Zweierlei wird anhand dieses Fragments deutlich: Zum einen trennt Maecianus zwischen dem Täter und dem *consciis*. Zum anderen ist das Problem der Beteiligung eines außenstehenden Dritten am Nächstenmord und dessen Bestrafung erkannt. Auch der mit dem Opfer nicht verwandte *consciis* (hier der Mitwisser) soll bestraft werden wie der Täter⁴²⁵. Diese Rechtslage bestätigt:

Inst. 4.18.6: *Alia deinde lex asperrimum crimen nova poena persequitur, quae Pompeia de parricidiis vocatur. qua cavetur, ut, "si quis parentis aut filii, aut omino adfectionis eius quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id" ausus fuerit, nec non is cuius dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, poena parricidii puniatur ...*

... si quis autem alias cognatione vel adfinitate coniunctas personas necaverit, poenam legis Corneliae de sicariis sustinebit.

Ein weiteres Gesetz, die sogenannte *lex Pompeia* über die Verwandtenmörder, verfolgt das empörendste aller Verbrechen mit einer ungewöhnlichen Strafe. Dieses Gesetz bestimmt, dass derjenige mit der Strafe für Verwandtenmord belegt wird, der dem Leben seines Vaters ein vorzeitiges Ende bereitet oder dem seines Sohnes oder überhaupt dem Leben eines so Nahestehenden, dass die Tat noch als Verwandtenmord bezeichnet werden kann, mag er das heimlich oder öffentlich gewagt haben. Die gleiche Strafe trifft den, der dazu arglistig angestiftet hat oder Mitwisser des Verbrechens gewesen ist, auch wenn er ein Hausfremder ist ...

... Wenn jemand aber andere ihm durch Verwandtschaft oder Schwägerschaft verbundene Personen tötet, trifft ihn die Strafe aus der *lex Cornelia* über Mörder.⁴²⁶

⁴²⁵ Hingegen reicht die Mitwisserschaft eines anderen Sohns des Opfers nicht aus, diesen Sohn mit dem Tod zu bestrafen. Er wird lediglich verbannt, D.48.9.2 (Marcian XIV inst.).

⁴²⁶ Ebenso CJ. 9.17.1.

Danach ist der hausfremde Anstifter zu einem Nächstenmord ebenso strafbar wie der zum Opfer in einem besonderen Verwandtschaftsverhältnis stehende Täter. Die Frage, wie in dem Fall, in dem ein Fremder, der auf Anstiftung eines Verwandten des Opfers handelt oder ihn bei der Tatbegehung unterstützt, bestraft wird, wirft D.48.9.7 (Ulpianus 29 ad ed.) auf.

D.48.9.7 (Ulpianus 29 ad ed.): *Si sciente creditore ad scelus committendum pecunia sit subministrata, ut puta si ad veneni mali comparationem vel etiam ut latronibus adgressoribusque daretur, qui patrem interficerent: parricidii poena tenebitur, qui quaesierit pecuniam quique eorum ita crediderint aut a quo ita caverint.*⁴²⁷

Wenn mit dem Wissen des Gläubigers das Geld zur Verbrechensbegehung an die Hand gegeben worden ist, zum Beispiel zum Ankauf von Gift oder um an Straßenräuber und Meuchelmörder gegeben zu werden, die den Vater töten sollen, so wird mit der Strafe des Nächstenmordes belegt werden, wer das Geld verschafft hat, wer es dazu geliehen hat oder die es sich von diesem haben versprechen lassen.

Ein Sohn hat einen Geldverleiher aufgesucht, um sich die finanziellen Mittel zur Tötung seines Vaters zu beschaffen. Der Geldverleiher leiht dem Sohn das Geld im Wissen um den verbrecherischen Plan des Sohnes; es dient beispielsweise der Bezahlung der gedungenen Mörder oder zur Bezahlung des dem Vater beizubringenden Gifts. Der Geldverleiher wird des *parricidiums* ebenso für schuldig befunden wie der, der dieses Geld erhalten hat (der mörderische Sohn, da hier 3. Pers. Sing. Perf. Akt. zur Bezeichnung dessen, der nachgefragt und das Geld erhalten hat, verwendet wird: Die Mörder hingegen sind mehrere).⁴²⁸ Der Anstifter wie der Gehilfe werden der gleichen Strafe wie der Nächstenmörder unterworfen, sie werden gesäckt oder den Tieren vorgeworfen.⁴²⁹

Gleiches gilt für die Banditen, die in der Konstellation des D.48.9.7 (Ulpianus 29 ad ed.) sich das Geld für den Mord haben versprechen lassen. Nach der hier vertretenen Übersetzung von *caverint* unterfallen auch sie der Strafe für ein *parricidium*,

⁴²⁷ Hier sind die Mörder gemeint, die gegen eine Bezahlung töten. Für dieses Verständnis von *caverint* spricht, dass nur so allen zuvor genannten Personen eine Handlung zugeordnet wird. Der Sohn hat nach dem Geld gefragt, der Geldverleiher hat es geliehen und die Mörder und Banditen haben es sich versprechen lassen. Sollte *caverint*, wie in gängigen Übersetzungen üblich, als „Leistungsversprechen“ durch den Sohn zu verstehen sein, entfele dieser plausible Aufbau des Fragments.

⁴²⁸ Weiterhin zum Arzt, der dem Opfer ein Gift *dolos* beibringt und mit dem Tode bestraft wird D.48.9.2 (Marcian XIV inst.).

⁴²⁹ D.48.9.9pr (Modestinus VIII disputationes) dazu CLOUD, J. D.: *Parricidium: from the Lex Numae to the Lex Pompeia de parricidiis*, in: ZS 88 (1971) S. 1ff., 47ff., 65; Inst. 4.18.6, CJ.9.17.1.

obgleich sie nicht Verwandte sind, ihnen aber die Rolle des Täters zugedacht ist. Somit werden wegen *parricidium*s auch mit dem Opfer nicht verwandte Dritte bestraft, wenn sie nur von einem Verwandten angestiftet worden sind. Allerdings gibt das Fragment keinen Aufschluss darüber, ob der Mord wirklich geschehen ist. Vorausgesetzt, dass die Haupttat ausgeblieben ist, liegt hier die Pönalisierung der Vorbereitung des Verbrechens und im Falle der Versprechenlassens eines Blutgelds der Verbrechensverabredung⁴³⁰ vor.

Für das *crimen laesae maiestatis* fehlen solch ausdrückliche Belege für die Teilnahme an Sonderdelikten. Doch ist anzunehmen, dass eine Teilnahme hier nach den beim *parricidium* dargestellten Grundsätzen (mit Ausnahme der Verbrechensverabredung) möglich war.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das römische Recht Tatbestände kennt, die eine besondere Qualität des Täters erfordern. Werden diese Tatbestände unter Mitwirkung eines Teilnehmers verwirklicht, der die besondere Täterqualität aufweist, so ist im römischen Strafrecht im Fall des *parricidium* nachweisbar, dass die Bestrafung trotz fehlender Täterqualität die gleiche wie des Täters ist. Ähnlich verhält es sich mit dem hausfremden, von einem Verwandten zur Tat angestifteten Täter. Auch er unterliegt der Strafe des *parricidium*, obgleich er in keinem Verwandtschaftsverhältnis zum Opfer steht. Allein entscheidend ist in diesen Fällen, dass ein Verwandter, der geeigneter Täter eines *parricidium* sein kann, an der Tat teilnimmt. Ist das der Fall, so werden alle Beteiligten in der gleichen Weise bestraft.

15. Die Bestrafung von Täter und Teilnehmer

Bereits bei der Behandlung des *furtum* ist anhand der Quellen klar geworden, dass der Teilnehmer wie der Täter bestraft wird. Die gleiche Bestrafung von Täter und Teilnehmer beim Diebstahl verwundert im Hinblick auf die Entwicklungsgeschichte der „Lehre von der Teilnahme“ und der Beharrung römischer Juristen auf diesem Prinzip auch gegenüber einer zunehmenden Betonung des Verschuldens nicht.

Die gleiche Strafe für Täter und Teilnehmer ist für die Digesten nahezu durchgängig festzustellen.⁴³¹ Vereinzelt Hinweise auf eine unterschiedliche Bestrafung von Täter und Teilnehmer finden sich allerdings im Codex:

⁴³⁰ Ebenso ist die Verbrechensverabredung im Falle des *crimen laesae maiestatis* strafbar. Der Schwur, an dem Unternehmen des Hochverrats teilzunehmen, macht jeden, der diesen Schwur empfängt, wie auch jeden Schwörenden zum Täter des Hochverrats, CJ. 9.8.5pr.

⁴³¹ D.48.19.16pr (Saturnius de poen. pagan.): Der Teilnehmer wird grundsätzlich wie ein Täter bestraft; D.47.10.15.18 (Ulpian 77 ad ed.): Gleichstellung einer Beihilfehandlung mit der Täterschaft = gleiche Strafe für den Anstifter des Begleiters, der seinen Schützling verlässt und so die *contumelia* ermöglicht; D.48.9.7 (Ulpian 29 ad ed.): gleiche Strafe für die Teilnehmer am *parricidium*; D.48.8.1 (Marcianus 14 inst.) (gleiche Strafe für den Teilnehmer am Mord, die Teilnahme ist umschrieben); 48.4.10 (Hermogenianus 6 iuris epit.) (gleiche Strafe für den Hochverräter); Entführung: Inst.4.18.8; Repetundendelikt: CJ.9.28.1; anders: D.48.19.40 (Paulus 3 lib. decret.) Der beim Hochverrat als Gehilfe an-

CJ.9.38.1: Imperatores Honorius, Theodosius

Si quis posthac per Aegyptum intra duodecimum cubitum fluminis nili ulla fluenta de propriis ac vetustis usibus praeter fas praeterque morem antiquitatis usurpaverit, flammis eo loco consumatur, in quo vetustatis reverentiam et propemodum ipsius imperii appetierit securitatem: consciis et consortibus eius deportatione constringendis, ita ut numquam supplicandi eis vel recipiendi civitatem vel dignitatem vel substantiam licentia tribuatur.

Wenn ferner irgendeiner in Ägypten sich entgegen göttlichen Rechts und der Sitte alter Zeit irgendwelches Schwemmland innerhalb von zwölf Cubitus des Nils angeeignet hat, soll er an demselben Ort verbrannt werden, an dem er die Ehrfurcht vor dem Altertum und auf gleiche Art die Sicherheit des Reiches selbst angetastet hat: Seine Mitwisser und Teilnehmer sollen mit der Verbannung bestraft werden, so, dass die Erlaubnis, um Gnade zu bitten oder das Bürgerrecht oder die Würde oder das Vermögen zurückzuerhalten, niemals gewährt wird.

Während derjenige lebendig verbrannt wird, der durch Abbau von Schwemmland in der Nähe eines Nildamms die Sicherheit des dahinterliegenden Ackerlandes gefährdet, wird sein Gehilfe⁴³² unter Verlust aller Bürgerrechte, Titel und seines Eigentums verbannt.

Ein weiteres Beispiel für eine mildere Bestrafung des Teilnehmers enthält CJ.9.13.1 für den Fall der Entführung. Der anwesende⁴³³ Gehilfe des Entführers erleidet nur den Tod, die Güterkonfiskation bleibt ihm - oder besser: seinen Nachkommen - im Gegensatz zum Täter und seinen Mittätern erspart.⁴³⁴

Diese allein stehenden Beispiele obligatorischer Strafmilderung für den Teilnehmer zeigen deutlich, dass die mildere Bestrafung des Teilnehmers kein durchgängiges Prinzip des späten römischen Strafrechts ist. Für die Teilnahme am *crimen laesae maiestatis* wird auch im Codex die gleiche Strafe verhängt wie für die

zusehende Mitwisser (*consciis*) wird nur mit der Relegation, nicht mit der Deportation bestraft; es handelt sich aber um einen leichten Fall, in dem lediglich ein geflohener Feind versteckt worden ist.

⁴³² Zu dieser Übersetzung MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 98 Anm. 5.

⁴³³ CJ.9.13.1.3: *Poenas autem quas praediximus, id est mortis et bonorum amissionis, non tantum adversus raptores, sed etiam contra eos qui hos comitati in ipsa invasione et rapina fuerint constituimus.*

⁴³⁴ Eine mildere Strafe trifft den Lehrling des Zauberers nach PS 5.23.17: Während der Zauberer verbrannt wird, ist sein „Gehilfe“ lediglich zu verbannen.

täterschaftliche Begehung⁴³⁵, ebenso für Gehilfen bei der Vergewaltigung⁴³⁶. Der Grundsatz für das römische Recht auch dieser Zeit muss lauten, dass für den Täter wie für den Teilnehmer die gleiche Strafdrohung gilt.

Dabei muss die Praxis der Ausübung richterlichen Ermessens berücksichtigt werden, die es grundsätzlich erlaubte, den Teilnehmer milder als den Täter zu bestrafen.⁴³⁷ Dass dies allerdings auch tatsächlich praktiziert wurde, ist bislang nicht nachgewiesen worden.

16. Hilfeleistung nach der Tat

a) Hehlerei als Teilnahmehandlung

MOMMSEN vermutete, dass die Hehlerei als Hilfeleistung zum Diebstahl angesehen wurde, räumte aber ein, dass dafür ausdrückliche Zeugnisse nicht in ausreichendem Umfang vorlägen.⁴³⁸ Auf den ersten Blick scheinen die von Mommsen zitierten Fragmente in die von ihm vermutete Richtung zu weisen. Das gilt insbesondere für:

Inst. 4.1.4: *...,cum manifestissimum est quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.*

... zumal dass es völlig klar ist, dass alle, die wissentlich eine gestohlene Sache angenommen und versteckt haben, der Klage wegen nicht handhaften Diebstahls ausgesetzt sind.⁴³⁹

Wer eine Sache annimmt, von der er weiß, dass es sich um Diebesgut handelt, kann mit der *actio furti nec manifesti* verfolgt werden.

Auf eine Verfolgung als täterischen Diebstahl deutet D.47.9.3.3 (Ulpian 56 ad ed.) hin: Hier ist ein Strandraub begangen worden. Ein Schiff ist an der Küste gestrandet und geplündert worden. In einem solchen Fall ist der, der wissentlich etwas von der geplünderten Ladung angenommen hat, ebenso wie der Strandräuber zu bestrafen, der die Ladung von Bord geschafft hat, um sie zu behalten oder weiterzugeben. Es fehlt in diesem Fragment an einem sprachlichen Hinweis auf eine Bestrafung als Teilnehmer an der Tat des Strandräubers. Das legt den Schluss nahe, dass es nicht um eine Teilnahme an einer Haupttat geht, sondern um eine eigene Tat des Hehlers, die als Diebstahl gewertet wird. Klarer noch zeigt die folgende Institutionenstelle die Unterscheidung von Teilnahme und Sichverschaffen von Beutestücken:

⁴³⁵ CJ.9.8.5.6.

⁴³⁶ CJ. 9.13.1.

⁴³⁷ ROBINSON, OLIVIA F.: *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore 1995, S. 20.

⁴³⁸ MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 747.

⁴³⁹ Ebenso: CJ 9.20.12.

Inst. 4.18.9: *Lex Iulia peculatus eos punit qui pecuniam vel rem publicam vel sacram vel religiosam furati fuerint. sed si quidem ipsi iudices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerunt, capitali animadversione puniuntur, et non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc adhibuerunt vel qui subtracta ab his scientes susceperunt: alii vero qui in hanc legem inciderint poenae deportationis subiugantur.*

Die *lex Iulia* über die Veruntreuung öffentlichen Guts bestraft diejenigen, die öffentliche, sakrale oder zum Grabgut gehörende Gelder oder Sachen an sich genommen haben. Wenn es aber Richter sind, die während ihrer Amtszeit öffentliche Gelder unterschlagen haben, werden sie mit dem Tode bestraft, und nicht nur sie, sondern auch diejenigen, die ihnen dazu Beihilfe geleistet haben oder wissentlich von ihnen unterschlagenes Gut angenommen haben. Andere hingegen, die unter dieses Gesetz fallen, werden lebenslänglich verbannt.

Nach der *lex Iulia* werden Täter, Gehilfen und der, der sich wissentlich veruntreutes Gut verschafft, mit dem Tode bestraft. Es ist der Täter selbst, der Gehilfe und der, der sich wissentlich veruntreutes öffentliches Gut verschafft. Die Nennung der Täterschaft, der Beihilfe und des wissentlichen Sich-Verschaffens belegt auch die gedankliche Trennung von Teilnahmehandlung und Hehlerei. Wenngleich die letzten Beispiele sich nicht dem Verbrechen des Diebstahls beschäftigen, so sind die Sachverhalte doch insoweit gleich, dass sich der Täter aus einer Straftat gewonnenes Gut verschafft. Es ist zwar nicht zwingend, aber doch sehr naheliegend, dass diese Fälle im Hinblick auf die Annahme des aus der Tat stammenden Gutes gedanklich gleichbehandelt wurden. Die Hehlerei ist im römischen Strafrecht als eigene Tat ohne die Notwendigkeit abgeleiteter Haftung angesehen worden.⁴⁴⁰

b) Gewährung von Unterschlupf und Vereitelung der Strafverfolgung

Diejenigen, die Verbrecher verborgen halten, sowie die, die Räuber gegen eine Belohnung entkommen lassen, sollen wie Räuber bestraft werden.⁴⁴¹ Auch hier wird zwar die gleiche Strafe wie für die begünstigten Verbrecher verhängt, die offenbar Räuber sind. Dennoch ist auch hier kein Hinweis auf eine von der Tat der Räuber abhängige, sondern eine selbständige Strafe zu erkennen. Insbesondere wurde dies für das Verbergen von Straßenräubern in CJ.9.39.1pr. ff geregelt. Zwar war eine besondere Anzeige- und Auslieferungspflicht der Landbesitzer und ihrer Verwalter statuiert, die zu melden hatten, wenn sich Verdächtige auf ihrem oder

⁴⁴⁰ So i.E. auch ROBINSON, OLIVIA F.: *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore 1995, S. 28.

⁴⁴¹ D.47.16.1 (Marcian 2 publ. iud.) und § 2 (Paulus l. s. de poen. Pag.); D.1.18.13pr (Ulpian 7 de off. proconsulis).

dem von ihnen verwalteten Grund und Boden aufhielten, doch auch hier wird das Unterlassen der Auslieferung als eigenständige Straftat unabhängig von den Verbrechen der sich verbergenden Kriminellen geahndet: Die Strafe soll hier der Verlust des Landbesitzes für den vorsätzlich unterlassenden Eigentümer selbst, die Verbannung für den Verwalter sein. Ebenso war das Verbergen des Diebes besonders geregelt:

D.47.2.48.1 (Ulpianus 42 ad sab.): *Qui furem novit, sive indicet eum sive non indicet, fur non est, cum multum intersit, furem quis celet an non indicet: qui novit, furti non tenetur, qui celat, hoc ipso tenetur.*

Wer den Dieb gekannt hat, mag er ihn anzeigen oder nicht, ist kein Dieb, da es ein großer Unterschied ist, ob jemand einen Dieb versteckt oder nicht anzeigt: Wer ihn kennt, haftet nicht wegen Diebstahls, wer ihn versteckt, haftet selbst wegen Diebstahls.

Nach D.47.2.48.1 (Ulpian 2 ad Sab.) ist der, der den Dieb versteckt, selbst ein Dieb. Wiederum ergeben sich keinerlei Hinweise auf eine Teilnahme an der Tat dessen, der tatsächlich eine fremde Sache angetastet hat.

Die strafbare Begünstigung reicht beim *crimen laesae maiestatis* sehr weit:

CJ.9.8.5.2: Imperatores Arcadius, Honorius: *Denique iubemus etiam eos notabiles esse sine venia, qui pro talibus umquam apud nos intervenire temptaverint. <a 397 D.priD.non. Sept. ancyrae Caesario et Attico cons. >*

Schließlich befehlen wir, dass auch diese Berüchtigten ohne Gnade sind, die sich für solche Verbrecher bei uns zu verwenden suchen.

Der, der zugunsten der überführten Täter des *crimen laesae maiestatis* sprach oder sich für sie in irgendeiner Form einsetzte, wurde selbst zum Täter des Hochverrats.⁴⁴² Einer tatsächlichen Vereitelung der Strafe bedurfte es nicht: Allein der Versuch der Vereitelung der Strafe reichte hier zur Bestrafung aus. Der Grund für diese strenge Regelung war allein rechtspolitischer Natur: Hier führte die Bedeutung des Verbrechens zu einer Ausweitung der Teilnahmehandlung auf die Zeit nach der materiellen Beendigung. Auch hier war die Strafe des Teilnehmers dieselbe wie die des Täters.

⁴⁴² Ohne Begründung sieht ROBINSON hier einen Fall von Teilnahme, ROBINSON, OLIVIA F.: *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore 1995, S. 19. Es fehlen hier aber die typischen Kennzeichen der Teilnahme: mittelbare Verursachung und abgeleitete Strafbarkeit. Hingegen lässt sich die Handlung des Fürsprechers als täterisches Handeln subsumieren. Allein das Anzweifeln der Schwere des Verbrechens gegen den Imperator stellt einen Angriff auf den Geltungsanspruch des Herrschers dar und genügt, um bestraft zu werden.

c) Zwischenergebnis

In Fallkonstellationen, in denen ein sich Dritter wissentlich Diebesgut verschafft, spricht nichts eindeutig für eine Teilnahmehandlung des Dritten am Diebstahl. Hingegen zeigt die Rechtslage beim Strandraub wie auch bei der Annahme von Diebesgut als Gegenleistung für das Verbergen der Straftäter, dass die Römer hier in ein eigenständiges, nicht von einer Vortat abgeleitetes Delikt sahen. Die Tat ist dann selbst Strandraub oder die Tat eines *receptator*.

Geht es darum, den oder die Täter eines Verbrechens zu verbergen, den Behörden nicht auszuliefern oder sich sonstwie zu verwenden, so ist die Rechtslage eindeutig. Im Fall des Diebstahls, des Straßenraubs und sonstiger Verbrechen begeht derjenige, der die Täter nicht ausliefert, eine Straftat, die nicht Teilnahme an der Tat des begünstigten Verbrechers ist. Verwendet er sich für den Majestätsverbrecher, so reicht allein sein Bemühen um dessen Freilassung aus, ihn selbst zum Täter zu machen.

17. Die Verbrechensverabredung

Unter den Tatbestand einiger als besonders schwer eingestufte Taten fallen auch bloße Verabredungen, weitere Handlungen vorzunehmen. Beim Hochverrat war der Schwur, gemeinsam gegen den Imperator vorzugehen, das den objektiven Tatbestand begründende Element.⁴⁴³ Der Nächstemord kennt ebenfalls die Strafbarkeit einer Verabredung.⁴⁴⁴ Ebenso reicht es aus, eine Bande zum Zwecke des Straßenraubs zu gründen, um alle Mitglieder wegen Straßenraubs haften zu lassen.⁴⁴⁵

18. Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung

Die durch die Angestellten eines Reeders, Gast- oder Schankwirts im Wege eines Diebstahls oder einer Sachbeschädigung Geschädigten haben einen Bußanspruch gegen den Geschäftsherrn aus den jeweils von den Angestellten begangenen Delikten, gleich ob er davon wusste oder sie verhindern konnte. Dem Geschäftsherrn wird hier ein Auswahlverschulden zur Last gelegt.⁴⁴⁶

IV. Ergebnis justinianisches Recht

Das klassische und das justinianische Recht unterschieden begrifflich zwischen dem, der die Tat selbst hervorgebracht hatte, und dem, der nicht eigenhändig an dieser Tat beteiligt war, aber dennoch mit *dolo malo* den Erfolg in einer – beliebig

⁴⁴³ CJ.9.8.5pr.

⁴⁴⁴ D.48.9.7 (Ulpianus 29 ad ed.).

⁴⁴⁵ D.48.19.16pr. (Saturn. l.S. de poen. paganorum).

⁴⁴⁶ Inst.4.5.3; D.47.5. (Ulpianus 38 ad ed.)

zu nennenden Weise – verursacht hatte. Die Unterscheidung wurde danach getroffen, wer den Tatbestand eigenhändig verwirklicht hatte oder unmittelbar kausal für den Erfolgseintritt geworden war. Die Trennlinie verlief nach heutiger Terminologie zwischen dem unmittelbaren Täter und anderen Beteiligten, die selbst eigenhändig an der Verwirklichung mitgewirkt hatten, ohne dass sie den vollen Tatbestand verwirklicht hatten einerseits und andererseits solchen, die nicht unmittelbar eigenhändig an der Erfolgsherbeiführung teilgenommen hatten. Auch Mittäter, von denen jeder nur einen Teil des Tatbestandes erfüllt haben, werden so als Teilnehmer angesehen worden sein. Dieser Kategorisierung entzieht sich der mittelbare Täter. Er ist Täter, soweit der, dessen er sich bedient, tatsächlich ein Werkzeug ist. Befiehlt hingegen der Herr seinem Sklaven ein schweres Verbrechen zu begehen, so sind beide verantwortlich.

Es handelt sich also nach heutigem Verständnis nicht um eine Abgrenzung der Täterschaft zur Teilnahme. Diese Art der Unterscheidung war durch die engen Voraussetzungen des Zwölftafelgesetzes für die Kausalität des Täters, soweit ein Erfolg hervorgebracht werden musste, vorgezeichnet. Insoweit gab die Rechtsstradition der Zwölftafeln das Kriterium dieser Unterscheidung vor.

Die engen Voraussetzungen des Zwölftafelgesetzes galten bis in die Zeit der *lex Aquilia*. Im Wege der Auslegung war danach der Tatbestand der Gesetze so ausgeweitet worden, dass jeder für den Erfolg Ursächliche, der den mit einem auf den Erfolg der Tat gerichteten Willen gehandelt hat, ebenso wie der bestraft wurde, der den Erfolg eigenhändig hervorgebracht hatte.

Die Stärkung des Schuldelements und die Einführung der *contrectatio* beim Diebstahl haben sodann dazu geführt, dass zwischen dem, der die tatbestandsmäßige Handlung eigenhändig ausführte und dem, der für ihre Verwirklichung einen auch entfernteren Grund setzte, unterschieden werden musste. Diese Unterscheidung fand ihren Ausdruck in der disjunktiven Interpretation des Begriffspaars *ope consilio*.

Eine Differenzierung erfolgte aber auch für andere Straftaten; sie fand dort nur einen anderen Ausdruck, der im Gegensatz zu der Formulierung *ope consilio* das Unterscheidungskriterium deutlicher machte. Durch Formulierungen wie *...facit, ut...* wird eine entferntere als die unmittelbare Beziehung täterischen Handelns zur Tat dargestellt. Ein Grund für die Unterscheidung war, dass der Teilnehmer auch bestraft werden konnte, ohne dass ihm die Erfüllung der Voraussetzungen eines bestimmten Tatbestandes nachgewiesen zu werden brauchte.

Die Unterscheidung konnte auch bei der Rechtsfolge von Bedeutung sein. Eine geringere Bestrafung des Teilnehmers konnte vereinzelt nachgewiesen werden. Beim Diebstahl war zudem bedeutsam, dass die *vindicatio* und die *condictio furtiva* zur Wiedererlangung der gestohlenen Sache nur gegen den Täter erhoben werden konnte.⁴⁴⁷ Im Übrigen machten die römischen Juristen in der Straffolge nur verein-

⁴⁴⁷ KASER, MAX: Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, München 1959, S. 314f.

zelt Unterschied zwischen dem, der den Erfolg selbst unmittelbar verursacht hatte, und dem, der zum Eintritt dieses Erfolges in irgendeiner Weise beigetragen hatte. Die Beschreibung dessen, der den Erfolg nicht unmittelbar erzeugt oder nicht selbst unmittelbar in der im Tatbestand beschriebenen Weise gehandelt hatte, erfolgte nach dem Muster „auch der, der nicht eigenhändig die Tat verwirklicht hat, ist wegen eines Diebstahls zu bestrafen.“

2. Teil: Das englische Strafrecht

Die Darstellung des englischen Rechts erfolgt in drei Abschnitten. Der Erste wird in gebotener Kürze die für das Verständnis des Rechts von Täterschaft und Teilnahme erforderlichen allgemeinen Bestimmungen des englischen Strafrechts darlegen. Der zweite Teil wird die historischen Grundlagen vorstellen, die heute im modernen Recht von Täterschaft und Teilnahme fortwirken. Der darauf folgende Hauptteil setzt sich mit den gesetzlichen und den in der Rechtsprechung entwickelten Regelungen des modernen Rechts von Täterschaft und Teilnahme auseinander.

1. Kapitel: Die Elemente der Straftat im englischen und walisischen¹ Recht: *actus reus* und *mens rea*

Im englischen Strafrecht gilt die Maxime: *actus non facit reum nisi mens sit rea*. Wenngleich viele Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen, so wird durch diesen Satz deutlich, dass eine Bestrafung des Täters neben einer Handlung auch ein entsprechendes subjektives Element der Tat voraussetzt. Obgleich eine gefestigte und allgemein anerkannte Lehre vom Verbrechenaufbau in dieser Maxime angelegt zu sein scheint, existiert eine solche im englischen Strafrecht bislang nicht.² Teilweise wird der Unterscheidung zwischen *actus reus* und *mens rea* jegliche praktische Bedeutung abgesprochen. Die Unterscheidung diene allein einer geordneten Darstellung aller Voraussetzung der Bestrafung eines Täters.³

Dennoch greift auch die Rechtsprechung auf diese Begriffe zurück, so dass diese Unterscheidung für eine Darstellung des englischen Rechts maßgeblich ist. Es wird

¹ Im Folgenden wird nur vom „englischen Strafrecht“ gesprochen.

² Es existieren verschiedene Strömungen bei der Beantwortung dieser Frage. WILLIAMS geht strikt von der lateinischen Maxime aus. Der *actus reus* enthält danach das negative Tatbestandsmerkmal des Fehlens einer Verteidigungseinrede (*defence*), WILLIAMS, GLANVILLE: *Criminal Law: The General Part*, 2. Aufl. London 1961, S. 20. LANHAM gliedert die Verteidigungseinreden aus dem zweigliedrige Deliktsaufbau von *actus reus* und *mens rea* aus und gründet eine eigenständige dritte Kategorie, die ebenfalls als negatives Element für eine Strafbarkeit das Fehlen einer Verteidigungseinrede vorsieht, LANHAM, DAVID: *Larsonneur Revisited*, in: [1976] *Crim. L.R.* 276ff., 276f. WELLS ist für die Übernahme eines Deliktsaufbaus, der „Schuld“ als drittes Element der Strafbarkeit beinhaltet, WELLS, CELIA: *Swatting the Subjectivist Bug*, in: [1982] *Crim.L.R.* 209ff., 219f. ASHWORTH möchte die Voraussetzungen eines Delikts den vier Elementen (1.) willensgetragenes Verhalten, (2.) Fehlen einer Rechtsfertigung, (3.) Schuld und (4.) Fehlen von Entschuldigungsgründen zuordnen, ASHWORTH, ANDREW: *Principles of Criminal Law*, 3. Aufl. Oxford 2003, S. 97.

Die Verteidigungseinreden werden in dieser Arbeit vom *actus reus* gesondert behandelt, ohne dass hiermit einer dieser Ansichten gefolgt wird.

³ SMITH, SIR J.C.: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 29.

sich zeigen, dass die Unterscheidung von *actus reus* und *mens rea* als Elemente der Straftat gerade auch im Recht der Teilnahme (*law of complicity*) praktisch bedeutsam ist.

I. *Actus reus*

1. Die Funktion des *actus reus*

Unter dem Begriff *actus reus* werden im englischen Strafrecht alle Elemente einer Straftat mit Ausnahme der *mens rea* zusammengefasst. Der *actus reus* enthält die geschriebenen oder durch die Rechtsprechung entwickelten Tatbestandsmerkmale, die Voraussetzung für die jeweilige Strafbarkeit sind, soweit es sich um die inkriminierte Handlung, Unterlassung, Folge eines Tun oder Unterlassens oder einen durch das Recht verbotenen Zustand (*state of affairs*) handelt. Der *actus reus* ist insoweit mit dem objektiven Tatbestand der deutschen Strafrechtsdogmatik zu vergleichen. Die Delikte, die nach der oben genannten Maxime neben einem Verhalten des Täters eine entsprechende *mens rea* fordern, werden in die Kategorien Handlung, Erfolg und Zustand eingeteilt.⁴ Die Unterlassung wird lediglich als besondere Erscheinungsform einer Handlung anerkannt und als alternative Begehungsweise eines *actus reus* verstanden.⁵

a) Die Verhaltensdelikte (*conduct crimes*)

Bei den Verhaltensdelikten (*conduct crimes*) wird kein Erfolg in der Außenwelt vorausgesetzt. Zu ihnen gehören die Vergewaltigung (*rape*), die Verführung (*abduction*) und der Meineid (*perjury*). Die Bestimmung der Verhaltensdelikte wird im englischen Recht nach dem *you have to wait to see*-Test durchgeführt.⁶ Danach handelt es sich um ein Verhaltensdelikt, wenn für die Bejahung des *actus* nicht abgewartet und gesehen müsse, ob aufgrund des Verhaltens des Täters irgendein Erfolg eintrete. Der *actus reus* ist bei den Verhaltensdelikten allein durch das unmittelbar wahrnehmbare Verhalten des Täters erfüllt.⁷ Die Verhaltensdelikte entsprechen den schlichten Tätigkeitsdelikten des Strafgesetzbuches, soweit es um ein aktives Tun geht.

⁴ ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 19 f.

⁵ ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 23ff.

⁶ WILLIAMS, GLANVILLE: The Problem of Reckless Attempts, in: [1983] Crim.L.R. 365ff., 368.

⁷ J.C.SMITHs Kritik an dieser Auffassung ist nicht ganz stichhaltig. Auch im Falle eines Pistolenschusses muss eine, wenn auch sehr kurze Zeit abgewartet werden, um zu sehen, ob das Projektil sein Opfer trifft, SMITH, SIR J.C.: Smith & Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London 2002, S. 30.

b) Die Erfolgsdelikte (*result crimes*)

Bei den Erfolgsdelikten (*result crimes*) stellt man hingegen auf einen aufgrund menschlichen Verhaltens eingetretenen Erfolg ab. Das menschliche Verhalten muss den Erfolg verursacht haben.⁸ Die Unterscheidung von Erfolgs- und Verhaltensdelikten ist nicht zuletzt für die Prüfung der Anwendbarkeit des englischen Strafrechts wesentlich. Allein im Geltungsbereich des englischen Rechts eingetretene Erfolge sowie vorgenommene Handlungen oder Unterlassungen können von der englischen Justiz unter Anwendung der Regeln des englischen Strafrechts verfolgt werden.⁹

c) Die Situationsdelikte (*state of affair offences, situational offences*)

Schließlich werden durch das englische Strafrecht auch unerwünschte Situationen sanktioniert (*state of affairs offences, situational offences*). Zu den Situationsdelikten (*state of affair offences, situational offences*) zählen nicht nur Delikte, die voraussetzen, dass der Täter in einer bestimmten Situation betroffen wird, zum Beispiel sich betrunken an einem öffentlichen Ort aufhält, sondern auch solche, in denen die Verwirklichung des *actus reus* den Besitz einer Sache (*being in possession*)¹⁰ oder die Verantwortlichkeit für einen Pkw voraussetzt.¹¹ Ein Handeln oder ein Unterlassen sind als Voraussetzung für die Strafbarkeit des Täters ohne Bedeutung.

d) Grundtatbestand, Qualifikation, Privilegierung

Die Unterscheidung zwischen Grundtatbestand und Qualifikation oder Privilegierung innerhalb der Delikte ist dem englischen Recht unbekannt. In *Courtie*¹² führte Lord Diplock zu dem Verhältnis zweier *acti rei*, von denen einer alle Merkmale des anderen sowie ein zusätzliches Merkmal enthält, aus:

My Lords, where it is provided by a statute that an accused's person liability to have inflicted on him a maximum punishment which, if the prosecution is successful in establishing the existence in his case of a particular factual ingredient, is greater than the maximum punishment that could be inflicted on him if the existence of that particular factual ingredient were not established, it seems to be plain beyond argument that Parliament has created two offences, whether the statute by which they are created does

⁸ SMITH, SIR J.C.: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 31

⁹ *Harden* [1963] 1 QB 8; *Secretary of State for Trade v Markus* [1976] A.C. 35, 61.

¹⁰ Z.B. *Misuse of Drugs Act 1971*, s. 5(2); *Prevention of Crime Act 1953*, s. 1(1).

¹¹ *Road Traffic Act 1988*, s. 4 (Driving, or being in charge, when under influence of drink or drugs): (2) Without prejudice to subsection (1) above, a person who, when in charge of a [mechanically propelled vehicle] which is on a road or other public place, is unfit to drive through drink or drugs is guilty of an offence.

¹² [1984] 1 All E.R. 740 (HL).

*so by using language which treats them as being different species of a single genus of offence or by using language which treats them as separate offences unrelated to one another*¹³

Wenn der *actus reus* eines Delikts um ein weiteres Merkmal ergänzt wird und der Gesetzgeber hierfür eine höhere Strafe androht als für das Delikt, bei dem dieses Merkmal fehlt, so handelt es sich um ein anderes Delikt. Allein wegen des angeklagten Delikts dürfe der Angeklagte verurteilt werden, es sei denn, die Sachverhaltsschilderung enthalte Fakten, die den *actus reus* des anderen Delikts erfüllten.

2. Willensgetragenes Verhalten (*willed conduct*)

Bei dem *actus reus* muss es sich grundsätzlich um ein von einer freien Willensentscheidung getragenes Verhalten (*voluntary conduct*) handeln:

*The „... requirement that it should be a voluntary act is essential, not only in a murder case but also in every criminal case.”*¹⁴

Die traditionelle Ansicht sieht dieses Erfordernis dann als erfüllt an, wenn eine von einer freien Willensentscheidung getragene, zweckgerichtete Tätigkeit vorliegt. Ist das nicht der Fall, wie bei reflexhaften Bewegungen, so fehlt es bereits an einem *actus reus*. Doch geht diese Ansicht bei ihren Anforderungen an ein willensgetragenes Verhalten noch weiter: So kann bereits eine der Routine und Gewohnheit entspringende Bewegung, die nicht bewusst bedacht wurde, schon nicht mehr als *voluntary act* angesehen werden. Diese Auffassung ist mit einem eng verstandenen finalen Handlungsbegriff der deutschen Strafrechtsdogmatik¹⁵ zu vergleichen.

Ein neuerer Ansatz ist das *control principle*. Die Vertreter dieser Ansicht stimmen mit der traditionellen Ansicht darin überein, dass reflektorische Bewegungen nicht ein Verhalten sein können. Sie ziehen dieses Ergebnis aber aus der Erkenntnis, dass allein dann ein Verhalten vorliegt, wenn eine Bewegung oder ein Unterlassen einer solchen Bewegung vom Willen gesteuert werden kann, beziehen also auch aus der Routine entspringende Tätigkeit in das willensgetragene Verhalten mit ein.¹⁶ Inhaltlich entspricht dieses Verständnis des willensgetragenen Verhaltens dem kausalen Handlungsbegriff der deutschen Strafrechtsdogmatik¹⁷, ohne allerdings auf die verursachende Funktion des menschlichen Willens abzustellen. Vom

¹³ Diplock LJ in *Courtie* [1984] 1 All E.R. 740, 744, HL.

¹⁴ Denning LJ in *Bratty v A-G for Northern Ireland* [1963] AC 386, 409.

¹⁵ JESCHECK, HANS-HEINRICH; WEIGEND, THOMAS: Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Berlin 1996, S. 220ff.

¹⁶ HUSAK, D.: Does Criminal Liability Require an Act?, in: Duff, A. (Hrsg.): *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge 1999, S. 60ff., 77ff.; SIMESTER, A.P.: On the So-called Requirement for Voluntary Action, in: (1998) *Buffalo Criminal Law Review*, S. 403ff., 414ff.

¹⁷ JESCHECK, HANS-HEINRICH; WEIGEND, THOMAS: Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Berlin 1996, S. 219f.

Erfordernis eines willensgetragenen Verhaltens kennt das englische Strafrecht Ausnahmen, deren wichtigste im Folgenden vorgestellt wird.

3. Delikte absoluter Verantwortlichkeit (*absolute liability*)

Die Rechtsprechung hat in Entscheidungen, deren wesentliche Rechtsfrage die Auslegung zweier Zustandsdelikte war, eine besondere und von der Voraussetzung eines willensgetragenen Verhaltens abweichende Verantwortlichkeit entwickelt. In beiden Präzedenzfällen waren Situationsdelikte einschlägig, die nach Ansicht der Gerichte weder ein willensgetragenes Verhalten noch eine *mens rea* voraussetzten.

a) *Larsonneur*¹⁸

In der Entscheidung *Larsonneur*¹⁹ wurde eine französische Staatsbürgerin nach Irland ausgewiesen. In dem irischen Zielhafen angelangt wurde ihr die Einreise verweigert. Sie wurde von der irischen Polizei gegen ihren Willen und unter Widerstand zurück nach Holyhead gebracht und den britischen Behörden übergeben.

Angeklagt wegen einer Straftat gem. Art. 1 (3) (g), 18 (1) (b) Aliens Order 1920²⁰, wurde sie verurteilt, da sie als Ausländerin innerhalb der Landsgrenzen angetroffen wurde, obwohl ihr die Einreise in das Vereinigte Königreich nicht gestattet worden war. Der Court of Appeal wies das Rechtsmittel gegen die Verurteilung zurück. Das Argument der Rechtsmittelführerin, ihre Verbringung nach Großbritannien gegen ihren Willen stünde einer Verurteilung entgegen, da hier kein „landen“ in Großbritannien im Sinne des Art. 18 (1) (b) Aliens Order 1920 vorläge, wurde vom Lord Chief Justice verworfen:

*The appellant was, therefore, on April 21, 1933, in the position in which she would have been if she had been prohibited from landing by the Secretary of State and, that being so, there is no reason to interfere with the finding of the jury. She was found here and was, therefore, deemed to be in the class of persons whose landing had been prohibited by the Secretary of State*²¹

Die Umstände für die Rückkehr der Französin wurden für ihre Verurteilung als bedeutungslos erachtet. Allein entscheidend sei, dass sie in Großbritannien ange-

¹⁸ (1933) 31 LGR 253; (1933) 24 Cr.App.R. 74.

¹⁹ (1933) 31 LGR 253; (1933) 24 Cr.App.R. 74.

²⁰ Aliens Order, 1920, Art. 1(8): Leave shall not be given to an alien to land in the United Kingdom unless he complies with the following conditions, that is to say . . . (g) he has not been prohibited from landing by the Secretary of State.

Art. 18 (1) (b), as amended by Order of March 12, 1928: If any alien, having landed in the United Kingdom in contravention of Art. 1 of this Order, is at any time found within the United Kingdom he shall be guilty of an offence against this Order.

²¹ *Larsonneur* (1933) 24 Cr.App.R. 74, 78.

troffen wurde. Diese Entscheidung ist in der Literatur heftiger Kritik ausgesetzt gewesen²², vor allem, weil die seit den frühesten Zeiten des englischen Rechts anerkannte Verteidigungseinrede des überwältigenden Zwangs (*defence of physical compulsion*) zwar implizit erhoben, aber von den Richtern als unerheblich erachtet worden war.

b) *Winzar v. Chief Constable of Kent*²³

In gleicher Weise wurde in der Sache *Winzar v. Chief Constable of Kent*²⁴ der Fall des Betrunkenen W beurteilt, der in ein Krankenhaus eingeliefert worden war. Da er nur betrunken war, wurde er aufgefordert, das Krankenhaus zu verlassen. Später wurde er schlafend in einem Korridor des Krankenhauses gefunden. Die herbeigerufenen Polizisten erkannten seinen Zustand und brachten ihn zu ihrem Auto. W. wurde angeklagt, gegen s. 12 Licensing Act 1872²⁵ verstoßen zu haben. Im Rechtsmittelverfahren vor dem Divisional Court machte W. insbesondere geltend, dass er nicht aufgrund seines eigenen, willensgetragenen Verhaltens auf die Straße gelangt sei. Der Divisional Court legte s. 12 Licensing Act 1872 so aus, dass willensgetragenes Verhalten und der Vorsatz (*by his own volition*) keine Voraussetzungen dieses Delikts neben dem Betroffenwerden des Betrunkenen an einem öffentlichen Platz sei. Dazu führte Goff LJ insbesondere den Gesetzeszweck ins Feld:

In my judgment, looking at the purpose of this particular offence, it is designed, as Mr. Goymer has submitted, to deal with the nuisance which can be caused by persons who are drunk in a public place. This kind of offence is caused quite simply when a person is found drunk in a public place or in a highway.

Mr. Goymer gave an example which illustrates how sensible that conclusion is. Suppose a person was found as being drunk in a restaurant or a place of that kind and was asked to leave. If he was asked to leave, he would walk out of the door of the restaurant and would be in a public place or in a highway of his own volition. He would be there of his own volition because he had responded to a request. However, if a man in a restaurant made a thorough nuisance of himself, was asked to leave, objected and was ejected, in those circumstances, he would not be in a public place of his own volition because he would have been put there either by a gentleman on the door of the restaurant, or by a po-

²² LANHAM, DAVID: Larsonneur Revisited, in: [1976] Crim. L.R. 276ff., 276 m.w.N.

²³ The Times, 28. März 1983.

²⁴ The Times, 28. März 1983.

²⁵ Licensing Act 1872, s. 12 (Penalty on persons found drunk): Every person found drunk in any highway or other public place, whether a building or not, or on any licensed premises, shall be liable to a penalty not exceeding [level 1 on the standard scale]...

*lice officer, who might have been called to deal with the man in question. It would be nonsense if one were to say that the man who responded to the plea to leave could be said to be found drunk in a public place or in a highway, whereas the man who had been compelled to leave could not.*²⁶

In beiden Fällen reichte allein die Tatsache, in einer bestimmten Situation angetroffen worden zu sein, für eine Verurteilung aus. Weder waren *actus reus* und *mens rea* noch überhaupt ein willensgetragenes Verhalten erforderlich. Beide Situationen wurden durch die Polizei selbst begründet.

c) Kodifizierte Situationsdelikte, die kein willensgetragenes Verhalten voraussetzen

Situationsdelikte, die kein willensgetragenes Verhalten voraussetzen, gehören nicht der Vergangenheit des englischen Strafrechts an, wie s. 4(2) Road Traffic Act 1988²⁷ zeigt. Wer für ein Kraftfahrzeug verantwortlich ist (*being in charge of a motor vehicle*), obgleich keine Fahrtüchtigkeit besteht, begeht eine Straftat. Die Anklage hat lediglich zu beweisen, dass er prima facie für das Fahrzeug verantwortlich war.²⁸ Die Verantwortlichkeit (*in charge of a motor vehicle*) wird für den widerleglich vermutet, der im Besitz des Schlüssels für das Kraftfahrzeug ist.²⁹ Auch eine größere Entfernung zum Kraftfahrzeug reicht für diese widerlegliche Vermutung aus.³⁰ Danach muss der Besitzer der Schlüssel weder wissen, dass er die Schlüssel hat, noch dass er fahruntüchtig ist. Praktisch kann auch der besinnungslos Betrunkene, der zum Ausschlafen seines Rausches von seinen Bekannten in seinen Personenkraftwagen gelegt wurde und dort angetroffen wird, auf der Grundlage der s. 4(2) Road Traffic Act 1988 verurteilt werden.

Allerdings sieht s. 4(3) Road Traffic Act³¹ eine objektive Verteidigungseinrede vor. Dem Angeklagten obliegt es zu beweisen, dass eine Fahrt mit dem Kraftwagen

²⁶ *Winzar v. Chief Constable of Kent*, The Times, 28. März 1983; CO/1111/82 (Transcript: Marten Walsh Cherer).

²⁷ Road Traffic Act 1988, s. 4 (Driving, or being in charge, when under influence of drink or drugs): (2) Without prejudice to subsection (1) above, a person who, when in charge of a [mechanically propelled vehicle] which is on a road or other public place, is unfit to drive through drink or drugs is guilty of an offence.

²⁸ *DPP v. Watkins* [1989] Crim.L.R. 453.

²⁹ *Haines v. Knight* [1953] 1 W.L.R. 309; *Blayney v. Knight* [1975] Crim.L.R. 237.

³⁰ *Woodage v. Jones* (No. 2) [1975] Crim.L.R. 295; vgl. *DPP v. Webb* [1988] R.T.R. 374.

³¹ Road Traffic Act 1988, s. 4 (Driving, or being in charge, when under influence of drink or drugs): (3) For the purposes of subsection (2) above, a person shall be deemed not to have been in charge of a [mechanically propelled vehicle] if he proves that at the material time the circumstances were such that there was no likelihood of his driving it so long as he remained unfit to drive through drink or drugs.

während der Phase seiner Fahruntüchtigkeit unwahrscheinlich war. Delikte, die den Besitz einer Sache mit Strafe bedrohen und nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht ausdrücklich *mens rea* voraussetzen³², sind nach Ansicht der Literatur Situationsdelikte (*situational offences*).³³ Wird bewiesen, dass der Angeklagte sich im Besitz einer verbotenen Sache befunden hat, so reicht dies zum Nachweis des *actus reus* aus. Die Rechtsprechung zu Fällen dieser Art ist uneinheitlich. In der Entscheidung *Lewis*³⁴ wurde L. angeklagt, im Besitz verbotener Drogen gem. s. 5(2) Misuse of Drugs Act 1971³⁵ gewesen zu sein. Er war Mieter eines Hauses, in dem die Polizei solche Drogen gefunden hatte. Bewiesen werden konnte durch die Verteidigung, dass L nie in diesem Haus gelebt hatte. Seine Besuche dort waren selten und nur kurz gewesen. Der Richter belehrte die Jury, dass sie L trotz seiner Abwesenheit schuldig sprechen könnten, wenn sie überzeugt seien, dass er Kontrolle über die im Haus befindlichen Sachen hatte. Die Unkenntnis des L stehe einem Schuldspruch nicht entgegen, vorausgesetzt, dass L eine Chance hatte, die Drogen zu finden. Der Court of Appeal beanstandete diese Belehrung der Jury nicht und wies das von L eingelegte Rechtsmittel gegen seine Verurteilung zurück.

Danach kann *possession* als *offence of absolute liability* angesehen werden: Ein willensgetragenes Verhalten des Angeklagten war ebenso wenig erforderlich wie eine *mens rea*.³⁶ Dem steht ein *obiter dictum* aus der Entscheidung in *Warner*³⁷ entgegen. Hier waren alle Richter einmütig der Ansicht, dass in dem hypothetischen Fall einer Frau, in deren Einkaufskorb eine Sache ohne ihr Wissen gelegt worden ist, die Frau sich nicht im Besitz dieser Sache befindet.³⁸

³² Z.B. Theft Act 1968, s. 25 (Going equipped for stealing): (1) A person shall be guilty of an offence if, when not at his place of abode, he has with him any article for use in the course of or in connection with any burglary, theft or cheat..

Firearms Act 1968, s. 1 (Requirement of firearm certificate) (1) Subject to any exemption under this Act, it is an offence for a person –

(a) to have in his possession, ..., a firearm ...

³³ ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 22f.; HERRING, JONATHAN: Criminal Law, Oxford 2004, S. 225; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 85, 118; SMITH, SIR J.C.: Smith & Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London 2002, S. 59.

³⁴ [1988] Crim.L.R. 517.

³⁵ Misuse of Drugs Act 1971, s. 5 (Restriction of possession of controlled drugs): (2) Subject to s. 28 (Verteidigungseinrede der Unkenntnis von der Art der Substanz, CR.) of this Act and to subsection (4) (Verteidigungseinreden: Besitz zum Zweck der Bewahrung eines anderen vor dem unrechtmäßigen Besitz der Substanz, Abgabe bei berechtigten Personen, CR.) below, it is an offence for a person to have a controlled drug in his possession in contravention of (1) above.

³⁶ Zur Kritik an dieser Entscheidung: SMITH, J.C.: Kommentar – Lewis [1988]Crim.L.R. 518 f.

³⁷ [1969] 2 AC 282.

³⁸ WARNER [1969] 2 AC 282, 286, 300, 303, 311.

Zumindest im Fall des Besitzes unerlaubter Drogen kann vor dem Hintergrund der Entscheidung in *Lewis* von einem weiteren Delikt absoluter Verantwortlichkeit gesprochen werden.³⁹ Andere Delikte, die den Besitz verbotener Sachen voraussetzen, gehören vorbehaltlich einer abweichenden Entscheidung zur Gruppe der Erfolgshaftungsdelikte, die zumindest ein willensgetragenes Verhalten voraussetzen.

d) Zusammenfassung

Die Delikte absoluter Verantwortlichkeit sind durch dreierlei gekennzeichnet. Sie setzen kein willensgetragenes Verhalten voraus. Folglich kommt es bei ihnen nicht auf die Verursachung des mit Strafe bedrohten Zustandes durch den „Täter“ an. Schließlich ergibt sich aus der möglichen Strafbarkeit auch ohne willensgetragenes Verhalten, dass der Täter ohne *mens rea* handeln kann. Allein das Betrofwerden in einer bestimmten Situation reicht für eine Verurteilung aus.⁴⁰

4. Die Verwirklichung des *actus reus* durch ein Unterlassen

Das englische Strafrecht unterscheidet bei den Delikten, die durch ein Unterlassen begangen werden können, zwischen den zumeist kodifizierten Taten, deren *actus reus* allein durch das Unterlassen (*crimes committable by omission*) einer gebotenen Handlung verwirklicht wird und die insoweit den echten Unterlassungsdelikten entsprechen, und solchen Delikten, deren Tatbestand auch durch ein Unterlassen (*offences of mere omission*) verwirklicht werden kann;⁴¹ sie entsprechen insoweit den unechten Unterlassungsdelikten des deutschen Strafrechts.

a) Die echten Unterlassungsdelikte (*offences of mere omission*)

Bei den echten Unterlassungsdelikten (*offences of mere omission*) wird die Garantenstellung zumeist für Personen begründet, die besondere persönliche Eigenschaften aufweisen. Es handelt sich um Delikte, deren *actus reus* keinen Erfolgseintritt voraussetzt. Es reicht, dass eine gebotene Handlung unterlassen wird. Diese Delikte werden folglich den Verhaltensdelikten (*conduct crimes*) zugerechnet.⁴² Die Unfallflucht wird als Unterlassungsdelikt angesehen, kann aber nur von dem Fahrer eines beteiligten Kfz begangen werden.⁴³ Ebenso kann nur der Fahrer

³⁹ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 118.

⁴⁰ SMITH, SIR J.C.: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 59.

⁴¹ ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 25f.; SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 60.

⁴² ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 26.

⁴³ Road Traffic Act 1988, s. 170 (Duty of driver to stop, report accident and give information or documents): (2) The driver of the [mechanically propelled vehicle] must stop and, if required to do so by any person having reasonable grounds for so requiring, give his

eines Kraftfahrzeugs es unterlassen, der polizeilichen Anweisung Folge zu leisten, sich einer Atemkontrolle zu unterziehen.⁴⁴ Nach Children and Young Persons Act 1933, s. 1 (1)⁴⁵ wird jeder Elternteil oder jede andere Person, die älter als sechzehn Jahre ist und die die Verantwortung für das Kindeswohl trägt, für die willentliche Vernachlässigung (Tatbestandsalternativen *neglects* und *abandons*) des Kindes bestraft, wenn die Vernachlässigung die Gefahr unnötigen Leidens oder einer Gesundheitsschädigung in sich trägt. Allein der Vollzugshäftling, der entgegen Prison Act 1952, s 47 (5), unentschuldigt nach seinem Hafturlaub nicht in das Gefängnis zurückkehrt, kann Täter nach Prisoners (Return to Custody) Act 1995, s. 1(1) sein. Wer in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit Kenntnis von Tatsachen⁴⁶ erlangt, die bei ihm eine Vermutung oder einen Verdacht hinsichtlich der Beteiligung eines anderen an einer bestimmten, die Finanzierung des Terrorismus betreffenden Katalogstraftat erwecken und es unterlässt, diesen Sachverhalt bei den Strafverfolgungsbehörden so schnell wie möglich Anzeige zu erstatten, wird bestraft.⁴⁷ Zur

name and address and also the name and address of the owner and the identification marks of the vehicle.

(3) If for any reason the driver of the [mechanically propelled vehicle] does not give his name and address under subsection (2) above, he must report the accident.

(4) A person who fails to comply with subsection (2) or (3) above is guilty of an offence.

⁴⁴ Road Traffic Act 1988, ss. 6, 7. Vom Abdruck wurde abgesehen.

⁴⁵ Children and Young Persons Act 1933, s. 1 (Cruelty to persons under sixteen): (1) If any person who has attained the age of sixteen years and [has responsibility for] any child or young person under that age, wilfully assaults, ill-treats, neglects, abandons, or exposes him, or causes or procures him to be assaulted, ill-treated, neglected, abandoned, or exposed, in a manner likely to cause him unnecessary suffering or injury to health (including injury to or loss of sight, or hearing, or limb, or organ of the body, and any mental derangement), that person shall be guilty of a misdemeanour, and shall be liable ...

⁴⁶ Terrorism Act 2000, s. 19; Es handelt sich um Taten, die der Finanzierung des Terrorismus dienen, nämlich Terrorism Act 2000, s. 15 - 18.

⁴⁷ Terrorism Act 2000, s. 19:

(1) This section applies where a person:

(a) believes or suspects that another person has committed an offence under any of sections 15 to 18, and

(b) bases his belief or suspicion on information which comes to his attention in the course of a trade, profession, business or employment...

(2) The person commits an offence if he does not disclose to a constable as soon as is reasonably practicable-- (a) his belief or suspicion, and

(b) the information on which it is based.

Bekämpfung der internationalen Kriminalität ist die Nichtanzeige von Geldwäsche ebenfalls strafbar.⁴⁸

Die echten Unterlassungsdelikte (*offences of mere omission*) sind fast ausnahmslos kodifiziert. Allerdings findet sich in STEPHENS Digest of the Criminal Law Artikel 122, der die Unterlassung einer Amtspflicht unter Strafe stellt.⁴⁹ Bemerkte ein Polizist, wie eine Person durch Tritte getötet wird, und unternimmt er nichts zu deren Rettung, obgleich ihm ein Eingreifen zumutbar war, so ist er wegen dieses Delikts zu bestrafen.⁵⁰ Er ist seiner Pflicht, die öffentliche Sicherheit im Hinblick auf mögliche oder tatsächliche Angriffe gegen die körperliche Unversehrtheit und das Eigentum (*the Queen's peace* oder *peace*)⁵¹ aufrecht zu erhalten, nicht nachgekommen. Nach dem common law kann jede Zivilperson bestraft werden, die es unterlässt, einem Polizisten zu helfen, der in Ausübung seiner Diensthandlung, die auf die Verhinderung oder Verfolgung eines Verstoßes gegen die öffentliche Sicherheit (*the Queen's peace*) gerichtet ist, um Hilfe nachsucht.⁵² Der Grund für diese Bestimmung ist darin zusehen, dass es traditionell Sache aller Bürger war, die öffentliche Sicherheit aufrecht zu erhalten.⁵³ Allein die Unmöglichkeit, überhaupt zu handeln, lässt die Pflicht zur Hilfeleistung entfallen.⁵⁴

Bei besonders schwerer und das Gemeinwesen betreffender Kriminalität sieht das common law die Strafbarkeit des Mitwissers vor, der den Verfolgungsstellen gegenüber sein Wissen verschweigt. Wer um die Begehung eines Hochverrats weiß und diesen nicht zur Anzeige bringt, ist des *misprison of treason* schuldig.⁵⁵

⁴⁸ Proceeds of Crime Act 2002, s. 330 (Failure to disclose: regulated sector): ... (4) The third condition is that he does not make the required disclosure as soon as is practicable after the information or other matter comes to him. Wortgleich ss. 331(4), 332(4).

⁴⁹ STEPHEN, SIR FITZJAMES: A Digest of the Criminal Law, 4. Aufl. London 1887, Artikel 122 m.w.N.

⁵⁰ DYTHAM [1979] Q.B. 722.

⁵¹ Howell [1982] Q.B. 416, 426: A breach of the peace is "an act done or threatened to be done which either actually harms a person, or in his presence his property, or is likely to cause such harm, or which puts someone in fear of such harm being done."

⁵² Brown (1841) Car. & M. 314; Sherlock (1886) 1 L.R.C.C.R. 20; Waugh, The Times, 1. Oktober 1976.

⁵³ Zum Ganzen NICOLSON, DONALD: The Citizen's Duty to Assist the Police, in: [1992] Crim.L.R. 611ff., 614ff.

⁵⁴ NICOLSON, DONALD: The Citizen's Duty to Assist the Police, in: [1992] Crim.L.R. 611ff., 616.

⁵⁵ STEPHEN, SIR FITZJAMES: A Digest of the Criminal Law, 4. Aufl. London 1887, Artikel 156 m.w.N.

b) Die unechten Unterlassungsdelikte (*crimes comitable by omission*)

Nicht alle Delikte können als unechte Unterlassungsdelikte (*crimes comitable by omission*) durch das Unterlassen einer im konkreten Fall gebotenen Handlung verwirklicht werden. Die Delikte, die durch Unterlassen verwirklicht werden können, sind im Wege der Auslegung zu ermitteln. Eine oftmals durchbrochene Regel für die Interpretation gesetzlicher Tatbestände ist es, einen Wortlaut, der prima facie ein aktives Tun verlangt, nicht so auszulegen, als könne er auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden.⁵⁶ Die Annahme der Verwirklichung eines Tatbestandes durch ein Unterlassen nicht die Anwendung einer Fiktion oder eines widernatürlichen Sprachgebrauchs notwendig machen. Nach nicht unumstrittener⁵⁷ Ansicht folgt daraus, dass Tötung (*manslaughter*) und Mord (*murder*), nicht aber Bedrohung mit körperlicher Gewalt (*assault*) und schwere Körperverletzung (*causing grievous bodily harm*) durch Unterlassen begangen werden können. Doch können solche Schwierigkeiten in bestimmten Fallkonstellationen umgangen werden: Die Entscheidung *Fagan v. Metropolitan Police Comissioner* [1968] 3 All E.R. 442; [1969] 1 Q.B. 439 gab Anlass zu einer Diskussion in der Literatur, wie Fälle zu behandeln seien, in denen ein Vorverhalten eine Handlungspflicht des Angeklagten auslöste, der er nicht nachkam. In *Fagan v. Metropolitan Police Comissioner* fuhr der Angeklagte trotz Beachtung der erforderlichen Sorgfalt mit seinem Kraftfahrzeug einem Polizisten auf den Fuß und hielt an. Obwohl der Polizist ihn aufforderte weiterzufahren, blieb Fagan in seinem Wagen sitzen und bewegte sein Auto nicht. Fagan wurde in erster Instanz wegen eines tätlichen Angriffs (*assault*) verurteilt, obgleich er nicht den erforderlichen Vorsatz hatte, als er den Wagen auf den Fuß des Polizisten fuhr. Der Divisional Court befand im Rechtsmittelverfahren, dass in dem tätlichen Angriff (*assault*) eine Zufügung körperlicher Gewalt (*battery*) enthalten gewesen sei. Diese habe ange dauert, solange der Wagen auf dem Fuß des Polizisten stand. Spätestens nach der Aufforderung des Polizisten, den Wagen von seinem Fuß zu fahren, habe Fagan die erforderliche *mens rea* gebildet und sei deshalb zu bestrafen. Im Anschluss an diese Entscheidung schlug WILLIAMS vor, ein Dauerdelikt (*continous act*) anzunehmen und Täter in solchen Fallkonstellationen wegen einer Handlung zu bestrafen (*continous act theory*).⁵⁸ Delikte, deren *actus reus* „zerstören“ (*destroy*) und „beschädigen“ (*damage*) enthält, sollen ebenfalls durch Unterlassen verwirklicht werden können. Ein Grundsatz, der sich daraus ergibt, ist, dass Tätigkeitsdelikte nicht durch Unterlas-

⁵⁶ Regel eingehalten: *Ahmad* (1986) 84 Cr.App.R. 64 (kein Mieterrücken durch Unterlassen); Regel nicht eingehalten: *Speck* [1977] 2 All E.R. 859 (Vornahme sexueller Handlungen an einem Kind durch unterlassen); *Yuttiwattana* (1984) 80 Cr.App.R. 55 (Händigt der Vermieter dem Mieter nicht den Wohnungsschlüssel aus, so kann das eine Belästigung des Mieters durch unterlassen sein).

⁵⁷ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 62 f m.w.N.

⁵⁸ WILLIAMS, GLANVILLE: *Criminal Omissions* [1982] Crim L.R. 773f.

sen verwirklicht werden können⁵⁹, soweit dies nicht *expressis verbis* statuiert ist. Die unechten Unterlassungsdelikte (*crimes committable by omission*) sind auf die Erfolgsdelikte (*result crimes*) beschränkt. Allein hier kann nach englischer Ansicht eine die tatbestandliche Gleichwertigkeit von aktivem Tun und Unterlassen vorliegen.

Die zweite und hier entscheidende Frage, die sich im Zusammenhang mit diesen Entsprechungen zu den unechten Unterlassungsdelikten der deutschen Strafrechtsdogmatik stellt, ist die nach dem möglichen Täter. Täter kann allein sein, wen in der konkreten Situation eine Handlungspflicht trifft und der nach deutscher Dogmatik als Garant zu bezeichnen ist. Folgende Fallgruppen und somit mögliche Täter sind zu unterscheiden.

aa) Natürliche Verbundenheit

Hilfe- und Beistandsleistungspflichten können sich aus einer engen natürlichen Verbundenheit ergeben. Im common law wird eine Pflicht der Eltern angenommen, ihre Kinder vor Verletzungen zu schützen. Diese Garantenstellung geht inhaltlich über die Fürsorgepflicht Children and Young Persons Act 1933, s. 1 (1) hinaus und hat eine eigenständige Bedeutung, wenn es um den Schutz von Abkömmlingen geht, die älter als sechzehn Jahre sind und die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben⁶⁰. Unterlässt der Garant es, seinem Kind Hilfe zu leisten, und stirbt es infolgedessen, begründet dies bei Vorliegen des entsprechenden Vorsatzes (*intent*) auch die Verantwortlichkeit des Garanten für *manslaughter*⁶¹ oder *murder*⁶². Ehegatten haben die Pflicht, sich gegenseitig in Notsituationen zu helfen.⁶³

bb) Übernahme der Sorge

Zweitens begründet die Übernahme der Sorge für eine aufgrund ihres Alters, einer Krankheit oder eines ähnlichen Grundes hilfsbedürftigen Person eine Pflicht, dieser Person jede erforderliche Hilfe zur Lebensführung oder Lebenserhaltung zukommen zu lassen. Eine Übernahme der Personensorge kann implizit oder explizit erfolgen.

Eine Pflicht zur Personensorge wird zwischen den erwachsenen Kindern und ihren Eltern angenommen, sofern der Abkömmling auf die Hilfe der Eltern angewiesen ist und Eltern und Kind zusammen leben.⁶⁴ Die zeitweilige Übernahme der Personensorge macht die Eltern dauerhaft pflichtig. Sie kann aber auch zwischen Ge-

⁵⁹ ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 26; SMITH, SIR JOHN: Smith & Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 61f.

⁶⁰ *Sheppard* [1981] A.C. 394 (HL).

⁶¹ *Downes* (1875) Cox C.C. 111; *Lowe* [1973] Q.B. 702.

⁶² *Gibbins and Proctor* (1918) 13 Cr.App.R 134

⁶³ *Smith* [1979] Crim.L.R. 251.

⁶⁴ *Chattaway* (1922) 17 Cr.App.R. 7.

schwistern⁶⁵ oder anderen Verwandten, wie zwischen Großmutter und Enkelkind⁶⁶ oder Nichte und Tante⁶⁷ erfolgen. Voraussetzung ist hier, dass die Personen zusammenleben und der eine sich von Beginn an in einem hilflosen Zustand befindet oder während des Zusammenlebens in einen solchen Zustand gerät. Selbst wenn Personen mit ungewöhnlich niedriger Intelligenz oder weitgehenden gesundheitlichen Schwächen wie einer starken Sehbehinderung die Sorgspflicht übernehmen oder eine solche Behinderung nach der Übernahme der entsprechenden Pflicht eintritt, können sie Unterlassungstäter sein. Nach Auffassung der Rechtsprechung sind sie verantwortlich, weil sie die Personensorge nicht hätten übernehmen dürfen oder sie auf eine andere Person hätten übertragen müssen.⁶⁸ Kommt der Garant seiner Verpflichtung nicht nach, so hat er für die Folgen je nach seinem Vorsatz einzustehen. Die Unzumutbarkeit des pflichtgemäßen Verhaltens, die das Ende der Sorgpflicht markiert, hat im englischen Strafrecht sehr hohe Anforderungen.

cc) Vertragliche oder aus Dienststellung begründete Pflichten

Die dritte Konstellation, in der eine Garantstellung als begründet angesehen wird, ist die der vertraglichen oder aus Dienststellung begründeten Beistandspflicht. Beinhaltet die Dienststellung eine Pflicht, andere vor möglichen Gefahren zu bewahren, so ist der Pflichtige strafbar, wenn er es unterlässt, dieser Pflicht nachzukommen. Die Pflicht kann einen Träger hoheitlicher Gewalt ebenso betreffen wie den in einem privaten Arbeitsverhältnis Stehenden.⁶⁹

dd) Handlungspflicht aus Vorverhalten

In der vierten Fallgruppe wird die Garantstellung durch Vorverhalten begründet.⁷⁰

⁶⁵ *Stone and Dobinson* [1977] Q.B. 354 (CA).

⁶⁶ *Nicholls* (1874) 13 Cox C.C. 75.

⁶⁷ *Instan* [1893] 1 Q.B. 450.

⁶⁸ *Stone and Dobinson* [1977] Q.B. 354 (CA); *Ruffell* [2003] EWCA Crim 122.

⁶⁹ *Pittwood* (1902) 19 T.L.R. 37.

⁷⁰ Diese Lösung war bis zu der Entscheidung *Miller* [1983] 1 All E.R. 978 sehr umstritten. Die Entscheidung *Fagan v. Metropolitan Police Comr* [1968] 3 All E.R. 442; [1969] 1 Q.B. 439 gab Anlass zu einer Diskussion in der Literatur, wie Fälle zu behandeln seien, in denen ein Vorverhalten eine Handlungspflicht des Angeklagten auslöste, der er nicht nachkam. Im Anschluss an diese Entscheidung schlug WILLIAMS, GLANVILLE: Criminal Omissions [1982] Crim L.R. 773f. vor, den Täter in solchen Fallkonstellationen wegen einer Handlung zu bestrafen (*continous act theory*). SMITH, J. C. [1982] Crim. L.R. 526ff., 528 entwickelte demgegenüber die Pflichttheorie. Wer durch sein Verhalten eine Situation verursache, die Schaden oder Verletzung hervorbringen könne, sei verpflichtet diese Situation zu beseitigen, sobald er die Gefahr erkenne. Komme er dieser Verpflichtung nicht nach, sei er wegen des verwirklichten Delikts begangen durch Unterlassen zu bestrafen. Das House of Lords wandte in *Miller* SMITHs Pflichttheorie (*duty theory*) an.

„... in the exceptional case (which is most likely to be one of arson and of which the instant appeal affords a striking example), where the accused is initially unaware that he has done an act that in fact sets in train events which, by the time the accused becomes aware of them, would make it obvious to anyone who troubled to give his mind to them that they present a risk that property belonging to another would be damaged, a suitable direction to the Jury would be that the accused is guilty of the offence under s. 1 (1) of the 1971 Act if, when he does become aware that the events in question have happened as a result of his own act, he does not try to prevent or reduce the risk of damage by his own efforts or if necessary by sending for help from the fire brigade and the reason why he does not is either because he has not given any thought to the possibility of there being any such risk or because having recognised that there was some risk involved he has decided not to try to prevent or reduce it.⁷¹

Damit ist auch eine Aussage über die erforderliche Qualität des Vorverhaltens getroffen. Das Vorverhalten selbst muss nicht mit der für das Delikt erforderlichen *mens rea* vorgenommen worden zu sein. Es selbst braucht auch nicht gefährlich für das betroffene Eigentum oder die körperliche Unversehrtheit des Opfers zu sein. Der Unterlassungstäter muss lediglich ein Risiko verursacht haben⁷² und ist nur dann zu bestrafen, wenn er die Ursachenzusammenhänge und die Umstände, die das Risiko darstellen, erkennt und dennoch untätig bleibt. Diese Fallgruppe des risikobegründenden Vorverhaltens findet keine Anwendung bei Erfolgshaftungsdelikten (*offences of strict liability*).⁷³

ee) Ärztliche Hilfeleistung

Die fünfte und letzte Gruppe umfasst Fälle, in denen die ärztliche Hilfeleistung unterlassen wird. Ärzte sowie die Träger von Krankenhäusern haben die Pflicht, alle Patienten zu behandeln.⁷⁴ Kommen sie dieser Pflicht nicht nach und unterlassen sie die Behandlung mit dem erforderlichen Vorsatz, so sind sie dem Erfolg entsprechend wegen Körperverletzung Tötung oder Mord zu bestrafen.

⁷¹ Diplock LJ in *Miller* [1983] 1 All E.R. 978, 983 Paragraphen g-j.

⁷² Die eindeutige Stellungnahme Lord Diplocks zum Ursachenzusammenhang macht die von SULLIVAN, G.R. : *Contemporaneity of Actus Reus and Mens rea* [1993] Camb LJ (1991) 487ff., 494; an der Entscheidung geäußerte Kritik jedenfalls hinsichtlich dieser Frage gegenstandslos. SULLIVAN zustimmend: WILSON, WILLIAM: *Criminal Law*, London New York, 2. Aufl. 2003, S. 88.

⁷³ *Wings Ltd v. Ellis* [1985] AC 272.

⁷⁴ MURPHY, PETER (Hrsg.): *Blackstone's Criminal Practice 2004*, Oxford, A1.17.

ff) Das Ende der Handlungspflicht

Die Garantenpflicht kann durch den Empfänger der Hilfeleistung beendet werden. Das common law hat die Frage nach dem Ende der Handlungspflicht für die Fallgruppen der ärztlichen Behandlungspflicht und die Übernahme der Personensorge beantwortet. Verbietet die Ehefrau ihrem Mann, der sie zu Hause nach der Geburt ihres Kindes pflegt, ärztliche Hilfe zu holen, so ist eine solche Situation von der Jury zu bewerten. Dabei müssen das Recht der Frau, keine ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, und ihre Fähigkeit, verstandesmäßige Entscheidungen zu treffen, berücksichtigt werden.⁷⁵ Je schwächer die Fähigkeit der Frau ist, verstandesmäßige Entscheidungen zu treffen, desto schwächer ist ihr Recht, auf ärztliche Hilfe zu verzichten. Entsprechend kann der Ehemann von seiner Handlungspflicht nur entbunden werden, wenn seine Frau in der Lage ist, ihren Willen frei und verständlich zu bilden.⁷⁶

Nach ähnlichen Grundsätzen ist der Abbruch der ärztlichen Behandlung auf Wunsch des Patienten zu beurteilen. Existiert ein explizit geäußelter, weiterer Behandlung entgegenstehender Wille des Patienten, so ist die Behandlung zu unterlassen,⁷⁷ soweit nicht eine gerichtliche Anordnung in Ausübung der Vormundschaft über ein Kind⁷⁸ oder die mangelnde Einsichtsfähigkeit eines erwachsenen Patienten⁷⁹ dem entgegenstehen. Ist der Patient nicht in der Lage, eine Anordnung hinsichtlich seiner Behandlung zu erteilen, so ist der Arzt grundsätzlich verpflichtet, ihn zu behandeln. Ist eine weitere Behandlung fragwürdig, ist außerdem zu ermitteln, was im besten Interesse des Patienten liegt.⁸⁰ Dazu kann bei evidenter Aussichtslosigkeit der Behandlung auch das Unterlassen der weiteren Behandlung gehören, da nach Ansicht der Rechtsprechung eine Behandlung um jeden Preis nicht immer im besten Interesse des Patienten liegt.⁸¹

c) Zusammenfassung

Das englische Recht unterscheidet zwischen Delikten, die durch einen Verstoß gegen eine Gebotsnorm und durch bloßes Unterlassen verwirklicht werden können (*offences by mere omission*), und Delikten, bei denen eine Person in einer konkre-

⁷⁵ *Smith* [1979] Crim.L.R. 251, 252.

⁷⁶ SMITH, J.C.: Kommentar - *Smith* [1979] Crim.L.R. 252f., 253.

⁷⁷ *Re C (Adult Refusal of Treatment)* [1994] 1 W.L.R. 290; *Re W (Adult Refusal of Treatment)* [2002] All E.R. (D) 223 (April).

⁷⁸ *Re B (A Minor) (Wardship Medical Treatment)* [1981] 1 W.L.R. 1421; *Re W (A Minor) (Medical Treatment: Court's Jurisdiction)* [1993] Fam. 64.

⁷⁹ *Re T (Adult: Refusal of Treatment)* [1993] Fam. 95

⁸⁰ Bei der Bewertung, was im besten Interesse des Patienten liegt, sind auch der finanzielle Aspekt und der Personalaufwand der Behandlung in Betracht zu ziehen, MURPHY, PETER (Hrsg.): *Blackstone's Criminal Practice* 2004, Oxford, A1.18f.

⁸¹ *National Health Service Trust v. Bland* [1993] AC 789.

ten Situation besondere Beistandspflichten treffen und bei denen das Unterlassen dem aktiven Tun gleichgestellt ist (*offences committable by omission*). Bei der Ermittlung der Delikte, die auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden können (*offences committable by omission*), ist die Unterscheidung von Verhaltensdelikten (*conduct crimes*) und Erfolgsdelikten (*result crimes*) aufgrund des Wortlauts nur ein grober Anhalt. Auch wenn der Wortlaut des Gesetzes oder die im common law tradierten Voraussetzungen eine Handlung erfordern, ist von der Rechtsprechung eine Verwirklichung des *actus reus* durch Unterlassen bejaht worden.

Die Fallgruppen, in denen eine Handlungspflicht einer Person angenommen wird und der *actus reus* auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden kann, zeigen, dass eine Unterlassungstäterschaft in England hauptsächlich dann in Frage kommt, wenn es sich bei dem zum Handeln Verpflichteten um einen „Beschützergaranten“ im Sinne der deutschen Dogmatik handelt. Lediglich das pflichtwidrige Vorverhalten des Unterlassenden macht ihn zum Überwachergaranten.

5. Die Verursachung (*causation*)

Bei den Erfolgsdelikten setzt das englische Strafrecht für die Annahme einer Straftat voraus, dass der im Gesetz oder durch das common law bestimmte Erfolg eingetreten ist. Doch wird wie im deutschen Strafrecht eine Verbindung von Handlung und Erfolg gefordert. Der Erfolg muss in einer bestimmten Beziehung zur Handlung stehen. Diese Beziehung wird im englischen Recht auf objektiver Ebene in der Verursachung (*causation*) gesehen. Erst die Verursachung verbindet Handlung und Erfolg und somit Täter und Erfolg. Sie stellt eine notwendige Bedingung für die Strafbarkeit des Täters dar.

Darüber hinaus hat die Verursachung eine maßgebliche Bedeutung für die Abgrenzung des Täters vom Teilnehmer an der Straftat. Aus diesem Grund sollen die Bedeutung der Verursachung, ihre Voraussetzungen und das besondere Problem der Verursachung eines Erfolges durch Unterlassen bei der Darstellung des Rechts der Teilnahme behandelt werden.

II. *Mens rea*

Im englischen Strafrecht kann grundsätzlich nur der bestraft werden, der den *actus reus* verwirklicht und ein entsprechendes, im Gesetz oder durch das common law bestimmtes subjektives Element des Delikts aufweist: *actus non facit reus nisi mens sit rea*. Der *mens rea* wird im englischen Strafrecht aufgrund dieser Maxime die maßgebliche Bedeutung bei der Strafbegründung zugebilligt. Eine Handlung oder Unterlassung, die die Voraussetzungen des *actus reus* eines Delikts erfülle, sei für sich genommen in strafrechtlicher Hinsicht bedeutungslos. Erst das Vorhandensein der *mens rea* begründe die Verantwortlichkeit des Täters.⁸²

⁸² Lord Hailsham in *Haughton v. Smith* [1975] A.C. 653, 690: „It is not the *actus* which is ‘*reus*’ but the man and his mind respectively”.

Die *mens rea* kennzeichnet nicht eine bestimmte Vorsatzform. Daher muss im englischen Strafrecht jedes Delikt auf seine spezifische *mens rea* hin untersucht werden. Das bedeutet nicht, dass jedes Delikt verschiedenartige, bei keinem anderen Straftatbestand wiederkehrende Elemente der *mens rea* voraussetzt. Die *mens rea* lässt sich in verschiedenen Kategorien einteilen. Diese Kategorien von *intention*, *recklessness*, *maliciousness*, *wilfulness* und *knowledge* haben innerhalb des Strafrechts eine allgemeingültige Bedeutung, wengleich teilweise versucht wird, aufgrund Anforderungen der Praxis Bedeutungsunterschiede zwischen verschiedenen Delikten zu konstruieren. So ist in der Rechtsprechung geäußert worden, dass *intention* bei Mord eine andere Bedeutung haben könne als bei anderen Straftaten.⁸³

Ausreichend ist bei allen Formen der *mens rea*, dass der Täter die Umstände kennt, die sein Verhalten erst als Straftat qualifizieren. Er muss nicht eine rechtliche Würdigung vorgenommen haben, um *mens rea* bilden zu können. Wie im deutschen Strafrecht reicht im englischen die Bedeutungskennntnis aus.⁸⁴

1. *Intention*

Intention liegt vor, wenn es dem Täter gerade darauf ankommt, den Eintritt des im *actus reus* vorausgesetzten Erfolges durch sein Tun oder Unterlassen herbeizuführen. Dabei kann der Wille, den Erfolg herbeizuführen, zugleich das Motiv⁸⁵ des Täters sein, ohne dass dies eine Voraussetzung für die *intention* ist. Diese auch als *direct intent* bezeichnete Form der *intention* des englischen Strafrechts entspricht somit der Absicht (*dolus directus* 1. Grades) der deutschen Strafrechtsdogmatik. Damit ist jedoch nur ein Teil der *intention* beschrieben. Sicher ist, dass *intention* auch andere Willens- und Wissenskonstellationen erfasst. Nicht gänzlich geklärt ist, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um *intention* noch annehmen zu können. In der Entwicklung des *intention*-Begriffs jüngerer Zeit offenbart sich der enge Zusammenhang zwischen materiellem Strafrecht und dem Prozessrecht in England.⁸⁶ Im Bemühen, eine brauchbare Leitlinie für die Belehrung der Jury (*summing-up*) zu entwickeln, haben es die höheren Gerichte unterlassen, einen Minimalstandard der *intention* zu definieren. Im Folgenden wird daher von Umschreibungen die Rede sein, mittels derer die Jury in die Lage versetzt werden soll, die vorgelegten Beweismittel im Hinblick auf eine mögliche *intention* des Angeklagten

⁸³ Lord Steyn in *Woollin* [1999] A.C. 82,

⁸⁴ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S.175.

⁸⁵ Das Motiv ist im englischen Strafrecht grundsätzlich bedeutungslos, *Yip Chiu-Cheung v. R* [1994] 3 W.L.R. 514; *Latif v. Shahfzad* [1996] 1 W.L.R. 104. Allein die Motivation der Tat durch Rassenhass wird explizit als Grund für eine schwerere als die ansonsten vorgesehene Strafe genannt, vgl. S. 28 (1) (b) *Crime and Disorder Act 1998*.

⁸⁶ ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 54f.

zu würdigen. Entsprechend finden sich in der Literatur jedenfalls im Detail von einander abweichende Definitionen der *intention*.

Mit Ausnahme der Entscheidung in *Steane*⁸⁷ sind alle maßgeblichen Entscheidungen zur Frage der Intention, nämlich *Moloney*⁸⁸, *Hancock and Shankland*⁸⁹, *Nedrick*⁹⁰ und *Woollin*⁹¹, in Mordfällen ergangen. Deshalb seien die Voraussetzungen einer Bestrafung wegen Mordes hier vorweggeschickt. Der *actus reus* des Mordes (*murder*) setzt den Tod eines Menschen voraus, der kein auswärtiger Feind ist. Der Tod muss durch eine Handlung oder Unterlassung des Täters verursacht worden sein. Der Täter muss dabei mit der *intention* gehandelt haben, dem Opfer eine schwere Körperverletzung (*grievous bodily harm*⁹²) zuzufügen oder das Opfer umzubringen.⁹³ Der Mord des englischen Strafrechts ähnelt – ohne auf das Problem der Zurechnung des Todes zur Körperverletzung einzugehen – in der ersten Alternative der *mens rea* der Körperverletzung mit Todesfolge des deutschen Strafrechts.

Der Entscheidung *Moloney* lag ein bizarrer Sachverhalt zugrunde. Moloney und sein Stiefvater hatten dem Alkohol kräftig zugesprochen. Der Stiefvater kam auf die Idee, einen Wettkampf auszutragen. Wer am schnellsten in der Lage sei, eine Schrotflinte zu laden, in Anschlag zu bringen und abzufeuern, sollte Sieger sein. Dazu stellten sich die Kontrahenten in der Küche der gemeinsamen Wohnung einander gegenüber auf. Moloney lud die Schrotflinte, brachte sie auf Anschlag und drückte ab. Die Schrotladung traf den Kopf seines Stiefvaters und tötete diesen sofort. Moloney behauptete, er habe nicht auf seinen Stiefvater gezielt und keine Vorstellung davon gehabt, dass er seinen Vater verletzen könnte. Der Richter am Crown Court belehrte die Jury über die Voraussetzungen der *intention* falsch: Er setzte die Tatsache, dass der Täter den Erfolg als möglich voraus sieht, mit *intention* gleich. Moloney wurde wegen Mordes in erster Instanz verurteilt.

In den Entscheidungsgründen des Urteils im Rechtsmittelverfahren legte Lord Bridge zwei Grundsätze für die Belehrung der Jury in Fragen der *intention* fest. Es sei eine goldene Regel, jede Definition von *intention* zu vermeiden und es der Jury zu überlassen, ob der Angeklagte mit *intention* gehandelt habe oder nicht.⁹⁴ Wenn

⁸⁷ [1947] KB 997.

⁸⁸ [1985] AC 905.

⁸⁹ [1986] AC 455.

⁹⁰ [1986] 3 All E.R. 1.

⁹¹ [1999] AC 82.

⁹² *Grievous bodily harm* umfasst dabei nicht nur den Katalog der Verletzungen des § 226 StGB. Die Formulierung ist in ihrem natürlichen Wortsinn zu verstehen, *DPP v. Smith* [1961] A.C. 290; *Brown (A.)* [1994] 1 A.C. 212 (HL); *Brown and Stratton* [1998] CRim.L.R. 485 (CA), so dass die Verletzung nicht lebensbedrohend zu sein braucht und das Opfer nicht dauerhaft geschädigt sein muss, *Ashman* (1858) 1 F. & F. 88.

⁹³ *Vickers* [1957] 2 Q.B. 664.

⁹⁴ *Moloney* [1985] AC 905, 926.

der Sachverhalt aber kompliziert gelagert sei, so müsse eine weitergehende Belehrung erfolgen:

First, was death or really serious injury in a murder case (or whatever relevant consequence must be proved to have been intended in any other case) a natural consequence of the defendant's voluntary act? Secondly, did the defendant foresee that consequence as being a natural consequence of his act? The jury should then be told that if they answer is yes to both questions it is a proper inference for them to draw that he intended that consequence.⁹⁵

This word (natural, der Verf.) conveys the idea that in the ordinary course of events a certain act will lead to a certain consequence unless something unexpected supervenes to prevent it⁹⁶

Diese Leitlinie zur Belehrung der Jury muss zusammen mit den Modifikationen gelesen werden, die durch die Entscheidungen in *Hancock and Shankland*, *Nedrick* und *Woollin* erfolgt sind.

Allein die kurz nach dem 2. Weltkrieg ergangene Entscheidung in der *Steane*⁹⁷ steht im Widerspruch zu dieser Belehrung. Diese Entscheidung stellt eine Ausnahme dar, da ihr ein besonders gelagerter Sachverhalt zu Grunde liegt. Steane war britischer Schauspieler, der sich am 03. September 1939 in Deutschland aufhielt. Er wurde nach eigenem Bekunden unter Androhung seiner Ermordung und der seiner Familie in einem Konzentrationslager dazu gezwungen, im Radio englischsprachige Nachrichten zu Propagandazwecken zu verlesen. Nach Kriegsende wurde er wegen vorsätzlicher Unterstützung des Feindes (*Doing an act likely to assist the enemy with intent to assist the enemy*) angeklagt. Seine Verurteilung hob der Court of Appeal auf. Nachdem Lord Goddard die prinzipielle Anwendbarkeit des Nötigungsnotstandes erörtert und insbesondere auf die Beweislast hingewiesen hatte, die der Angeklagte trägt, führte er zur Begründung der Entscheidung weiter aus, dass vor der Erörterung jeder Verteidigungseinrede zunächst nach der *mens rea* des Angeklagten zu fragen sei:

Now, another matter which is of considerable importance in this case, but does not seem to have been brought directly to the attention of the jury, is that very different considerations may apply where the accused at the time he did the acts is in subjection to an enemy power and where he is not ...

In our opinion, it is impossible to say that where acts were done by a person in subjection to the power of another, especially

⁹⁵ *Moloney* [1985] AC 905, 929.

⁹⁶ *Moloney* [1985] AC 905, 929.

⁹⁷ [1947] KB 997.

*if that other be a brutal enemy, an inference that he intended the natural consequences of his acts must be drawn merely from the fact that he did them. The guilty intent cannot be presumed and must be proved ...*⁹⁸

Insbesondere die Äußerungen zur Beweislastverteilung bei der Erhebung einer Verteidigungseinrede in dieser Entscheidung weisen auf die Motivation des Court of Appeal in dieser Entscheidung hin. Offenbar um dem Angeklagten den schwierigen Beweis der einen Nötigungsnotstand (*duress*) begründenden Tatsachen zu ersparen, entschied das Gericht, dass selbst dann nicht auf die *intention* des Angeklagten geschlossen werden dürfe, wenn die Feindbegünstigung eine zwingende Folge des eigenen Verhaltens ist. Aufgrund dieses besonderen Sachverhalts kann die Entscheidung nicht als der in *Moloney* formulierten Richtlinie zur Belehrung der Jury entgegenstehend angesehen werden.

In *Hancock and Shankland* ergänzte Lord Scarman die Leitlinie aus *Moloney* um das Element der Wahrscheinlichkeit:

*In my judgement, therefore, the Moloney guidelines as they stand are unsafe and misleading. They require a reference to probability. They also require an explanation that the greater the probability of a consequence the more likely it is that the consequence was foreseen and that if that consequence was foreseen the greater the probability is that that consequence was also intended.*⁹⁹

Je wahrscheinlicher der Erfolgseintritt war, desto eher hat der Täter den Erfolgseintritt vorhergesehen und desto eher darf die Jury den Schluss ziehen, dass der Täter mit *intention* in Bezug auf den Erfolg gehandelt hat.

In *Nedrick* ersetzte der Court of Appeal den von Lord Bridge stammenden Terminus der natürlichen Folge (*natural consequence*) dadurch, dass die Jury nur dann auf die *intention* des Täters schließen dürfe, wenn der Erfolg eine praktisch zwingende Folge seines Handelns gewesen sei und der Täter dies auch erkannt hat.

Ein weiteres Element wurde der Leitlinie zur Belehrung der Jury in *Scalley* hinzugefügt. Bei der Entscheidung, ob der Angeklagte mit *intention* gehandelt habe, sollten alle weiteren Umstände der Tat herangezogen werden. Ansonsten wurde die Entscheidung in *Nedrick* in vollem Umfang für gut geheißen und bestätigt.

Die vorläufig letzte Entscheidung zu der Frage, welchen Mindeststandard *intention* erfüllen muss, erging in der Sache *Woollin*. Wie in den bisher angesprochenen Entscheidungen ist es auch hier nicht leicht, eine eindeutige Aussage zur *intention*

⁹⁸ *Steane* [1947] KB 997, 1006.

⁹⁹ *Hancock and Shankland* [1986] AC 455, 473.

zu erkennen. Das House of Lords hat die zur Belehrung der Jury in *Nedrick* entwickelte Leitlinie bestätigt:

*The effect of the critical direction is that a result foreseen as virtually certain is an intended result.*¹⁰⁰

In der Sache handelt es sich bei den Aussagen zur *intention* in diesem Urteil um eine Umschreibung des Begriffes zur Belehrung der Jury, und selbst bei Vorliegen der formulierten Merkmale kann die Jury das Vorliegen von *intention* verneinen. Lord Steyn, dem die übrigen vier Lawlords zustimmten, schloss seine Urteilsbegründung wie folgt:

*The decision is for the jury upon a consideration of all the evidence of the case.*¹⁰¹

Nach dieser Aussage Lord Steyns zu seinem Verständnis der Belehrung der Jury in *Nedrick* kann die Jury das Vorliegen von *intention* bejahen, wenn sie es als erwiesen ansieht, dass der Täter den Erfolgseintritt als sichere Folge seines Handelns vorausgesehen hat. Der Widerspruch zwischen der Bestätigung der Entscheidung in *Nedrick* und der abschließenden Feststellung Lord Steyns¹⁰² kann so aufgelöst werden, dass die Belehrung der Jury in *Nedrick* eine mögliche Definition der Absicht beinhaltet, keineswegs aber die einzige Konstellation darstellt, in der die Absicht bejaht werden kann oder gar bejaht werden muss.

Wenn bewiesen worden ist, dass es gerade das Ziel des Täters war, den eingetretenen Erfolg herbeizuführen, so kann die Frage, ob der Täter mit *intention* gehandelt hat, der Jury ohne weitere Belehrung vorgelegt werden. Handelt der Täter mit dem Willen, gerade den eingetretenen Erfolg herbeizuführen, so liegt Absicht (*direct intention*) vor. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben und hat der Täter den Erfolg lediglich als nicht angestrebte Folge seines Handelns erkannt, so muss die Jury belehrt werden. Sieht der Täter lediglich voraus, dass der Tod des Opfers eine Folge seines Handelns sein kann, so ist das nur ein Indiz für das Vorhandensein der *intention*. Die Erkenntnis einer Möglichkeit des Erfolgseintritts kann nicht mit *intention* gleichgesetzt werden.

Der Grad der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts ist für einen Schluss auf *intention* maßgeblich. Hielt der Täter den Erfolgseintritt aufgrund seines Handelns für sehr wahrscheinlich, so kann daraus auf *intention* geschlossen werden. War der angestrebte Taterfolg eine praktisch sichere Folge seines Handelns und hat der Täter das bemerkt, ohne dass er den Erfolg als solchen anstrebte, so kann die Jury unter Einbeziehung sämtlicher Tatumstände daraus schließen, dass der Täter mit *intention* gehandelt hat. Diese „Variante“ der Intention wird als *oblique* oder *indi-*

¹⁰⁰ *Woollin* [1999] AC 82, 93 Paragraphen E - F.

¹⁰¹ *Woollin* [1999] AC 82, 96 Paragraph H.

¹⁰² *Woollin* [1999] AC 82, 96 Paragraph H.

rect intention bezeichnet. Sie entspricht dem direkten Vorsatz (*dolus directus* 2. Grades) der deutschen Strafrechtsdogmatik insoweit, als dass hier ein intellektuelles Element dominiert, wenngleich im englischen Recht die Voraussicht nur als Indiz für die Intention des Täters dient¹⁰³. Dennoch markiert diese Einstellung des Täters zum Taterfolg die Minimalvoraussetzung für die Bejahung von *intention*. Es kommt deshalb nicht entscheidend darauf an, die verbleibenden Unklarheiten in Lord Steyns Urteilsbegründung auszuräumen.

2. Knowledge

Wird in einem Gesetzestext vorausgesetzt, dass der Täter in Kenntnis (*knowingly*) eines Tatumstands gehandelt haben muss, so beschreibt dieses Merkmal die positive Kenntnis (*knowledge*) dieses Tatumstandes oder die Überzeugung (*belief*), dass dieser Tatumstand existiert. Dabei genügt ein bloßer Verdacht nicht.¹⁰⁴ Bei einigen Delikten kann das Handeln „in Kenntnis“ auch die Bedeutung haben, dass der Täter in Erkenntnis der Möglichkeit, dass ein bestimmter Tatumstand gegeben ist, seine Augen bewusst vor der Wahrheit verschlossen hat oder weitere Nachforschungen unterlassen hat, weil er an der tatsächlichen Lage kein Interesse hat (*wilfull blindness*).¹⁰⁵

3. Recklessness

Die seit langem heftig kritisierte Rechtslage im Bereich der *recklessness* hat mit der Entscheidung in *Gemmell and Richardson* eine grundlegende Wandlung erfahren, die sich nach der konkreten Entscheidung zunächst nur auf die Sachbeschädigung (*criminal damage*) bezieht, aber auch darüber hinaus für gesamte Strafrecht von Bedeutung sein wird.

Vor dieser Entscheidung wurden zwei Formen der *recklessness* unterschieden: 1. *Cunningham type recklessness* und 2. *Caldwell type recklessness*.

a) *Cunningham type recklessness*

Die Voraussetzungen dieser Form der *recklessness*, die erstmals KENNY¹⁰⁶ formuliert hatte, wurden in der Entscheidung *Cunningham*¹⁰⁷ durch die Rechtsprechung übernommen.

¹⁰³ Vgl. aber die mehrdeutigen Äußerungen Lord Steyns in *Woollin*.

¹⁰⁴ *Grainge* [1974] 1 All E.R. 928 (CA); *Forsyth* [1997] 2 Cr.App.R. 299, 320 (CA).

¹⁰⁵ *Westminster CC v. Croyalgrange Ltd* [1986] 2 All E.R. 353, 359 (HL).

¹⁰⁶ KENNY, C.S.: *Outlines of the Criminal Law*, 4. Aufl. Cambridge 1904, S. 40, im Hinblick auf die Voraussicht im Rahmen der *intention*.

¹⁰⁷ [1957] 2 QB 396.

... *the accused has foreseen that the particular kind of harm might be done and yet has gone on to take the risk of it ...*¹⁰⁸

Cunningham type recklessness enthält ein intellektuelles Element und setzt ein das voluntative Element indizierendes Verhalten voraus. Der Täter muss erkannt haben, dass sein Tun oder Unterlassen zur Gefahr eines Erfolgseintritts führen könnte. Dabei spielt die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts keine Rolle. Es reicht aus, dass der Täter einen noch so fernliegenden Erfolgseintritt für möglich gehalten hat. Umgekehrt liegen die Voraussetzungen der *Cunningham type recklessness* nicht vor, wenn der Täter einen sich aufdrängenden Erfolgseintritt tatsächlich nicht als möglich erkannt hat.¹⁰⁹ Verschließt der Täter jedoch bewusst die Augen vor dem Risiko eines Erfolgseintritts, so liegen die Voraussetzungen der *Cunningham type recklessness* in Entsprechung zu den Grundsätzen der Behandlung von *knowledge* vor.¹¹⁰

Der Täter muss das Risiko des Erfolgseintritts eingehen, ohne dass es dafür einen vernünftigen Grund gibt (*unjustified risk*). Zerstört der Autofahrer aufgrund eines Ausweichmanövers vor einem plötzlich auf die Straße laufenden Kind einen Zaun und hat er erkannt, dass dieses Manöver zur Zerstörung des Zauns führen konnte, so handelt er dennoch ohne *mens rea*. Es wird als vernünftig angesehen, dieses Risiko einzugehen, um so das Leben des Kindes zu schützen.¹¹¹ Grundlage dieser Bewertung ist eine Abwägung der alternativ eintretenden Erfolge, die mit der Bewusstseinslage des Täters in keinem Zusammenhang steht.

Abgesehen von dem objektiven Element „des vernünftigen Grundes“ ist die *Cunningham type recklessness* mit dem Eventualvorsatz der deutschen Strafrechtsdogmatik vergleichbar, soweit hier kein voluntatives Element verlangt wird.¹¹² Der Täter handelt angesichts der für möglich gehaltenen Gefahr einer Rechtsgutsverletzung weiter, ohne dass unterschieden werden müsste, ob er den Erfolg billigend in Kauf genommen hat, ihm der Erfolgseintritt gleichgültig gewesen ist oder er sich um des erstrebten Erfolges willen mit dem Risiko abgefunden hat. Zugleich ist aber auch die bewusste Fahrlässigkeit von der *Cunningham type recklessness* erfasst. Es spielt nämlich für die Bejahung der *subjective recklessness* keine Rolle, ob der Täter in Kenntnis der Gefahr eines Erfolgseintritts weitergehandelt und darauf vertraut hat, dass der Erfolg nicht eintrete.

¹⁰⁸ *Cunningham* [1957] 2 QB 396.

¹⁰⁹ *Stephenson* [1979] QB 695 (CA).

¹¹⁰ *Parker* [1977] 2 All E.R. 37.

¹¹¹ Das Beispiel ist HERRING, JONATHAN: *Criminal Law*, Oxford 2004, S. 152, entnommen.

¹¹² Der *Caldwell type recklessness* kommt die Möglichkeitstheorie des *dolus eventualis* am nächsten, Schönke-Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 75.

b) *Caldwell type recklessness*

Mit der Entscheidung in *Caldwell*¹¹³ schuf die Rechtsprechung eine zweite Form der *recklessness*, die die *Cunningham type recklessness* nicht ersetzte, sondern als eigenständige *mens rea* auf bestimmte Delikte angewendet wurde.¹¹⁴

... Nevertheless, to decide whether someone has been 'reckless' whether harmful consequences of a particular kind will result from his act, as distinguished from his actually intending such harmful consequences to follow, does call for some consideration of how the mind of the ordinary prudent individual would have reacted to a similar situation ...

*In my opinion, a person charged with an offence under s 1(1) of the 1971 Act is 'reckless as to whether or not any property would be destroyed or damaged' if (1) he does an act which in fact creates an obvious risk that property will be destroyed or damaged and (2) when he does the act he either has not given any thought to the possibility of there being any such risk or has recognised that there was some risk involved and has none the less gone on to do it.*¹¹⁵

Hier sind die Voraussetzungen erfüllt, wenn durch die Handlung des Täters ein offensichtliches, schwerwiegendes Risiko geschaffen wurde und der Täter dieses Risiko nicht erkannt hat, weil er über sein Tun nicht nachgedacht hat (... *he either has not given any thought to the possibility of there being any such risk ...*).

Bei der Beurteilung, ob ein Risiko offensichtlich ist, wurde der Maßstab eines vernünftigen Dritten an Stelle des handelnden Täters (*reasonable man*) angelegt. War für einen vernünftigen Dritten in der Situation des Angeklagten das Risiko erkennbar, so waren die Voraussetzungen der *Caldwell type recklessness* erfüllt. Daneben umfasst die *Caldwell type recklessness* die *Cunningham type recklessness* (*or has recognised that there was some risk involved and has none the less gone on to do it.*).

Bei der *Caldwell type recklessness* handelt es sich um ein rein objektives Konzept der Verantwortlichkeit, das seinen Voraussetzungen nach mit der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung zu vergleichen ist. Nicht einmal geringe Verstandesreife

¹¹³ [1981] 1 All E.R. 961.

¹¹⁴ *Caldwell type recklessness* wurde nicht angewendet auf die Tötung (*manslaughter*), (*Adomako* [1994] 2 All E.R. 79 (HL)), die Vergewaltigung (*rape*), (*Satnam and Kewal Singh* (1983) 78 Cr.App.R. 149 (CA)) und auf den tätlichen Angriff (*assault*), (*Spratt* (1990) 91 Cr.App.R. 362 (CA)). Danach scheint die Anwendung der *Caldwell type recklessness* auf Sachbeschädigungen im weitesten Sinne (*criminal damage*) und regulative Delikte beschränkt gewesen zu sein, SMITH, SIR J.C.: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 83.

¹¹⁵ *Caldwell* [1981] 1 All E.R. 961, 967.

oder Jugend des Täters ändern diesen Maßstab zur Bewertung der gebotenen Sorgfaltspflicht. Bei dem vernünftigen Dritten handelt es sich um einen vernünftigen Erwachsenen, auch wenn der Angeklagte erst vierzehn¹¹⁶ oder fünfzehn Jahre¹¹⁷ alt ist. Das Gleiche gilt für Erwachsene, die an einer Geisteskrankheit leiden. Ihre Erkrankung findet keine Berücksichtigung bei der Prüfung des Sorgfaltsmaßstabs.¹¹⁸

c) *R v. Gemmell and Richardson*¹¹⁹

Gemmell und Richardson waren elf und zwölf Jahre alt. Sie betreten den Hinterhof eines Ladengeschäfts, spielten mit Feuer und schoben dabei auch brennende Zeitungen unter einen Kunststoffmüllcontainer. Schließlich verließen sie den Hinterhof. Der Container fing an zu brennen, entzündete das Geschäft und benachbarte Gebäude. Es entstand ein Schaden von fast einer Million Pfund.

Die Jungen wurden wegen objektiv sorgfaltswidriger Brandstiftung (*reckless arson*) gem. ss. 1(1) und (3) Criminal Damage Act 1971¹²⁰ angeklagt und von einer Jury, die im Hinblick auf das Alter der Angeklagten nur sehr widerwillig den gleichfalls unwilligen Belehrungen des Richters über die Voraussetzungen der *Caldwell type recklessness* folgte, für schuldig befunden.

Nachdem Gemmell und Richardson Rechtsmittel zum Court of Appeal eingelegt hatten, verwies dieser den Fall zur Entscheidung an das House of Lords, weil es eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung zu klären galt. Das House of Lords machte von seinem Recht Gebrauch, eine seiner älteren Entscheidungen aufzuheben:

It cannot be supposed that by 'reckless' Parliament meant anything different from the Law Commission. The Law Commission's meaning was made plain both in its Report (Law Com No. 29) and in Working Paper No. 23 which preceded it. These materials reveal a very plain intention to replace the old-fashioned and misleading expression 'maliciously' (used in the Malicious Damage Act 1861) by the more familiar expression 'reckless' but to

¹¹⁶ *Elliott v. C* [1983] 1 W.L.R. 939.

¹¹⁷ *Stephen Malcolm R.* (1984) 79 Cr.App.R. 334; *Coles* (1995) 1 Cr.App.R. 157.

¹¹⁸ *Stephenson* [1979] QB 695.

¹¹⁹ [2003] UKHL 50 (HL).

¹²⁰ Criminal Damage Act 1971, s. 1 (Destroying or damaging property): (1) A person who without lawful excuse destroys or damages any property belonging to another intending to destroy or damage any such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence ...

(3) An offence committed under this section by destroying or damaging property by fire shall be charged as arson.

*give the latter expression the meaning which R v Cunningham [1957] 2 QB 396 and Professor Kenny had given to the former.*¹²¹

Des Weiteren führte Lord Bingham in seiner Urteilsbegründung, der die übrigen vier Lordrichter zustimmten, aus, dass der Grundsatz *actus reus non facit reum nisi mens sit rea* ein subjektives Element als Voraussetzung für eine Strafbarkeit bedinge, sofern es sich um eine schwere Straftat handelt. Das Verfahren in der Vorinstanz hatte zudem gezeigt, wie die Jury sich dagegen sperrte, die angeklagten Jungen auf Grundlage der das Rechtsgefühl verletzenden Form der *recklessness* schuldig zu sprechen. Sobald aber das Rechtsgefühl der Bürger durch einen Rechtssatz verletzt werde, so die Entscheidungsgründe, könne dieser nur schwer Bestand haben. Schließlich müsse die *Caldwell type recklessness* abgeschafft werden, da sie weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Rückhalt gefunden habe und sie unreformierbar sei. Diese Entscheidung betraf zwar einen Fall der Brandstiftung, doch besteht die bislang einhellige Ansicht, dass die *Cunningham type recklessness* in diesem Fall die alleinige Form der *recklessness* im Strafrecht sein wird.¹²²

4. *Malice*

Malice ist ein alter und in moderneren Gesetzen nicht mehr gebräuchlicher Sammelbegriff. Wird er im Gesetz verwendet, so kann der *actus reus* des Delikts mit Absicht (*direct intention*) oder wissentlich (*oblique oder indirect intention*) begangen werden. Schon vor der Entscheidung in der Sache *Gemmell and Richardson* war die Schwelle zur Strafbarkeit durch den Täter überschritten, der den *actus reus* mit der *Cunningham type recklessness* verwirklichte.

5. *Wilfulness*

Die Bedeutung dieses Worts als Kennzeichnung einer bestimmten *mens rea* hängt von der Auslegung des Gesetzes durch die Gerichte ab. Zumeist in älteren Entscheidungen wird unter *wilfully* nur die Betonung der Voraussetzung verstanden, dass der *actus reus* auf willensgetragener menschlichem Verhalten beruhen muss. In dieser Weise ist *wilfully* zu verstehen, wenn es sich um ein Delikt objektiver Verantwortlichkeit (*strict liability offence*) handelt.¹²³ In *Sheppard*¹²⁴ befand

¹²¹ Lord Bingham in *Gemmell and Richardson* [2003] UKHL 50 (HL), Paragraph 29.

¹²² AMIRTHALINGAM; KUMARALINGAM: *Caldwell Recklessness is Dead, Long Live Mens rea's Recklessness*, in: [2004] M.L.R. 491ff., 493; DAVIES, MITCHELL: *Lawmakers, Law Lords and Legal Fault: Two Tales from the (Thames) River Bank: Sexual Offences Act 2003; R v G and Another*, in: [2004] C.L.J. 130ff., 141; RYAN, RAY; RYAN, DES: *Recklessness, Subjectivity and the Criminal Law*, in: [2004] I.L.T. 90ff., 92f.; TOZCEK, LAURIE: *The Rise and Fall of Caldwell*, in: [2004] *Justice of the Peace* S. 151f., 152.

¹²³ *Hudson v. McRae* (1863) 4 B & S 585 (DC); *Coterill v. Penn* [1936] 1 KB 53; *Maidstone Borough Council v. Mortimer* [1980] 3 All E.R. 552 (DC).

¹²⁴ [1981] AC 394.

das House of Lords diese Auslegung von *wilfull* als zu eng und setzte den Begriff nach seinen im Urteil formulierten Voraussetzungen implizit mit der *Caldwell type recklessness* gleich.¹²⁵ Nach der Entscheidung in *Gemmell and Richardson* dürfte *wilfull* mit der *Cunningham type recklessness* gleichzusetzen sein.

6. Zeitliche Koinzidenz von *actus reus* und *mens rea*

Die *mens rea* muss zum Zeitpunkt der Verwirklichung des *actus reus* gegeben sein.¹²⁶ Dieser Grundsatz ist in zweierlei Hinsicht zu präzisieren. Die erste Präzisierung stellt die bereits aus der Entscheidung in der Sache *Fagan v Metropolitan Police Commissioner* bekannte *continuing act theory* dar. Die *continuing act theory* erlaubt bei Delikten, deren *actus reus* über einen längeren Zeitraum verwirklicht werden kann, eine Bestrafung des Täters auch dann, wenn er zunächst ohne die erforderliche *mens rea* gehandelt hat, die vorausgesetzte *mens rea* jedoch bildet, während er den *actus reus* weiterhin verwirklicht.¹²⁷ Hingegen ist die *continuing act theory* nicht anwendbar, wenn ein *actus reus*, der zunächst ohne die notwendige *mens rea* begangen worden ist, nur noch nachwirkt. Der Sache nach geht es hierbei um die Unterscheidung zwischen Verhaltens- (*conduct crimes*) und Erfolgsdelikten (*result crimes*). Nur bei ersteren ist es denkbar, dass der Täter während seines zunächst ahnungslos begonnenen Tuns schließlich doch noch vorsätzlich handelt. Ist hingegen der im *actus reus* definierte Erfolg seines Verhaltens eingetreten, so schadet ihm die Bildung der *mens rea* nach Eintritt des Erfolges nicht mehr. Die zweite Präzisierung betrifft eine Konstellation, die im deutschen Strafrecht als Irrtum über den Kausalverlauf¹²⁸ oder als Problem der Lehre von der objektiven Zurechnung¹²⁹ behandelt wird. Irrt der Täter im Verlauf eines zweiaktigen Geschehens darüber, dass er den gewünschten Erfolg bereits mit seiner ersten, von der erforderlichen *mens rea* getragenen Handlung herbeigeführt hat, und unternimmt er eine zweite Handlung – wie etwa die Beseitigung der vermeintlichen Leiche – ohne die für seine Bestrafung vorausgesetzte *mens rea*, so kann er bestraft werden, obwohl erst der zweite Akt, der ohne die *mens rea* erfolgt ist, zu dem inkriminierten Erfolg geführt hat. Hier hat zunächst die *series of acts-doctrine* der Erklärung des Ergebnisses gedient: Gehören verschiedene Handlungen bei natürlicher Betrachtung zu einem einheitlichen Geschehen und handelte der Täter bei dem ersten Akt

¹²⁵ So eine verbreitete Ansicht in der Literatur, ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 84, SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 156. Dagegen steht die Urteilsbegründung Lord Keiths, der die Voraussetzungen in der Person des Täters verwirklicht sehen wollte und keinen vernünftigen Dritten als Maßstab erwähnt, *Sheppard* [1981] AC 394, 418.

¹²⁶ *Jakeman* (1982) 76 Cr.App.R. 223.

¹²⁷ *Kaitamaki* [1985] AC 147; *Cooper and Schaub* [1994] Crim.L.R. 531.

¹²⁸ Konstellation des „Jauchegruben-Falls“, BGHSt 14, 193ff.

¹²⁹ WESSELS/BEULKE, AT, Rn. 265; SCH-SCH-CRAMER § 15 Rn. 48; LACKNER/KÜHL, § 15 Rn. 11.

mit der vorausgesetzten *mens rea*, so ist im Hinblick auf den Vorsatz das gesamte Geschehen als ein Vorgang zu betrachten, währenddessen der Täter stets mit der erforderlichen *mens rea* gehandelt hat.¹³⁰ Gekennzeichnet sind diese Fälle dadurch, dass entweder von vornherein ein Tatplan bestand, nach dessen Vorgaben gehandelt wird, oder durch die irrige Annahme des Täters, den Taterfolg bereits herbeigeführt zu haben. Selbst wenn diese Merkmale nicht vorliegen und der Täter eine weitere Handlung vornimmt, um seine bisherige Tat zu verbergen oder sie zu beenden, und dabei der Tod des Opfer eintritt, so kann er je nach dem Vorsatz, mit dem er sein Opfer zunächst angegriffen hatte, wegen Tötung (*murder*) oder wegen eines durch den Tod eines anderen qualifizierten gefährlichen Delikts (*involuntary manslaughter*)¹³¹ verurteilt werden. Diese Rechtsregel findet unter der Bezeichnung *transaction principle* auf mehraktige Geschehen Anwendung.¹³²

7. Keine Erscheinungsform der *mens rea*: *negligence*

a) Inhalt und Voraussetzung der *negligence*

Negligence ist ein rein objektives Konzept der Verantwortlichkeit. Für eine Verurteilung ist der Beweis irgendeiner gedanklichen Einstellung des Täters zur Tat nicht erforderlich. Genügt das Verhalten einer Person dem Anspruch einer rein objektiv ermittelten Sorgfaltspflicht nicht, so handelt er objektiv fahrlässig (*negligently*). Der geltende Sorgfalthmaßstab wird durch die Frage nach dem Verhalten eines vernünftigen Dritten an der Stelle des Täters ermittelt. Es ist nicht auf das individuelle Leistungsvermögen abzustellen. Es müssen aber dem Täter eigenes Sonderwissen und seine besonderen Fertigkeiten berücksichtigt werden, weil ein größeres individuelles Leistungsvermögen auch zu größerer Umsicht verpflichtet und entsprechend höhere Leistungsanforderungen stellt.¹³³ Geringere Fähigkeiten als von einem vernünftigen Dritten zu erwarten sind, kommen dem Täter nicht zu-

¹³⁰ *Thabo Meli* [1954] 1 W.L.R. 228; *Church* [1966] 1 QB 59.

¹³¹ *Murder* und *manslaughter* werden unter Bezeichnung *homicide* zusammengefasst. Während *murder* seinen Voraussetzungen nach dem deutschen, mit *dolus directus* 1. oder 2. Grades begangenen Totschlag entspricht, ist *manslaughter* ein schillernder Begriff. Er umfasst als *involuntary manslaughter* drei Alternativen grob fahrlässiger (*gross negligent*) Tötung und die Verwirklichung einer durch den Tod eines anderen qualifizierten gefährlichen Straftat. Der Täter handelt weder absichtlich (*direct intention*) noch wissentlich (*oblique* oder *indirect intention*) im Hinblick auf den Tod des Opfers. Unter *voluntary manslaughter* werden zum Teil privilegierte Fälle des Totschlags gefasst: *actus reus* und *mens rea* der Straftat *murder* liegen vor, doch kann sich der Täter auf besondere Tatumstände (*provocation, diminished responsibility, suicide pact, infanticide*) berufen, die die Tat als *manslaughter* qualifizieren. Auf die genauen Voraussetzungen wird, wenn erforderlich, im Verlauf der Darstellung eingegangen.

¹³² *Le Brun* [1991] 4 All E.R. 673.

¹³³ Vgl. *Lamb* [1967] 2 QB 981.

gute.¹³⁴ Ebenso wird die Verantwortlichkeit dessen beurteilt, der „grob fahrlässig“ handelt:

*(The) defendants conduct departed from the proper standard of care incumbent upon him, involving as it must have done a risk of death ... was such, that it should be judged criminal.*¹³⁵

Die grobe Fahrlässigkeit des englischen Strafrechts ist ebenfalls ein objektives Konzept, deren gesteigerter Unwertgehalt sich allein aus einem besonders schweren Verstoß gegen die objektive Sorgfaltspflicht ergibt. Der Anwendungsbereich der objektiven Fahrlässigkeit (*negligence*) im englischen Strafrecht ist klein und betrifft hauptsächlich Verkehrsdelikte¹³⁶ und *regulatory offences*¹³⁷. Im Gefolge der Entscheidung in *Gemmell and Richardson* dürfte aber der Anwendungsbereich der *negligence* im Kernstrafrecht größer geworden sein: Fielen bislang Fälle der grob fahrlässigen Tötung (*involuntary manslaughter* in der Form des *gross negligent manslaughter*) oftmals auch in den Anwendungsbereich der *Caldwell type recklessness*¹³⁸, so ist der *negligence* nunmehr wieder ihr eigenständiger Anwendungsbereich eröffnet. Überschneidungen der Anwendungsbereiche von *negligence* und *recklessness* können in Zukunft nicht mehr auftreten.

b) Einordnung

Die Einordnung der objektiven Fahrlässigkeit ist umstritten. Während manche sie zu den Erscheinungsformen der *mens rea* zählen,¹³⁹ sehen andere in ihr eine Kategorie, die inhaltlich nicht zur *mens rea* passt.¹⁴⁰ Eine Erklärung für diese gegensätzlichen Ansichten ist, dass einige die *mens rea* schlicht als Strafbarkeitsvoraussetzung neben dem *actus reus* verstehen. *Negligence* kann nicht als Element des *actus reus* angesehen werden und wird deshalb einfach der *mens rea* zugeordnet.

¹³⁴ Diesen Grundsatz des englischen Strafrechts gibt Road Traffic Act 1988, s. 2A (*Meaning of dangerous driving*) (3) wieder: In subsections (1) and (2) above "dangerous" refers to danger either of injury to any person or of serious damage to property; and in determining for the purposes of those subsections what would be expected of, or obvious to, a competent and careful driver in a particular case, regard shall be had not only to the circumstances of which he could be expected to be aware but also to any circumstances shown to have been within the knowledge of the accused.

¹³⁵ *ADOMAKO* (1994) 99 Cr.App.R. 362.

¹³⁶ Z.B. Road Traffic Act 1988, ss. 2A (3), 3. Vgl. auch Sexual Offences Act 1956, s. 19.

¹³⁷ Wie die englische Bezeichnung schon zeigt, geht es um Ge- und Verbote, die insbesondere das Wirtschaftsleben betreffen. Auch fahrlässig begangene Verstöße können bestraft werden.

¹³⁸ SMITH, SIR J.C.: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 69.

¹³⁹ ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 96.

¹⁴⁰ SMITH, SIR J.C.: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 109, WILLIAMS, GLANVILLE: *Textbook of Criminal Law*, 2. Aufl. London 1983, S. 90f.

Wenngleich diese Vorgehensweise verständlich ist, so widerspricht sie der Auffassung der Rechtsprechung, die jüngst in *Gemmell and Richardson* geäußert hat, dass *mens rea* zwingend den Nachweis einer Bewusstseinslage beim Täter voraussetze.

III. Die Strafbarkeit ohne Verschulden und ohne objektive Fahrlässigkeit – Erfolgshaftung (*strict liability offences*)

1. Übersicht und Terminologie

Delikte, die weder *dolus directus* 1. oder 2. Grades (*direct intent* oder *indirect intent*), *recklessness* noch objektive Sorgfaltswidrigkeit (*negligence*) voraussetzen, werden im englischen Strafrecht *offences of strict liability* genannt. Die Terminologie ist nicht ganz einheitlich. SMITH¹⁴¹ und ALLEN¹⁴² grenzen von der *strict liability* die absolute *liability* (auch *situational offences*, *state of affair offences*) ab, Fälle, in denen ein willensgetragenes Verhalten des Täters nicht Voraussetzung für seine Strafbarkeit ist. SIMESTER/SULLIVAN verwenden beide Begriffe synonym.¹⁴³ Aufgrund der größeren Unterscheidungskraft wird bei der Verwendung des Begriffs SMITH und ALLEN gefolgt, weil Anknüpfungspunkt für eine Bestrafung wegen eines *strict liability offence* zumindest das willensgetragene Verhalten (*willed conduct*) des Täters ist. Zu den *situational offences* vgl. o. S. 174 c), 175 ff. Innerhalb der *offences of strict liability* sind zwei Gruppen von Delikten zu unterscheiden:¹⁴⁴ Zum einen werden Delikte, bei denen lediglich ein Element des *actus reus* nicht von einer *mens rea* getragen zu sein hat, als *offences of strict liability* bezeichnet.¹⁴⁵ Daneben zählen aber auch solche, die die Verwirklichung des *actus reus* zur Bestrafung des Täters genügen lassen, wenn der Täter weder mit *mens rea* noch objektiv sorgfaltswidrig (*negligently*) handelt, zu den *offences of strict liability*.¹⁴⁶ *Offences of strict liability* sind keine kuriose Ausnahme im englischen Strafrecht. Etwa die Hälfte der achtausend bestehenden Delikte gehören zu dieser Gruppe.¹⁴⁷ Eine prägnante deutsche Bezeichnung für diese Delikte ist bislang nicht gebräuch-

¹⁴¹ SMITH, SIR J.C.: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 132.

¹⁴² ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 99, ebenso JEFFERSON, MICHAEL: *Criminal Law*, 6. Auflage Harlow 2003, S. 167.

¹⁴³ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 167.

¹⁴⁴ *Lemon* [1979] AC 617 (HL).

¹⁴⁵ *Prince* (1875) 2 LRCCR 154; *Hibbert* LR 1 CCR 184; *B (A Minor) v. DPP* [2000] 2 W.L.R. 452.

¹⁴⁶ *Callow v. Tillstone* (1900) 83 LT 411.

¹⁴⁷ JEFFERSON, MICHAEL: *Criminal Law*, 6. Auflage Harlow 2003, S. 173.

lich geworden.¹⁴⁸ Nach der Aussonderung der Situationsdelikte (*situational offences*) erscheint es zulässig, die *offences of strict liability* für die weitere Darstellung als „Erfolgshaftungsdelikte“ zu bezeichnen, wenn der Täter weder mit *mens rea* noch objektiv sorgfaltswidrig gehandelt haben muss. Dieser Begriff kann je nach der Zulässigkeit von Verteidigungseinreden (*defences*) durch die Adjektive „rein“ und „eingeschränkt“ präzisiert werden. Erfordert lediglich ein Element des *actus reus* kein subjektives Element, so wird dieses als objektive Strafbarkeitsbedingung bezeichnet.

2. Durch einen ohne *mens rea* herbeigeführten Erfolg qualifizierte Delikte (*constructive liability*)

Von den *offences of strict liability* müssen die Straftaten unterschieden werden, deren wesentliches Merkmal es ist, dass durch ein vom Täter verwirklichtes Delikt ein Erfolg herbeiführt wird, hinsichtlich dessen weder *mens rea* besteht noch dem Täter objektive Sorgfaltswidrigkeit vorgeworfen werden kann (*constructive liability*). Hier muss der Täter lediglich das Delikt, in dessen Folge der Erfolg eintritt, mit einem entsprechenden subjektiven Element verwirklicht haben. Der Grund für den Verzicht auf eine subjektive Voraussetzung oder auch nur das Erfordernis objektiver Pflichtwidrigkeit liegt darin, dass das Verhalten, an das *constructive liability* anknüpft, als so gefährlich erachtet wird, dass die qualifizierende Folge typisch ist und es keiner subjektiven Zurechnung des Erfolgs zum Täter bedarf.¹⁴⁹

Eine Ausnahme stellt die durch den Tod eines anderen qualifizierte Verwirklichung einer gefährlichen Straftat (*constructive manslaughter*) dar. Im Fall des *constructive manslaughter* muss irgendein Schaden für das Opfer infolge des verwirklichten Delikts (*dangerous act*) für alle nüchternen und vernünftigen Personen vorhersehbar gewesen sein.¹⁵⁰ Diese Prüfung ist rein objektiv. Die Voraussetzung der Vorhersehbarkeit muss bestehen, weil theoretisch jedes Delikt ein Anknüpfungspunkt für *constructive manslaughter* sein kann. Eine typische, dem Delikt stets innewohnende Gefährlichkeit besteht nicht: Bricht P in das Haus des alten und gebrechlichen V ein, so wird dieser Einbruch zu einer gefährlichen Straftat, sobald ein vernünftiger Dritter die Gebrechlichkeit des V erkannt hätte. Stirbt V an einem Herzanfall während des Einbruchsdiebstahls, so ist V des *constructive manslaughter* schuldig, wenn die Aufregung des V über den Einbruch Ursache des Herzanfalls gewesen ist.¹⁵¹

¹⁴⁸ STEIN, HENRIKE: S. 302, die offenbar für die Begehung dieser Delikte *negligence* nicht ausschließt. Auch die Bezeichnung als „strenge Haftung“ sagt wenig über die Natur dieser Delikte aus.

¹⁴⁹ Z.B. Road Traffic Act 1988, s. 1 (Causing death by dangerous driving): A person who causes the death of another person by driving a mechanically propelled vehicle dangerously on a road or other public place is guilty of an offence.

¹⁵⁰ *Church* [1966] 1 QB 59, 70; *Newbury v. Davis* [1974] Crim.L.R. 262.

¹⁵¹ Der Sachverhalt ist *Watson* [1989] 2 All E.R. 733 nachgebildet.

3. Bestimmung der *offences of strict liability*

Zurück zu den *offences of strict liability*. Sie finden sich meist in kodifizierter Form: Das common law hat lediglich drei von ihnen hervorgebracht: Die Missachtung des Gerichts (*contempt of court*), die Diffamierung (*criminal libel*) und die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für ein von seinen Angestellten verursachtes öffentliches Ärgernis (*employer's liability for public nuisance*).¹⁵² Bei den kodifizierten Tatbeständen bietet der Gesetzestext den Gerichten im Wege der Interpretation die Möglichkeit zu bestimmen, welche Straftaten ein subjektives Element voraussetzen und welche nicht. Der Ansatzpunkt der Gerichte war und ist bis heute das Fehlen eines Wortes in einer Gesetzesformulierung, dass auf ein subjektives Element des Delikts hinweist. Doch kann der Wortlaut allein dazu führen, dass ein Tatbestand als Erfolgshaftungsdelikt angesehen wird. Bereits zu Anfang des 19. Jahrhunderts galt der Grundsatz, ein Angeklagter dürfe wegen seines Verhaltens nicht bestraft werden, wenn nicht *mens rea* bei ihm vorliege. Diese Maxime implizierte, bezogen auf die Auslegung von Gesetzen, die Vermutung zugunsten eines Vorsatzerfordernisses:

*Acts of Parliament are to be so construed, as no man that is innocent, or free from injury or wrong, be by a literal construction punished or endamaged.*¹⁵³

Im Zuge der Industrialisierung stieg seit der Mitte des 19. Jahrhunderts die Bereitschaft der Rechtsprechung, Gefahren für die Allgemeinheit durch Strafen auch für die Täter, die eine Gefahr ohne Vorsatz verursacht hatten, zu bekämpfen.¹⁵⁴

In der Sache *Sherras v. De Rutzen*¹⁵⁵ war der folgende Sachverhalt zu entscheiden: Ein Wirt hatte an einen Polizisten Alkohol ausgeschenkt, der sich im Dienst befand. Der Wirt hatte allerdings nicht erkennen können, dass der Polizist seinen Dienst noch nicht beendet hatte. Er wurde dennoch gem. s. 16 (2) Licensing Act 1872 (*supplying liquor to a constable on duty*) verurteilt:

*There is a presumption that mens rea ... is an essential ingredient in every offence; but that presumption is liable to be displaced either by the words of the statute creating the offence or by subject matter with which it deals, and both must be considered.*¹⁵⁶

¹⁵² SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 168, Anm. 9.

¹⁵³ *Margate Pier Co v. Hannam* (1819) 3 B & Ald 266, 270; 106 E.R. 661, 663, quoting Lord Coke.

¹⁵⁴ *Woodrow* (1846) 15 M & W 404; 153 E.R. 907 gilt als die erste Entscheidung, in der Erfolgshaftung angenommen wurde. *Callow v. Tillstone* (1900) 83 LT 411.

¹⁵⁵ [1895] 1 Q.B. 918.

¹⁵⁶ *Sherras v. De Rutzen* [1895] 1 Q.B. 918, 921.

In jüngerer Zeit ist die Annahme, dass das Parlament auch in den Fällen, in denen es an einer ausdrücklichen Formulierung fehlt, implizit die Voraussetzung eines subjektiven Elements in das Delikt eingefügt habe, weiter gestärkt worden. Der Ausgangspunkt bei der Interpretation eines Gesetzes ist daher die widerlegliche Vermutung, der Gesetzgeber habe das Gesetz in dem Willen erlassen, dass die Delikte neben dem *actus reus* auch eine *mens rea* voraussetzen.¹⁵⁷

4. Die Vermutung zugunsten des Vorsatzerfordernisses

Die Rechtsprechung hat die Kriterien, aufgrund derer zu entscheiden ist, ob die Vermutung zugunsten der Voraussetzung einer *mens rea* widerlegt ist, in der Entscheidung *Gammon v. Attorney-General of Hong Kong*¹⁵⁸ dargelegt:

*In their Lordships opinion, the law relevant to this appeal may be stated in the following propositions...: (1) there is a presumption of law that mens rea is required before a person can be held guilty of a criminal offence; (2) the presumption is particular strong where the offence is 'truly criminal' in character; (3) the presumption applies to statutory offences, and can be displaced only if this is clearly or by necessary implication the effect of the statute; (4) the only situation in which the presumption can be displaced is where the statute is concerned with an issue of social concern, and public safety is such an issue; (5) mens rea stands unless it can also be shown the creation of strict liability will be effective to promote the objects of the statute by encouraging greater vigilance to prevent the commission of the prohibited act.*¹⁵⁹

Die Natur der Straftat als schweres Delikt, als Quasi-Delikt oder als Ergebnis regulativer Gesetzgebung, die Höhe der Strafdrohung, der Sinn der jeweiligen Norm, die Größe des Kreises der durch die Tat möglicherweise betroffenen Personen und die Auswirkung der Annahme einer Erfolgshaftung auf den Gesetzeszweck sind bei der Feststellung zu berücksichtigen, ob ein Erfolgshaftungsdelikt vorliegt oder nicht.

a) Die Natur der Straftat

Das wichtigste Kriterium bei der Beurteilung, ob der Gesetzestext ein Erfolgshaftungsdelikt statuiert, ist die Natur der Straftat. Die Frage ist, ob es sich um ein schweres Delikt handelt, oder nur ein „Quasi-Delikt“ oder ein Produkt regulativer Gesetzgebung vorliegt. Ist letzteres der Fall, so kann nach Erwägung der weiteren

¹⁵⁷ *Sweet v. Parsley* [1970] A.C. 132; *B v. DPP* [2000] 2 AC 428.

¹⁵⁸ [1985] 1 A.C. 1.

¹⁵⁹ *Gammon v. Attorney-General of Hong Kong* [1985] 1 A.C. 1, 14.

Kriterien ein Erfolgshaftungsdelikt angenommen werden. Liegt aber eine schwere Straftat vor, so soll das Gesetz immer so verstanden werden, dass der *actus reus* mit *mens rea* (*intention* oder *recklessness*) erfüllt worden sein muss. Eine schwere Straftat wird angenommen, wenn das täterische Verhalten ohne weitere Würdigung der Umstände als offenbar falsch und verboten zu erkennen ist. Das ist beispielsweise der Fall beim Totschlag und beim tätlichen Angriff. Umgekehrt ist ein Delikt, das eine öffentliche Missbilligung nicht oder nur in geringem Umfang nach sich zieht, nur als „Quasi-Delikt“ anzusehen.¹⁶⁰ Eine Bestrafung kann hier keine *mens rea* voraussetzen. Eine alltägliche Verhaltensweise, die nur durch das Hinzutreten eines Umstandes, der nach der Lebenserfahrung dem Täter bekannt sein muss, zu strafbarem Verhalten wird, legt ebenfalls die Einordnung als Erfolgshaftungsdelikt nahe. Das Führen eines nicht versicherten Kraftfahrzeugs ist dementsprechend ein Erfolgshaftungsdelikt.¹⁶¹

Für eine Einordnung eines Delikts als Erfolgshaftungsdelikt sind ferner der mögliche Täterkreis und die Zahl der durch die Tat betroffenen Personen erheblich. Setzt das Delikt voraus, dass der Täter einer Berufsgruppe angehört, für die besondere technische Kenntnisse oder Fertigkeiten kennzeichnend sind, so kann der Gesetzestext eher in der Weise ausgelegt werden, dass auch der ohne *mens rea* handelnde Täter bestraft werden soll.¹⁶²

Setzt die Verwirklichung des *actus reus* einen Teil der Öffentlichkeit besonderen Gefahren aus, so spricht das für die Annahme eines Erfolgshaftungsdelikts. Typische Beispiele sind Taten, die sich auf die Umwelt¹⁶³, die Lebensmittelhygiene¹⁶⁴, den Verkauf von Arzneien¹⁶⁵ und die Sicherheit am Arbeitsplatz oder im Verkehr¹⁶⁶ beziehen. Allerdings kann gerade in der letzten Gruppe die Bewusstseinslage des Täters eine Rolle bei der Strafzumessung spielen: In *Pugsley v. Hunter*¹⁶⁷ wurde Hunter mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,61 ‰ in einem Kraftfahrzeug angetroffen. Hunter machte vor dem Magistrates' Court geltend, dass er vor Fahrtantritt mit seiner Ehefrau und einem Freund in einem Pub gewesen war. Dort hatten seine Ehefrau und der Freund seine Getränke mit hochpro-

¹⁶⁰ *Sherras v. De Rutzen* [1895] 1 Q.B. 918, 922.

¹⁶¹ S. 143 Road Traffic Act 1988.

¹⁶² *Alphacell Ltd v. Woodward* [1972] AC 824.

¹⁶³ *Alphacell Ltd v. Woodward* [1972] AC 824; *Empress Car Co (Abertillery) Ltd v. National Rivers Authority* [1988] 3 All E.R. 481 (HL); vgl. SMITH, SIR J.C.: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 131 m.w.N.

¹⁶⁴ *Callow v. Tillstone* (1900) 83 LT 411.

¹⁶⁵ *Warner v. Metropolitan Police Commissioner* [1969] 2 AC 256.

¹⁶⁶ ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 106.

¹⁶⁷ [1973] 2 All E.R. 10; ebenso *Shippam* [1971] Crim.L.R. 434; *Williams v. Neale* [1971] Crim.L.R. 598.

zentigem Alkohol ohne sein Wissen versetzt. S. 1(1) Road Safety Act 1967¹⁶⁸ wurde so ausgelegt, dass der, der im fahruntüchtigen Zustand am Steuer eines Kraftfahrzeugs aufgefunden wird, allein aufgrund dieser Tatsache bestraft wird. Allerdings bestimmt s. 5(3) Road Traffic Act 1962 zur Strafzumessung, dass der Zeitraum der Entziehung der Fahrerlaubnis verkürzt (*mitigating circumstances*) oder ganz von der Entziehung abgesehen werden kann (*special reasons*), wenn besondere Gründe vorliegen.¹⁶⁹ Die Fahrerlaubnis wurde Hunter aufgrund dieser Bestimmung nicht entzogen, da der Magistrate nicht sicher war, ob die Blutalkoholkonzentration allein Ergebnis des zugesetzten hochprozentigen Alkohols war. Der Divisional Court hob im Rechtsmittelverfahren auf Antrag der Anklage das Urteil wegen einer fehlerhaften Anwendung der Vorschrift über das Absehen vom Entzug der Fahrerlaubnis auf. Danach kann das unbemerkte Einflößen von Alkohol zwar ein besonderer Grund für das Absehen von der Entziehung der Fahrerlaubnis sein. Doch der *actus reus* und mit ihm das gesamte Delikt ist verwirklicht, wenn der Angeklagte mit einer zu hohen Blutalkoholkonzentration am Steuer eines Kraftfahrzeugs angetroffen wird. Ob er wusste, dass er zuviel Alkohol getrunken hatte, um noch fahrtüchtig zu sein, ist für den Schuldspruch unerheblich. Die fehlende *mens rea* steht zwar nicht der Verwirklichung des Delikts entgegen, kann aber die harte Rechtsfolge mindern oder gar beseitigen.

b) Die Schwere der Tat

Die Schwere einer Straftat findet ihren Ausdruck in der Strafdrohung. Eine schwere Straftat wird deshalb insbesondere angenommen, wenn die Tat mit einer Haftstrafe sanktioniert wird. Handelt es sich bei der angedrohten Strafe hingegen um eine Geldstrafe, so spricht dies für die Annahme eines „Quasi-Delikts“, dessen Voraussetzungen eine *mens rea* nicht umfassen müssen.

c) Der Wortlaut des Gesetzes

Ein weiteres zu untersuchendes Kriterium ist der Wortlaut des Gesetzestexts. Der natürliche Wortsinn ist dabei aber nur eines unter mehreren Kriterien, so dass dasselbe Wort bei verschiedenen Delikten entweder dafür spricht, dass *mens rea* vorausgesetzt ist, oder dass das Gesetz an dieser Stelle einer Interpretation als Erfolgshaftungsdelikts zugänglich ist. *Permit* kann so verstanden werden, als impliziere es den mit Vorsatz handelnden Täter. In anderem Zusammenhang wurde ein Delikt, das die Tathandlung ebenfalls mit *permit* beschreibt, als Erfolgshaftungsdelikt an-

¹⁶⁸ Road Safety Act 1967, s. 1 (Driving etc. with an undue proportion of alcohol in the blood): (1) If a person drives or attempts to drive a motor vehicle on a road or other public place, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood, ..., exceeds the prescribed limit at the time he provides the specimen, he shall be liable ...

¹⁶⁹ Zur Beweislast SMITH, J.C.: Kommentar – *Pugsley v. Hunter* [1973] Crim.L.R. 248; DOPPS, LINDA P.; LUCRAFT, MARK; CROWTHER, ERIC (Hrsg.): Road Traffic Offences, London 1990, S. 155, 159.

gesehen. Eine Aufzählung der fragliche Worte und ihrer Interpretationsmöglichkeiten erübrigt sich deshalb. Entscheidend ist, dass die englische Rechtsprechung alle Kriterien in ihrem Interpretationsvorgang einstellt und kein Kriterium allein über die Qualität des Delikts als Erfolgshaftungsdelikt bestimmt.

IV. *Defences*: Verteidigungseinreden und der Deliktsaufbau im englischen Strafrecht

1. Vorsatzdelikte

Unter dem Begriff Verteidigungseinreden (*defences*) werden alle Einreden des Angeklagten zusammengefasst, die im Ergebnis dazu führen, dass der Angeklagte, der sie erfolgreich erhoben hat, nicht verurteilt wird. Damit ist freilich noch nichts darüber gesagt, warum eine Bestrafung des Angeklagten in diesen Fällen nicht erfolgt. Die Voraussetzungen und die Wirkung Verteidigungseinreden der Schuldunfähigkeit von Kindern (*infancy*), der Schuldunfähigkeit infolge von Geisteskrankheit (*insanity*), des vorsatzausschließenden Irrtums (*mistake*) und der Putativnotwehr (*self-defence*) sowie des Nötigungsnotstandes (*duress*) auf die Elemente *actus reus* und *mens rea*, die nur zum Teil abschließend geklärt ist, werden bei den Strafbarkeitsdefiziten im Rahmen der *doctrine of innocent agency* eingehend erörtert. Trunkenheit (*intoxication*), Notstand (*necessity*), sowie Einverständnis und Einwilligung (*consent*) sind für die Darstellung von untergeordneter Bedeutung und werden nicht gesondert behandelt.¹⁷⁰

2. Erfolgshaftungsdelikte

Unsicher ist die Rechtslage hinsichtlich der Erfolgshaftungsdelikte, die nicht die besonderen Verteidigungseinreden des sorgfältigen Verhaltens (*due diligence*) und fremden Verschuldens (*third party defence*) aufweisen. Von der Rechtsprechung bisher entschieden ist, dass hier die Verteidigungseinrede des Automatismus (*automatism*) erfolgreich erhoben werden kann.¹⁷¹ Das ist nicht weiter erstaunlich, da der Angeklagte, der auf Automatismus plädiert, geltend macht, sein Verhalten sei nicht willensgesteuert gewesen. Der *actus reus* setzt aber willensgetragenes Verhalten voraus. Ansonsten ergeht sich die Literatur in Mutmaßungen darüber, ob weitere Verteidigungseinreden geltend gemacht werden könnten.¹⁷²

¹⁷⁰ Zum Ganzen WATZEK, JENS: Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1997, S. 252ff., 178ff., 211ff. resp.

¹⁷¹ *Hill v. Baxter* [1958] 1 QB 277; *Budd* [1962] Crim.L.R. 49; *Watmore v. Jenkins* [1962] 2 All E.R. 868.

¹⁷² LEIGH, L.H.: *Strict and Vicarious Liability*, London 1982, S. 55ff.; SMITH, SIR J.C.: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 132f.

3. Situationsdelikte

Ebenso wie bei den Erfolgshaftungsdelikten kommt nach SMITH bei den Situationsdelikten als Verteidigungseinrede die Schuldunfähigkeit des unter 10-jährigen Kindes (*infancy*) in Betracht.¹⁷³ Weitere mögliche Verteidigungen werden in der Literatur erörtert, die aber von der Rechtsprechung bislang nicht anerkannt sind.

Im Zusammenhang mit der Entscheidung in *Larsonneur* ist erörtert worden, warum die Angeklagten nicht wenigstens aufgrund der Verteidigungseinrede des überwältigenden Zwangs (*defence of physical compulsion*) freigesprochen wurde. LANHAM ist der Ansicht, die Entscheidung dieses Falls sei nicht ein Makel der englischen Rechtsprechung, sondern korrekt angewendetes Recht. Grundsätzlich sei die Verteidigungseinrede des überwältigenden Zwangs (*defence of physical compulsion*) auch auf Situationsdelikte (*state of affairs offences, situational offences*) anwendbar, denn sie führe nicht dazu, dass *actus reus* oder *mens rea* entfielen.¹⁷⁴ Die Strafbarkeit entfalle, wenn der Angeklagte diese Einrede erfolgreich erhebe. Die Verteidigungseinrede des überwältigenden Zwangs (*defence of physical compulsion*) habe in der Fallgestaltung *Larsonneur* jedoch nicht wirken können, da der Sachverhalt einige, im Sachbericht des Court of Appeal nicht erwähnte Besonderheiten aufgewiesen habe. *Larsonneur* sei in das Vereinte Königreich eingereist und habe dort beschlossen, eine Scheinehe mit einem britischen Staatsbürger einzugehen. Dieses Verhalten habe zu ihrer Ausweisung aus Großbritannien ebenso wie aus Irland geführt, weil sie dort ebenfalls versucht habe, die Scheinehe mit ihrem britischen Partner zu schließen.

Sie habe wegen ihres Verhaltens die Einrede überwältigenden Zwangs (*defence of physical compulsion*) nicht erfolgreich erheben können, weil sie sich selber in die Situation gebracht habe, in der sie von den irischen Behörden zwangsweise nach Großbritannien gebracht worden sei. Wer sich aber selber einer Zwangssituation aussetze, könne diese Zwangssituation nicht durch eine Verteidigungseinrede zu seinen Gunsten geltend machen. Doch weist LANHAM selbst auf den Verlust der Gerichtsakten und des Verhandlungsprotokolls der ersten Instanz hin. Die Tatsachengrundlage seiner Bewertung der Entscheidung ist mit einiger Vorsicht zu betrachten. Entscheidend gegen LANHAMS Ansicht spricht, dass er über die Auswirkung der Verteidigungseinrede des überwältigenden Zwangs (*defence of physical compulsion*) irrt. Mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur wird hier der Ansicht gefolgt, dass diese Verteidigungseinrede hier nicht wirken kann.

¹⁷³ SMITH, SIR J.C.: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 132f.; Dieses richtige Ergebnis steht in Widerspruch zu der Entscheidung in *Walters v. Lunt* [1951] 2 All E.R. 645. Hier wurde festgestellt, dass *infancy* die Bildung der *mens rea* verhindere. Das erklärt die Straflosigkeit des Kindes bei Delikten, die *mens rea* voraussetzen, nicht aber bei Erfolgshaftungsdelikten. Hier muss die *infancy* eine andere Wirkung haben: Entweder entfällt der *actus reus* oder *infancy* wird zu einem Strafausschlussgrund.

¹⁷⁴ LANHAM, DAVID: *Larsonneur Revisited*, in: [1976] *Crim. L.R.* 276ff., 277.

*If there be an actual forcing of a man, as if A by force take the arm of B. and the weapon in his hand, and therewith stabs C. whereof he dies, this is murder in A. but B. is not guilty.*¹⁷⁵

Seit HALE gilt, dass der, der dem physischen Zwang eines anderen erliegt, nicht selbst handelt. B wurde durch überwältigenden Zwang dazu gebracht, C zu erstechen. Er ist aber nicht des Mordes an C schuldig: Es fehlt an einem willensgetragenen Verhalten, das den *actus reus* verwirklichen könnte.¹⁷⁶ In *Larsonneur* fällte die Jury den folgenden Schuldspruch:

*Guilty through circumstances beyond her own control.*¹⁷⁷

Willensgetragenes Verhalten ist gerade nicht eine Voraussetzung der Delikte, die nur eine bestimmte Situation und keine *mens rea* voraussetzen (*absolute liability offences*). Folglich fällte die Jury nach ihrer Belehrung diesen für den deutschen Leser paradoxen Schuldspruch, der der Angeklagten die Verantwortung für eine Situation auferlegte, die sie zu keiner Zeit in irgendeiner Weise zu beeinflussen vermochte. Weiterhin ist der Ansicht LANHAMS die Entscheidung *Winzar* entgegenzuhalten. Zwar mag man noch bejahen, dass Winzar, indem er sich betrunken in ein Krankenhaus begab, selber in eine Situation brachte, in der die Polizei handeln und ihn von dort entfernen musste. Ihm wäre es dann ebenfalls verwehrt gewesen, die Einrede des überwältigenden Zwangs (*physical compulsion*) erfolgreich zu erheben. Goff LJ stellte bezogen auf die rechtliche Würdigung des Sachverhalts fest:

*That case*¹⁷⁸ *is persuasive authority for the view that it makes no difference in a case of this kind whether the person charged with the offence has gone into the highway or public place of his own volition or not.*¹⁷⁹

Goff LJ ging in seiner Urteilsbegründung gar nicht auf eine mögliche Verteidigungseinrede Winzars ein. Allein entscheidend für die Bestrafung Winzars war, dass er betrunken an einem öffentlichen Platz angetroffen wurde.

¹⁷⁵ HALE, SIR MATTHEW: *Historia Placitorum Coronae*, Bd. 1, 1736, Neudruck London 1971, S. 434.

¹⁷⁶ ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 22; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 109; WILLIAMS, GLANVILLE: *Criminal Law: The General Part*, 2. Aufl. London 1961, S. 12, 751;

¹⁷⁷ Zit. nach LANHAM, DAVID: *Larsonneur Revisited*, in: [1976] *Crim. L.R.* 276ff., 278 Anm. 12.

¹⁷⁸ *Sheehan v. Piddington* [1955] *St R Qd* 574.

¹⁷⁹ *Winzar v Chief Constable of Kent*, *The Times*, 28. März 1983; CO/1111/82 (Transcript: Marten Walsh Cherer).

Wie bereits mehrfach angemerkt, kann allein eine Verteidigungseinrede, die die Straflosigkeit des Angeklagten begründet, in dem sie weder den *actus reus* noch die *mens rea* entfallen lässt, bei den Situationsdelikten mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden. Es fehlen in diesem Bereich jedoch die Präzedenzfälle.

2. Kapitel: Die Strafbarkeit der Beteiligten in der Entwicklung des Common Law

Gleich dem römischen Recht zur Zeit Justinians kann das englische Recht auf eine vielhundertjährige Entwicklung zurückblicken, die seit der Eroberung der britischen Insel durch Wilhelm den Eroberer nahezu frei von Verwerfungen und Brüchen ist. Dieser Befund gilt auch für das englische Strafrecht, das sich heute als Ergebnis evolutionärer Rechtsbildung darstellt. Dies veranlasst wie im römischen Recht, einen Blick auf die Anfänge der Entwicklung zu werfen und durch einen Längsschnitt Grundsätze und Entwicklungsströmungen bei der Behandlung des Komplexes „Täterschaft und Teilnahme“ aufzudecken, die einerseits den heutigen Rechtszustand erklären, andererseits Möglichkeiten der Fortentwicklung aufzeigen.

I. Die Entwicklungsphasen des Rechts der Teilnahme im common law

Es lassen sich drei Phasen der Entwicklung des englischen Rechts der Teilnahme unterscheiden.¹ Die ältesten Hinweise auf die Behandlung von strafrechtlichen Konstellationen, in denen mehr als eine Person an der Tat beteiligt ist und deren Regelungen die weitere Entwicklung beeinflussten und deren Nachhall noch im heutigen Recht zu vernehmen ist, stammen aus dem Hochmittelalter.² Die Rechtslage in dieser Phase ist bislang nicht in ausführlicher Weise erforscht. Deshalb muss sie hier einen im Vergleich zu den folgenden und besser dokumentierten Entwicklungsstufen breiteren Raum einnehmen. Grundlage der Darstellung ist HENRY DE BRACONS *De legibus et consuetudinibus angliae*. Auszugehen ist bei dieser Betrachtung von der Unterscheidung der Delikte in Hochverrat (*crimen laese maiestatis*), die schwerere Straftat (*felonia*) und die leichtere Straftat (*transgressio*).

1. Hochverrat (*crimen laesae maiestatis*)

BRACON übernimmt für die Bezeichnung des Hochverrats die Bezeichnung des römischen Strafrechts (*crimen laesae maiestatis*) und fasst in offenbar bewusster Rezeption des römischen Rechts und in Abweichung vom bis dato geltenden angelsächsischen Recht den Tatbestand ähnlich weit, wie dies in der Gesetzgebung Justinians der Fall ist.³

Habet enim crimen laesae maiestatis sub se multas species, quarum una est ut si quis ausu temerario machinatus sit in mor-

¹ SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 22 Anm. 16. Die vierte Stufe ist die heutige Rechtslage.

² Zum Beispiel die Leges Henrici 86, 3: *Et ubi forte plures fuerint, et eorum quidam forisfacient, non est eis inputandum qui tenuerint viam suam et recedent an illis, si per omnia se allegient, quod nec consilium eorum vel auxilium sit in forcia ipsa.*

³ POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: The History of the English Law, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 503f. m.w.N.

*tem regis, vel aliquid vel agi procuraverit ad seditionem domini regis vel exercitus sui, vel procurantibus auxilium et consilium praebuerit vel consensum, licet id quod in voluntate habuerit non perduxerit ad effectum.*⁴

Der Hochverrat hat viele Erscheinungsformen, deren eine es ist, wenn irgendein listiges Anstiften zum Tod des Königs im Wege eines unüberlegten Unternehmens vorliegt, wenn entweder selbst irgendetwas getan wird oder er dafür gesorgt hat, dass etwas für den Aufstand gegen den Herrn den König oder sein Heer getan wird, oder er denen, die dafür sorgen, mit Tat und Rat beisteht oder es billigt, mag es auch sein, dass er dieses, was er gewollt, nicht zur Vollendung gebracht hat.

Hier findet keine Unterscheidung nach der Art der Beteiligung statt. Jeder, der auch nur das Unternehmen unterstützt, ist des Hochverrats schuldig und wird vor seiner Hinrichtung der Folter und dem Verlust sämtlicher Güter unterworfen. Es bedarf zur Bestrafung aller Beteiligten keines Taterfolgs und auch der, der das Unternehmen nur billigt, wird als Hochverräter angesehen. Selbst die Kinder des Täters verlieren ihr Erbrecht nicht nur an den Gütern des Täters. Sie sind prinzipiell erbunfähig.⁵ Es bestand zudem eine rigorose Anzeigepflicht:

*Quod autem si ad tempus dissimulaverit et subticuerit, quasi consentiens et assentiens, erit seductor domini regis manifestus, sive accusatus proprius fuit homo vel alienus.*⁶

Wenn er sich aber für eine Zeit verstellt und seiner Anzeigepflicht nicht nachgekommen ist, als ob er zustimmt und hilft, wird er ein tatsächlicher Verräter des Herrn, des Königs sein, gleich ob der Angeklagte seiner Herrschaft untersteht oder ein Fremder ist.

Wer bei der Anzeige eines Hochverrats auch nur zögerte, wurde als Mitwisser angesehen. Ihm drohte die gleiche Strafe wie dem, von dessen Tat er wusste.

Wie im römischen Strafrecht wird auch die Fälschung eines königlichen Siegels oder einer Urkunde als *crimen laesae maiestatis* angesehen. Hier nennt BRACON die Teilnehmer an der Tat eines anderen, die als *socios*, *coadiutores* und *ministros* bezeichnet werden, ohne dass diese Tätigkeit einen Einfluss auf das Verfahren oder

⁴ BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 334.

⁵ POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: *The History of the English Law*, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 503f. m.w.N.

⁶ BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 335.

die Strafe hat.⁷ Das *crimen laesae maiestatis* setzte kein subjektives Element voraus. Auch eine als weniger schwer angesehenene Art des Hochverrats, der Tötung des Herrn durch seinen Diener, wurde selbst dann mit dem Tode des Dieners bestraft, wenn der Tod zufällig eingetreten war.

Der Tatbestand des Hochverrats ist so weit gefasst, dass sämtliche Handlungsweisen, die in einem willkürlich bestimmten Zusammenhang mit der des Hochverrats stehen, als täterschaftliche Begehung des Hochverrats angesehen werden. Eine Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer entfällt ebenso, wie dies für das römische Strafrecht zu Zeiten Justinians gezeigt worden ist.

2. Schwere Straftaten (*feloniae*)

Die schweren Straftaten (*feloniae*) lassen sich durch ihre Rechtsfolgen für den Täter und die besondere Prozessart, in der sie verhandelt werden, gegen die leichteren Straftaten abgrenzen. Grund und Boden des Täters sowie sein Vieh fallen an den König, er wird grundsätzlich mit dem Tod oder mit Verstümmelung bestraft. Zur Sicherung des Verfahrens kann der einer schweren Straftat Verdächtige in einem Vorverfahren für gesetzlos erklärt werden, wenn er flieht oder innerhalb von fünf Monaten nicht vor dem County Court (*comitatus*) oder den mit der Rechtsprechung betrauten Beratern des Königs (*curia regis*)⁸ erscheint.⁹ Wird er ergriffen, nachdem er für gesetzlos erklärt worden ist, so kann er aufgehängt werden, sobald seine Gesetzlosigkeit nachgewiesen ist.¹⁰ Schließlich kann der durch die Tat Verletzte im Wege der Anrufung zunächst des County Court, dann des königlichen Gerichts ein Verfahren (*appellum, appeal*) einleiten. Ein Mittel der Wahrheitsfindung ist hier der Zweikampf.¹¹ Auch ein Teilnehmer an der Tat (*probator*) kann die Anklage erheben und geht straffrei aus, wenn er durch seinen Sieg im Zweikampf die Täterschaft des Angeklagten beweist.¹² Das Risiko die-

⁷ BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 338.

⁸ Wann dieses Gericht seine Funktion gegenüber der King's Bench verliert, ist nicht genau zu datieren. Nach Erlass der Magna Charta erscheint die Curia Regis immer seltener in den überlieferten Urkunden. Der vorsitzende Richter der Curia Regis (Chief Justitiar) wird zuletzt unter Heinrich III. (1216 - 1276) ernannt. Innerhalb dieses Zeitraums muss die Curia Regis ihre Bedeutung verloren haben, STEPHEN, SIR JAMES FITZJAMES: *A History of the Criminal Law of England*, Bd. I, London 1883, S. 93f.

⁹ Zunächst wurde die mündliche Anklage (*appellum*) vor dem County Court erhoben, und dann im Wege einer schriftlichen Anklage an den königlichen Gerichtshof verwiesen zu werden. Im Laufe der Zeit wurde die mündliche Anklage unmittelbar bei der King's Bench erhoben, BAKER, J.H.: *An Introduction to English Legal History*, 3. Aufl. London 1990, S. 574.

¹⁰ POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: *The History of the English Law*, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 580ff.

¹¹ BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 385.

¹² BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 429 - 434, BAKER, J.H.: *An Introduction to English Legal History*, 3. Aufl. London 1990, S. 574.

ser Vorgehensweise für den Kronzeugen wird offenbar, wenn man die Rechtsfolge im Fall seines Unterliegens betrachtet: Er wird gehängt.¹³ Die Rechtsfolgen wie die Bezeichnung *felonia* zeigten, dass es sich um besonders schwere Straftaten handeln muss, sowohl hinsichtlich des Taterfolgs als auch des Schuldvorwurfs.¹⁴

a) Die Abgrenzung von Täter und Teilnehmer im „materiellen Recht“

Nicht bei allen „grausamen, gemeinen“ Straftaten geht BRACON auf die Beteiligung mehrerer an der Verwirklichung einer Straftat ein. Ähnlich dem römischen Recht ist ein geschlossener allgemeiner Teil, der für sämtliche Delikte geltenden Regeln für die Behandlung der Teilnahme aufstellt, in seinem Werk nicht überliefert. Deshalb wird im Folgenden nur die Rechtslage hinsichtlich der Beteiligung an der Tötung (*homicidium*), der Vergewaltigung einer Jungfrau (*rapina*), der Körperverletzung (*plagium*) und des Raubs (*roberia*) eingegangen werden. In BRACONs Werk fehlen explizite Hinweise auf die Behandlung des Teilnehmers für die schwere Körperverletzung (*mahemium*)¹⁵, die Brandstiftung (*combustio*), den Einbruchsdiebstahl (*burgaria*)¹⁶ und teilweise für den Diebstahl (*latrocinium*). Welche inkriminierten Verhaltensweisen sich hinter der Strafbarkeit der Teilnehmer an einer schweren Straftat verbergen, geht aus der Beschreibung der Handlungen hervor, die zu einer Verurteilung wegen Tötung (*homicidium*) führen können. Der Totschlag kann auf verschiedene Arten begangen werden:

Sed corporale est quo homo occiditur corporaliter, et hoc dupliciter committitur, lingua vel facto. Lingua tribus modis, scilicet praecepto, consilio, defensione sive tentione. Facto quattuor modis, scilicet iustitia, necessitate, casu et voluntate.

Die körperliche Tötung liegt vor, wenn ein Mensch körperlich getötet wird, und dies kann in zweierlei Weise geschehen, durch das Wort oder die Tat. Auf dreierlei Weise wird durch das Wort getötet, nämlich durch Anstiftung, Rat, Leugnung oder Beherrschung. Durch die Tat wird auf vier Weisen getötet, nämlich bei Vollstreckung von Urteilen, im Notstand, unwillentlich oder vorsätzlich.

¹³ BAKER, J.H.: An Introduction to English Legal History, 3. Aufl. London 1990, S. 574f. und 575 Anm. 16.

¹⁴ POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: The History of the English Law, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 467.

¹⁵ Zu den Voraussetzungen vgl. BRACON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 409f.

¹⁶ Der Terminus *burgaria* oder *burgeria* wird in der Zeit vor BRACON zum Teil auch für Raub verwendet und erscheint bei ihm sehr selten, S. 435 Gleichbedeutend ist der Begriff *hámsoen*, S. 408. Dennoch war *burgaria* als schwere Straftat anerkannt: POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: The History of the English Law, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 493 m.w.N.

Diese Unterscheidung beinhaltet jedoch keine Trennung zwischen Täterschaft und Teilnahme, sondern stellt nur gleichwertige Begehungsformen des Delikts vor. Das wird an anderer Stelle deutlich:

Possunt etiam esse plures culpabiles de homicidio sicut unus, ut si plures rixati fuerint inter se in aliquo conflictu, et aliquis sit interfectus inter tales, nec appareat a quo nec ex cuius vulnere, omnes dici poterunt homicidae, et illi qui percusserunt et qui tenuerunt malo animo dum percussus fuit. Item et illi qui voluntate occidendi venerunt licet non percusserunt. Item et ille qui nec occiderunt nec voluntatem occidendi habuerunt, sed venerunt ut praestarent consilium et auxilium occisoribus, quamvis aliquando eorum violentia repellatur. Item non solum tenetur ille qui percutit et occidit, verum etiam ille qui praecipit percutere et occidere, quia cum non sint immunes a culpa, immunes esse non debent a poena. Nec etiam ille qui cum posset hominem a morte liberare non liberavit.¹⁷

Mehrere sind des Totschlags schuldig so wie einer schuldig ist, so wenn mehrere sich untereinander in einer Auseinandersetzung gestritten haben und einer von ihnen wird getötet und es nicht erkennbar ist, von wem oder durch wessen Verletzung das geschehen ist, so können alle als Totschläger bezeichnet werden, die, die geschlagen haben, die, die ihn mit Vorsatz festgehalten haben, als er geschlagen wurde, und die, die mit dem Vorsatz kamen, ihn zu töten, aber selbst nicht geschlagen haben. Auch die, die weder geschlagen haben noch die Absicht zu töten hatten, aber kamen, um den Schlägern einen Rat zu erteilen oder ihnen zu helfen, obwohl manchmal die Gewalt [der Schläger] nicht zum Erfolg führt. Nicht nur ist der verantwortlich, der schlägt, sondern auch der, der einem anderen zu schlagen und töten befiehlt, und da sie nicht frei von Schuld sind, sollten sie auch nicht unbestraft davon kommen; noch sollten die frei sein, die, obwohl sie einen Mann vor dem Tod retten konnten, unterlassen haben, dies zu tun.

Daneben galt es als Totschlag, eine andere Person, die zur Rettung eines in Todesgefahr Schwebenden entschlossen war, zur Unterlassung seiner Rettungshandlung anzustiften.¹⁸

Eine Unterscheidung nach Teilnahmeformen nimmt BRACON nicht vor. Jeder, der in der durch Beispiele illustrierten Weise handelt, ist ein Totschläger. Der Tat-

¹⁷ BRACON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 342.

¹⁸ BRACON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 341.

bestand der Tötung ist weit genug, um Fallkonstellationen zu erfassen, die im heutigen englischen Strafrecht anerkannte Teilnahmemodi sind. Handelt eine Person in dieser Weise, so wird sie als Totschläger bestraft.

Hingegen wird der Teilnehmer an der Vergewaltigung einer Jungfrau in Abgrenzung zum Täter als tätiger Beförderer der Tat oder Begünstiger (*fautor*) bezeichnet.¹⁹ Darin liegt bereits eine Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer auf der materiellen Ebene. Der Teilnehmer verwirklicht nicht selbst die pönalisierte Verhaltensweise, sondern steht als Förderer der Tat außerhalb des Zentralgeschehens, indem er die Tat lediglich unterstützt. Bei den übrigen genannten Delikten fehlt eine Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer auf materieller Ebene.

b) Die Abgrenzung von Täter und Teilnehmer im „prozessualen Recht“

Dieser im Grunde wenig differenzierende Sichtweise ist die sorgfältige Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer in der Erörterung prozessualer Fragen entgegengesetzt. Schwere Straftaten (*felonies*) können im Wege einer privaten Anklage (*appellum*) verfolgt werden. Das Opfer oder im Fall eines Tötungsdelikts dessen Ehefrau oder dessen Erben, aber auch der Teilnehmer, der frei ausgeht, wenn seine Anklage zu einer Verurteilung des Täters führt (*probator*), können durch Erhebung einer Anklage das Verfahren gegen den Täter oder gegen Beteiligte eröffnen. Die Klage muss dabei einer bestimmten Formel folgen, deren Einhaltung von so großer Bedeutung ist, dass selbst geringe Abweichungen oder die Rücknahme der Klage nach der einmal gesprochenen Formel zur Bestrafung des Klägers führen.²⁰ Wird die Klagformel richtig gesprochen, so kommt es zur Verhandlung, und der Angeklagte kann zwischen der Verhandlung vor Geschworenen im County Court und dem Zweikampf als Mittel der Wahrheitsfindung²¹ wählen. Gewinnt der Kläger den Zweikampf, ist der Angeklagte zu bestrafen, verliert der Kläger, ist der Angeklagte freizulassen, der Kläger wegen falscher Anklage einzusperren oder zu hängen.²²

¹⁹ BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 415; *fautor*, oris, m. (*faveo*, urspr. *favitor*, wie noch b. Lucil. 902. Auct. prol. Plaut. Amph. 78. Iul. Val. 2, 17 ed. Paris. Serv. Verg. Aen. 6, 817), der Gönner, der einer Person od. Sache gewogen ist und sie begünstigt, der tätige Beförderer, Begünstiger, *bonorum* [Lateinisch-deutsches Handwörterbuch: *fautor*, S. 1. Digitale Bibliothek Band 69: Georges: Lateinisch-deutsches Wörterbuch, S. 22860 (vgl. Georges-LDHW Bd. 1, S. 2703)].

²⁰ BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 397f.

²¹ Ausnahmen können bestehen, wenn der Täter mit blutigem Messer an der Leiche seines Opfers festgenommen wird, es also keines Beweises bedarf, BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 386.

²² BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 386.

aa) *Ille de facto – ille de forcia*

BRACTON unterscheidet in seiner Beschreibung der Reihenfolge, in der die an der Tötung eines anderen beteiligten Personen den Zweikampf führen sollen, zwischen *ille de facto* und *ille de forcia*. Die Voraussetzungen dieser Formen der Beteiligung benennt er freilich nicht. Deshalb ist zunächst nach der Bedeutung des Mittels (*de*) zu fragen, welches der Beteiligte eingesetzt hat. Zuerst soll, wenn eine private Anklage vor dem königlichen Gerichtshof erhoben wird (*appellum*), gegen den Beteiligten *de facto* verhandelt werden.²³ Erst nach dessen Verurteilung kann das Verfahren mit der Verhandlung gegen den Beteiligten *de forcia* fortgesetzt werden.²⁴ *Ille de facto* ist der, der durch sein Handeln die Tat begeht.²⁵ Er verwirklicht den *actus reus* selbst.

bb) Die Verfahrensreihenfolge

Gegen den *ille de forcia* kann erst nach einer Verurteilung des *ille de facto* gerichtlich vorgegangen werden. Er ist die nachrangig zu bestrafende Person und ist nicht der Täter, der die Tat selbst verwirklicht. Bei der Deutung seines für eine Bestrafung vorausgesetzten Verhaltens spricht vieles dafür, *forcia* mit *fortia* gleichzusetzen.²⁶ Der *ille de forcia* müsste Kraft aufgewendet haben, um den *actus reus* der Tat zu verwirklichen; er dürfte zugleich nicht als *ille de facto* anzusehen sein. Diese Bezeichnung legt nahe, dass die physische Beihilfe BRACTONS Leitbild der nichttäterischen Beteiligung gewesen ist. Dies findet seine Bestätigung bei der Vergewaltigung. Die Handlung des *ille de forcia* wird zwar durch die Voraussetzung einer sonstigen Hilfeleistung (... *fuit in auxilio* ...) verallgemeinernd beschrieben, aber insbesondere mit dem Festhalten des Opfers beispielhaft illustriert.²⁷ Allerdings ist das Verhalten des *ille de forcia* durch den Einsatz körperlicher, gegen das Opfer gerichteter Kraft, die den Erfolg selbst aber nicht herbeigeführt, noch nicht abschließend beschrieben. In der Formel für die Anklage vor dem königlichen Gerichtshof (*appellum*) wird die Art der Beteiligung weiter präzisiert:

²³ BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 360, 361, 391, 392, 400, 401 (Totschlag), 407 (Körperverletzungen), 411 (Freiheitsberaubung), 412 (Raub), 417 (Vergewaltigung einer Jungfrau).

²⁴ BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 397f.: Die Erhebung der Anklage in falscher Reihenfolge begründet ein Verfahrenshindernis.

²⁵ POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: *The History of the English Law*, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 509 Anm. 5.

²⁶ POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: *The History of the English Law*, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 509 Anm. 5. Die angeblich ebenfalls verwendete Bezeichnung *ille de vi* lässt sich für THORNES Ausgabe von BRACTON nicht nachweisen.

²⁷ BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 417f. Die ebenfalls als Beispiel der Tätigkeit des *ille de forcia* genannte Vergewaltigung nach der Defloration ist keine Vergewaltigung einer Jungfrau mehr, weshalb der zweite Vergewaltiger in dieser Klage nicht als Täter bezeichnet werden kann.

*Item A appellat talem quod cum ipse et C frater suus essent in tali loco etcetera ut supra, venit idem talis cum praedicto B appellato de facto scilicet et cum aliis nominandis, et tenuit ipsum C fratrem suum quamdiu idem B ipsum interfecit, vel vinxit eum, vel fuit in auxilio vel consilio qualicumque modo vel praecepto vel mandato quo magis ipse C fuit interfectus.*²⁸

A klagt gegen einen, der, wenn er selbst mit seinem Bruder C an einem solchen Ort zusammengewesen ist (und so weiter wie oben), zu dem selben Ort mit dem oben genannten B, der als Täter angeklagt ist, gekommen ist und mit anderen zu benennenden, und der C, seinen Bruder, festgehalten hat, bis B ihn selbst getötet hat; entweder hat er diesen gefesselt, oder er hat ihm auf welche Art auch immer geholfen oder ihn beraten oder hat einen Befehl erteilt oder einen Auftrag gegeben, wodurch C umso sicherer getötet worden ist.

Danach ist der Beteiligte *de forcia* nicht allein wegen der Anwendung körperlicher Gewalt zu bestrafen. Neben physischer Hilfe reicht auch der Ratschlag oder die Anstiftung des Täters durch Befehl oder Auftrag zu seiner Bestrafung aus.

cc) *Ille de praecepto*

Bei der Erörterung der Reihenfolge, nach der gegen die Beteiligten zu verhandeln ist, findet sich bei der gefährlichen Körperverletzung (*plagium factum contra pacem*), der Freiheitsberaubung und Geiselnahme/Erpressung (*imprisonamentum*) sowie dem Raub (*roberia*) noch die gesonderte Nennung des Beteiligten *de praecepto*.²⁹ Bei ihm handelt es sich nach der Bedeutung von *praecepto* um einen Anstifter, der nicht nur im Wege eines Befehls zu handeln braucht. Das Verständnis von *praecepto* als Partizip Perfekt Passiv von *praecipere* stützt eine im Verhältnis zum Befehl (*praeceptum*) weite Auffassung, so dass der *ille de praecepto* auf den Täter auch durch Vorschlag und Rat einwirkt. Ebenso wie der Täter und der Gehilfe muss der Anstifter zumindest beim Totschlag vorsätzlich gehandelt haben.

Welche Folge der Befehl des Herren an seinen Leibeigenen hat, ist nur in der Weise sicher, dass der Herr wegen dieser Tat bestraft wird. Ob er als Täter oder Teilnehmer angesehen wird, ist nicht klar: Eine Entschuldigung der Leibeigenen aufgrund eines Befehls ist den Quellen nicht zu entnehmen. Im Hinblick auf die mögliche, aber nicht automatisch erfolgende Bestrafung der Ehefrau, die am Dieb-

²⁸ BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 389.

²⁹ BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 407, 411, 412 resp.

stahl ihres Mannes auf dessen Befehl teilnimmt³⁰, mag die Bestrafung von den Umständen des Einzelfalls abhängig gewesen sein.

dd) Keine unmittelbare Verantwortlichkeit aufgrund der Stellung als Hausherr

Entgegen der Rechtslage im älteren römischen Recht folgte aus der Stellung als Hausherr keine Verantwortlichkeit für die Taten der zum Haushalt gehörenden Personen. Der Hausherr war aber verpflichtet, jedes Mitglied seines Haushalts dem Gericht zu übergeben, wenn es unter dem Verdacht stand, eine schwere Straftat begangen zu haben. Kam er dieser Verpflichtung nicht nach, hatte er eine Zahlung (*amicamentum*) zu leisten, die in Wirkung und Zwecksetzung mit einer Geldstrafe zu vergleichen ist.³¹

c) Kausalität des Tatbeitrags

Die in dem Satzteil *quo magis ipse C fuit interfectus* implizit vorausgesetzte Auswirkung der Hilfeleistung oder Anstiftung auf das konkrete Erscheinungsbild der Tat findet sich in den Klageformeln für die Anklage gegen einen Beteiligten nur an dieser Stelle. Doch kann als gesichert gelten, dass das Verhalten des angeklagten Täters eine Bedingung für den Tod eines anderen gewesen sein muss. So war es üblich, dass der Angeklagte, der sich dem gerichtlichen Zweikampf wegen der Tötung eines anderen stellte, seine gerechte Sache vor Gott und Reliquien beschwor:

*Hoc audis homo quem per manum teneo qui te facis appellari
A. per nomen baptisterii, quod ego patrem tuum vel fratrem vel
alium talem non occidi, nec plagam ei feci tali genere armorum
per quod remotior esse deberet a vita et morti propinquior, nec tu
hoc vidisti, sic me deus adiuvet et hæc sancta.*³²

Höre dies, den ich an der Hand halte, der du dich A nennst lässt durch deinen Taufnamen, weil ich deinen Vater oder Bruder oder einen anderen solchen nicht getötet habe, diesem weder eine Wunde durch Waffen von solcher Art zugefügt habe, durch die er vom Leben weiter entfernt und dem Tod näher sein müsste, noch du es gesehen hast, so helfe mir Gott und diese Reliquien.

Der Angeklagte schwor, dass sein Verhalten keine Ursache für den Tod des Opfers gewesen sei. Ohne sein Zutun sei der Tote näher am Tode und entfernter vom Leben

³⁰ BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 428.

³¹ POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: *The History of the English Law*, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 513, 530.

³² BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 399.

gewesen (...*per quod remotior esse deberet a vita et morti propinquior* ...). Das Verhalten des Angeklagten musste also eine Ursache für den Tod des Opfers gewesen sein.

Bereits in den *leges Henrici* war diese Formel bekannt³³ und eine Verbindung zwischen dem Verhalten des Täters und dem Erfolg in Form eines weit verstandenen Ursachenzusammenhangs Voraussetzung der Bestrafung.³⁴ Nach den dort genannten Beispielen ist eine Kausalität Voraussetzung der Strafbarkeit, die alle Bedingungen für den Erfolgseintritt als gleichwertig behandelt: Ein Beklagter ist für die Ermordung einer Person durch Feinde des Beklagten auch verantwortlich, wenn er diese Person zu einem Spaziergang eingeladen hat und der Mord gelegentlich des Spaziergangs geschieht. Die Einladung als solche ist Bedingung des Todes, deren Wirksamkeit nicht durch das willentliche Handeln von Dritten unterbrochen wird.

d) Subjektive Voraussetzungen der Strafbarkeit

aa) Meinungsstand

Das britische Schrifttum äußert sich skeptisch zu der Frage, ob es bereits im Hochmittelalter zu einer allgemeingültigen Einführung eines klar definierten subjektiven Elements als Voraussetzung der Strafbarkeit gekommen ist und ob die Darstellungen GLANVILLS und BRACONS die Rechtslage dieser Zeit wiedergeben.

POLLOCK und MAITLAND sehen in deren Ausführungen zu subjektiven Voraussetzungen mit wenigen Ausnahmen eher eine programmatische Rezeption römischen Gedankenguts als eine Wiedergabe des angewandten Rechts ihrer Zeit. Somit ist auch fraglich, ob für die Bestrafung des Teilnehmers neben den inkriminierten Verhaltensweisen ein subjektives Element vorausgesetzt wurde.³⁵

An anderer Stelle wird vertreten, dass die Bezeichnung der schweren Straftaten als *felonia* bereits ein subjektives Element impliziert. Eine *felonia* kann danach nur begangen werden, wenn der Erfolg absichtlich hervorgebracht worden ist.³⁶

bb) Zeugnisse in den Werken GLANVILLS und BRACONS sowie in den *leges Henrici*

Zwar finden sich in den Werken GLANVILLS und BRACONS sowie in den *leges Henrici* Hinweise auf die Bedeutung des Vorsatzes für die Strafbarkeit. So unterscheidet GLANVILL zwischen den aus dem privaten römischen Strafrecht bekannten Kategorien *dolus*, *culpa* und *casus*. Doch werden diese Begriffe nicht durchgängig übernommen. Auch die für das öffentliche römische Strafrecht allein geltende Unterscheidung zwischen absichtlich (*dolus*) und nicht-absichtlich (*casus*) herbeigeführten

³³ DOWNER, L.J. (HRSG.): *Leges Henrici Primi*, Oxford 1972, 90, 11 b.

³⁴ DOWNER, L.J. (HRSG.): *Leges Henrici Primi*, Oxford 1972, 88, 9 und 9a; 90, 11 c und d.

³⁵ POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: *The History of the English Law*, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 474ff., 479ff.

³⁶ BAKER, J.H.: *An Introduction to English Legal History*, 3. Aufl. London 1990, S. 597.

Erfolgen oder vorgenommenen Handlungen findet sich nur bei einzelnen Delikten, wie zum Beispiel dem Meineid³⁷ oder dem Totschlag, ohne dass dies bei Letzterem als Formulierung einer Voraussetzung der Strafbarkeit angesehen werden könnte.³⁸

Ausdrücklich genannt und unumstritten ist die Voraussetzung eines subjektiven Elements für die Brandstiftung (*combustio*). Hier wird zwischen der absichtlichen, der fahrlässigen und der zufälligen Inbrandsetzung eines Hauses unterschieden (... *incendia fortuita vel per negligentiam facta et non mala conscientia* ...). Allein die mit bösem Willen begangene Brandstiftung ist eine Straftat, die beiden anderen Erscheinungsformen der Brandstiftung sind lediglich im Wege einer Zivilklage, gerichtet auf Schadensersatz, zu verfolgen.

Ähnliches gilt für den Diebstahl. Hier hat BRACON offenbar Anleihen aus dem römischen Strafrecht entnommen und die Definition des Diebstahls nach Paulus der Rechtslage im Königreich angepasst. Er hat die Voraussetzung *lucri faciendi gratia* (wegen der Zueignungsabsicht)³⁹ durch die offenbar im englischen geltende und teilweise im römischen Recht genannte Voraussetzung *cum animo furandi* (mit Absicht zu stehlen) ersetzt.⁴⁰

Die unterschiedlichen Arten des Totschlags und die Behandlung der nicht absichtlichen Tötung weisen auf einen möglichen Brückenschlag zwischen beiden Ansichten hin. Derjenige, der einen anderen zufällig oder gar fahrlässig getötet hat, kann nicht vom Vorwurf des *homicidium* freigesprochen werden.

*Tenetur etiam aliquando de gratia concedere ei vitam, ut si per infortunium vel se defendendo hominem interfecerit.*⁴¹

Und manchmal ist er gehalten, sein Leben auf Gnade in die Hände eines anderen zu legen, so wenn er durch ein Unglück oder im Wege der Notwehr einen Menschen getötet hat.

Die zur Bestrafung notwendigen Voraussetzungen sind erfüllt. Doch verdient der Verurteilte nach BRACONs Ansicht königlichen Pardon. BRACON zufolge ist eine mit *dolus* oder *culpa* begangene Tat nicht durch ein Unglück geschehen.⁴² Dabei sind *dolus*

³⁷ DOWNER, L.J. (HRSG.): *Leges Henrici Primi*, Oxford 1972, 5, 28 b. Meineid ist aber keine schwere Straftat.

³⁸ BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 340.

³⁹ D 47.2.1.3 (Paulus 39 ad ed.).

⁴⁰ An einem Vorsatzelement für den Diebstahl zweifeln POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: *The History of the English Law*, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 499; bejahend KAYE, J.M.: *The Making of the English Criminal Law, The Beginnings – A General Survey to Criminal Law and Justice down to 1500*, in: [1977] *Crim.L.R.* 4ff., 12.

⁴¹ BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 378.

⁴² BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 341, 438.

und *culpa* nach den von BRACTON gegebenen Fällen mit den Kategorien des römischen Privatstrafrechts gleichzusetzen.⁴³ Dies weist darauf hin, dass jedenfalls zufällige Tötungen einem Pardon des Königs zugänglich sind. Der Fall eines Jungen, der ein Pferd erschreckt hat, so dass es scheut und der abgeworfene Reiter stirbt, wird wegen seiner Torheit (... *pro sua stultitia* ...) nur vor einem Gericht verhandelt, das bestenfalls eine Haftstrafe verhängen kann⁴⁴. Das zeigt, dass auch mangelnde Sorgfalt nicht die volle Strafe für die Tötung eines anderen nach sich ziehen muss. Darüber hinaus geben die Quellen aber keine Auskunft über den genauen Inhalt des *infortunium* bei anderen Delikten.⁴⁵

Trotz dieses möglichen Einflusses des subjektiven Elements auf die Bestrafung des Täters steht die Tatsache, dass der Täter ohne Vorsatz handelte, außerhalb der Würdigung seines Verhaltens als Delikt. Die Gewährung von Gnade ist ein Akt christlichen Erbarmens (*misericordia*):

*Item crimen homicidii, sive sit casuale sive voluntarium, licet eandem pœnam non contineant quia in uno casu rigor et in alio misericordia.*⁴⁶

So das Verbrechen des Totschlags, sei es zufällig oder vorsätzlich begangen, wengleich dieselbe Strafe nicht auf beide Fälle angewendet wird, weil in dem einen Fall Strenge und in dem anderen Erbarmen waltet.

Das subjektive Element spielt insoweit eine Rolle, als der König den Täter begnadien kann, wenn er ohne Vorsatz handelte.⁴⁷ Insoweit erscheint die oben erwähnte Skepsis gegenüber einer generellen Annahme eines subjektiven Elements angebracht. Das spätmittelalterliche Recht beruht teilweise noch auf dem Gedanken der Erfolgshaftung. Wer als kausal für einen Erfolg angesehen wird oder eine bestimmte, inkriminierte Handlung vorgenommen hat, wird eines Deliktes für schuldig befunden. Allerdings hat die Erkenntnis des kanonischen Rechts *reum non facit nisi mens rea* schon so weit Eingang in die weltliche Gerichtsbarkeit gefunden, dass die zufällige und nicht absichtliche Tötung die Begnadigung durch den König nach sich ziehen kann.⁴⁸

⁴³ BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 341.

⁴⁴ DOWNER, L.J. (HRSG.): *LEGES HENRICI PRIMI*, OXFORD 1972 90, 11 c; Munim. Gildh. i. 97, zit. nach POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: *The History of the English Law*, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 484.

⁴⁵ POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: *The History of the English Law*, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 484.

⁴⁶ BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 298.

⁴⁷ Ebenso werden die Notwehr und bestimmte Verfahrensfehler behandelt, BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 378.

⁴⁸ POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: *The History of the English Law*, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 477, 479ff.

cc) Geltung für den Teilnehmer

Diese Rechtslage mag entsprechend auch für den Teilnehmer gegolten haben. Es wurde gezeigt, dass auf materieller Ebene „Totschläger“ auch war, wer nach modernem englischen Recht nur eine Teilnahmehandlung verwirklicht hat. Die Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer erfolgt erst auf prozessualer Ebene.

Somit ist die Regel für die Behandlung eines fehlenden Vorsatzes auf alle im materiellen Sinne als Totschläger zu bezeichnenden Personen anzuwenden. Auch der Teilnehmer konnte in den Genuss königlichen Pardons gelangen. Für einen gegen ihn gerichteten Schuldspruch bedurfte es dann nicht des Nachweises seines Vorsatzes, doch konnte er straffrei ausgehen, wenn der König ihn wegen des fehlenden Vorsatzes begnadigte. Diese Auffassung wird durch BRACON bestätigt:

*Dicitur enim vulgariter quod satis occidit qui præcipit, vel qui malo animo tenet dum quis occiditur.*⁴⁹

Allgemein wird nämlich gesagt, dass der tötet, wer (zu töten) rät, oder der vorsätzlich einen anderen festhält, während dieser getötet wird.

Der Teilnehmer soll *malo animo* den Täter unterstützen. Er muss geglaubt haben, dass es dem Täter um die Tötung des anderen ging, braucht aber nicht mit dem Willen gehandelt zu haben, selbst zu töten⁵⁰.

Hinsichtlich der Möglichkeit einer Begnadigung bei anderen Delikten und den Gründen hierfür schweigen die Quellen. Aufgrund des Ergebnisses beim Totschlag ist es nicht spekulativ anzunehmen, dass der Vorsatz nur für die Bestrafung des Teilnehmers vorausgesetzt wurde, wenn auch die Bestrafung des Täters Vorsatz erforderte.

e) Der Grund für die Abgrenzung zwischen Täter, Gehilfen und Anstifter

Ein Blick auf die Rechtsfolgen für Täter und Teilnehmer zeigt, dass diese nicht die Ursache für eine Unterscheidung zwischen Tätern und Teilnehmern sein kann. Zum Anstifter und zum Gehilfen heißt es:

*Dicitur enim vulgariter quod satis occidit qui præcipit, vel qui malo animo tenet dum quis occiditur. Et ad paria iudicantur in utroque delicto quantum ad pœnam.*⁵¹

⁴⁹ BRACON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 401.

⁵⁰ BRACON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 342: *Item et ille qui nec occiderunt nec voluntatem occidendi habuerunt, ...*

⁵¹ BRACON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 401.

Allgemein wird nämlich gesagt, dass der tötet wer (zu töten) rät, oder der vorsätzlich einen anderen festhält, während dieser getötet wird. Und sie werden zu gleichem verurteilt, so weit es um die Strafe geht.

Sowohl der Täter als auch der Anstifter werden gleich bestraft,⁵² denn die zugefügte Verletzung, die Hilfe bei der Tatausführung und die Anstiftung zur Tat bilden ein Ganzes:

*... nec esset vulnus forte nisi adfuisset forcia, nec vulnus nec forcia nisi praeceptum praecessisset.*⁵³

Und es gäbe nicht zufällig eine Verletzung, wenn es nicht die Hilfe gegeben hätte, weder Wunde noch Hilfe, wenn nicht der Befehl vorangegangen wäre.

Alle, die dazu beitragen, müssen in gleicher Weise für den gemeinsamen Erfolg bestraft werden.

Entsprechend dieser Lage im materiellen Recht und der Rechtsfolgen ist eine Besonderheit des Prozessrechts die wahrscheinliche Ursache für die Differenzierung von Täter und Teilnehmer. Wird im Fall der schweren Straftaten (*feloniae*) die private Anklage vor dem königlichen Gericht gewählt (*appellum*), so ist der Zweikampf (*duellio*) ein Mittel der Wahrheitsfindung. Unterliegt der Angeklagte, so wird seine Schuld als erwiesen angesehen. Weiterer Beweise bedarf es nicht mehr.

Das englische Strafrecht dieser Zeit geht entsprechend seiner Orientierung an der Erfolgshaftung davon aus, dass der, der nur als Teilnehmer angeklagt ist, nur bestraft werden darf, wenn diese Tat tatsächlich von dem als Täter Angeklagten begangen worden ist. Eine Teilnahme am Versuch kennt das englische Recht dieser Zeit nicht:

*Et percusso duello si appellans victus fuerit, illi de forcia et praecepto per iudicium recedent quieti de appello, quia ubi factum nullum forcia nulla, nec praeceptum nocere debet cum iniuria nullum habet effectum.*⁵⁴

Wenn der Ankläger, der im Zweikampf verwundet worden ist, besiegt worden ist, scheiden die Gehilfen und die Anstifter ohne Kampf kraft Urteils aus der Anklage aus, weil es keine Beihilfe

⁵² So im Falle der Tötung (*homicidium*): BRACTON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 341f. Das Prinzip wurde bereits während des Assize of Clarendon (1166) anerkannt und stellt möglicherweise einen Rest der Vorstellung der Familie als Haftungsverband dar, HOLDSWORTH, SIR WILLIAM: A History of English Law, Band III, Neudruck der 5. Aufl. (1942) London 1966, S. 308, Anm. 7.

⁵³ BRACTON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 392.

⁵⁴ BRACTON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 392f.

gibt, wo es keine Tat gibt, und die Anstiftung nicht schaden kann, wenn die Injurie keine Wirkung gehabt hat.

Nur wenn der angeklagte Täter im Zweikampf unterliegt, kann das Verfahren gegen die Teilnehmer fortgesetzt werden.⁵⁵ Unterliegt der Kläger, so ist der als Täter Angeklagte sofort aus der Haft zu entlassen und bereits von örtlichen Gerichten verhängte Rechtsfolgen aufzuheben. In einem solchen Fall sind die als Teilnehmer angeklagten Personen ebenfalls zu entlassen: Sie können mangels Haupttat keine strafbare Teilnahmehandlung verwirklicht haben.⁵⁶ Auch stellt die falsche Abfolge der Anklageerhebung ein Hindernis für den Fortgang des Verfahrens dar: Wird zuerst der Teilnehmer angeklagt, so ist das Verfahren gegen Täter und Teilnehmer vor dem königlichen Gerichtshof einzustellen.⁵⁷

Diese Rechtslage ist durch die Art der Urteilsfindung begründet. Der Zweikampf ist Gottes Urteil. Für den damaligen Menschen stellt sich die Frage, wie eine Verurteilung aufgrund der Niederlage eines als Teilnehmer Angeklagten im Zweikampf erklärt werden sollte, wenn der als Täter Angeklagte in einem späteren Zweikampf siegt und somit der Vorwurf hinsichtlich einer teilnahmefähigen Haupttat entkräftet ist. Ein solches Ergebnis ist mit der Vorstellung von göttlicher Gerechtigkeit nicht in Einklang zu bringen.⁵⁸ Aus dem Wunsch, dieses Paradox zu vermeiden, folgt zum einen, dass zuerst gegen den Täter verhandelt und ein rechtskräftiges Urteil gefällt werden muss, zum anderen, dass dazu zwischen dem Täter und dem Teilnehmer unterschieden werden musste.⁵⁹

Das englische Recht der Teilnahme an einer schweren Straftat (*felonia*) ist durch eine strenge, sogar prozessuale Akzessorietät gekennzeichnet. Ohne eine Haupttat, derentwegen der Täter verurteilt worden ist, kann gegen eine als Beteiligten angeklagte Person nicht vorgegangen werden. In dieser Regel liegt der Grund für die weitere Entwicklung des Rechts der Teilnahme, die vor allem auf eine Lockerung der Akzessorietät abzielt.

f) Besonderheiten beim Diebstahl (*latrocinium*)

Aufmerksamkeit soll auch der Rechtslage beim Diebstahl gewidmet werden, die sich nach der jeweiligen Erscheinungsform dieses Delikts richtete. Die englischen Juristen des Hoch- und des Spätmittelalters unterschieden zwischen *furtum manifestum*

⁵⁵ BRACTON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 401.

⁵⁶ BRACTON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 400, 407.

⁵⁷ BRACTON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 397.

⁵⁸ POLLOCK; MAITLAND, Bd. II 508, Bd. I 302-311.

⁵⁹ POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: The History of the English Law, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 509.

und *furtum non-manifestum*.⁶⁰ Allein die handhafte Tat ist *furtum manifestum*. Wurde der Dieb gestellt, als er gerade Hand an das fremde Eigentum legte oder mit seiner Beute seinen Zufluchtsort aufsuchte (*hondhabbende et bacberende*),⁶¹ so konnte er ohne Aufhebens getötet werden oder von einem Felsen ins Meer gestürzt werden.

Beachtung verdient zum einen der Tatbestand *furtum non-manifestum*, der nach römischem wie auch nach englischem Recht eine nahezu endlose Weite hat und somit auch Handlungen erfasst, die nach heutiger englischer Anschauung als Beteiligung angesehen werden:

*Non manifestum est ubi aliquis suspectus est de latrocinio per famam patriæ, per indictamentum et rectum, et ubi graves præsumptiones faciunt contra ipsum. Sed si seisitus non inveniatur de aliquo latrocinio, non habet quis potestatem inquirendi nec procedendi contra ipsum ad inquisitiones, nisi ipse dominus rex in curia sua.*⁶²

Ein nicht handhafter Diebstahl liegt vor, wenn irgendeiner des Diebstahls verdächtig ist aufgrund seines Rufes in der Gegend, aufgrund einer förmlichen Anklage oder einer Anzeige und wenn sie schwere Vermutungen gegen denselben machen. Aber wenn er nicht im Besitz von Diebesgut aus einem anderen Diebstahl angetroffen wird, hat keiner die Macht, ihn zur Einleitung des gerichtlichen Verfahrens zu befragen und gegen ihn zu verhandeln, wenn nicht der König, der Herr selbst in seinem Gericht.

Dieser Tatbestand ist weiter als der römische Tatbestand des *furtum nec manifestum*. Geschah ein Diebstahl und hielt sich ein übel Beleumundeter in der Gegend auf, so konnte der Bestohlene seine Anklage gegen den Verdächtigen richten, ohne dass bei ihm Diebesgut gefunden worden sein musste. Die Weite dieses Tatbestandes macht eine Verurteilung wegen Teilnahmehandlungen und Begünstigungen als *fur non manifestum* möglich. Zugleich wird deutlich, dass trotz ähnlicher Benennung das englische Recht Inhalte des römischen Strafrechts hinsichtlich dieser Klage nicht übernommen hat.⁶³

⁶⁰ Daneben wird zwischen schwerem (*grand larcency*) und leichtem Diebstahl (*petty larcency*). Der Wert des Stehlguts war für die Einordnung als schwerem (Wert der Sache \geq 12 Pence) oder leichtem (Wert der Sache $<$ 12 Pence) Diebstahl maßgeblich; nur der schwere Diebstahl wurde als schwere Straftat (*felonia*) angesehen, BAKER, J.H.: An Introduction to English Legal History, 3. Aufl. London 1990, S. 606; POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: The History of the English Law, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 496.

⁶¹ BRACTON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 425.

⁶² BRACTON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 425.

⁶³ Vgl. zu den Voraussetzungen und zu der Strafe des *furtum manifestum* und des *furtum nec manifestum*, 1. Teil, 1. Kapitel III. 1. – 3; 2. Kapitel III. 9. Zudem waren die Strafen stets verschieden: Wurde der englische Dieb immer mit dem Tode bedroht, galt dies in Zwölftefelzeit sicher nur für den diebischen Sklaven, der auf frischer Tat gestellt worden war. Gaius

Zum anderen ist noch auf einen eher dem römischen Recht entsprechenden Fall einzugehen, in dem Diebesgut bei einer Person oder in dessen Gewahrsam (*potestas*) gefunden wird, ohne dass der Diebstahl wegen einer großen räumlichen oder zeitlichen Entfernung noch als handhaft angesehen werden kann:

*Si vero furtum in manu vel sub potestate alicuius inveniatur, tunc ille in cuius domo vel potestate res furtiva inventa fuerit, tenebitur, nisi warrantum invenerit qui eum inde defendere possit.*⁶⁴

Wenn Diebesgut in irgendjemandes Besitz oder Gewahrsam gefunden wird, dann haftet jener, in dessen Haus oder Gewahrsam die gestohlene Sache gefunden worden ist, wenn sich nicht ein Bürge findet, der diesen dagegen verteidigen kann.

Der Besitzer des Diebesguts ist ein Dieb, gleich, wie er die gestohlene Sache erlangt hat. Auch hier kann der Besitzer tatsächlich der Dieb, ein Beteiligter oder jemand sein, der den Dieb begünstigen oder dessen Strafe vereiteln möchte. Für seine Bestrafung macht das keinen Unterschied.

Zudem ergibt sich beim Diebstahl die Besonderheit, dass die Ehefrau in der Regel nicht zu bestrafen ist, wenn sie auf den Befehl ihres Ehemannes gehandelt, diesem bei der Tat geholfen oder ihn beraten hat. Wie der Sklave im römischen Strafrecht muss aber auch sie bei anderen schweren Straftaten wie dem Totschlag dem befehlenden Ehemann Widerstand leisten und wird nicht freigesprochen, wenn sie auf dessen Befehl an einer Tat teilgenommen hat.⁶⁵

3. *Transgressiones*

Anders ist die Rechtslage bei Delikten, die keine schweren Straftaten (*felonia*) darstellen (*transgressio*). Sie können dadurch charakterisiert werden, dass sie wie die schweren Straftaten grundsätzlich eine Tathandlung aufweisen, die körperliche Kraftentfaltung voraussetzt.⁶⁶ Allerdings bestehen Unterschiede hinsichtlich des Prozesses und der Strafe. Die leichten Straftaten (*transgressiones*) können zu Zeiten BRACTONS im Wege eines Zivil- oder eines Strafverfahrens, aber nicht durch

kennt nur die Geldstrafen, je das Vierfache bzw. das Doppelte des Werts des Stehlguts als Strafe für den *furtum manifestum* respektive *furtum nec manifestum*, Inst. 4.1.5.

⁶⁴ BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 428.

⁶⁵ BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 428.

⁶⁶ Allerdings gehört beispielsweise die Verbalinjurie, die das englische Recht auch als durch die Beleidigung einer zum Hausstand eines freien Mannes gehörenden Person gemittelte Injurie kennt, ebenfalls zu den *transgressiones*, BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 326, 438.

ein *appellum* verfolgt werden. Sie werden nicht mit dem Tode oder mit Verstümmelung, sondern mit Geldstrafen und Haft geahndet.⁶⁷

Nach der oben gegebenen Begründung für die Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer bedarf es hinsichtlich der hier geltenden Behandlung von Täter und Teilnehmer nur noch des Hinweises, dass diese leichteren Straftaten zunächst nicht im Wege des *appellum* vor dem königlichen Gericht verhandelt wurden. Der Zweikampf war somit kein Mittel der Wahrheitsfindung. Eine Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer war entbehrlich und wurde auch nicht vorgenommen. Jeder, der in einer der bei den schweren Straftaten (*feloniae*) beschriebenen Weise zur Verwirklichung eines Delikts beiträgt, wird für die Beteiligung an einer leichteren Straftat, gleich, in welcher Art er sich an ihr beteiligt hat, in gleicher Weise bestraft. Die ebenfalls zulässige und allmählich dominierende zivilrechtliche Verfolgung der leichteren Straftaten (*transgressiones*) nimmt den Gedanken gleicher Strafe für alle Beteiligten auf. Ob siegte der Kläger, so wurden alle Beteiligten verurteilt, jeweils die ganze Strafsumme zu zahlen. Deren Höhe wurde noch unter Edward I. auf das zwei- bis dreifache des Werts des Schadens festgesetzt.⁶⁸

Gleichwohl ist die Betrachtung der leichteren Straftaten (*transgressiones*) nicht ohne Gewinn im Hinblick auf Erkenntnisse über Ähnlichkeiten zum römischen Recht und die Grundlagen der weiteren Entwicklung. Insbesondere die Billigung der Eviktion (*disseisina*) wird wie nach dem römischen *interdictum unde vi* als nachträgliche Begründung der Täterschaft angesehen. Rauben die Diener eines Herren den Besitz eines Dritten und billigt der Herr diese Vorgehensweise oder weigert er sich, die Sache herauszugeben, so ist er selbst wegen der Beraubung zu bestrafen.⁶⁹ In diesem Zusammenhang unterscheidet BRACON zwischen *principales primi* und *principales secundarii* und anderen Teilnehmern. Die *principales secundarii* sind die Teilnehmer, die Ausführung der Tat durch Hilfe und Ratschlag unterstützen.⁷⁰

Obgleich die Billigung einer Tat den Herren selbst zum Täter werden lässt, ist die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung BRACON noch unbekannt. Die Formel *respondeat superior*, die nach heutigem Verständnis eine absolute Geschäftsherrenhaftung bezeichnet, erscheint erstmals im Statute of Westminster.⁷¹ Nach den dort genannten Fällen handelt es sich um eine Ausfallhaftung des Geschäftsherren.

⁶⁷ BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 511ff.

⁶⁸ POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: *The History of the English Law*, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 522ff.

⁶⁹ BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Bd. III Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 119.

⁷⁰ BRACON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus angliae*, Bd. III Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 119.

⁷¹ Statute of Westminster II. c. 2, 11, 43.

Kann der Gehilfe die gegen ihn festgesetzte Strafe nachweislich nicht bezahlen, so steht der Geschäftsherr für die Verbindlichkeit ein.⁷²

4. Hilfeleisten nach der Tat

Schließlich ist noch auf die Rechtslage bei der Begünstigung oder Strafvereitelung hinzuweisen. Ein Begünstiger oder Strafvereiteler (*cuthutlaghe*) ist, wer von der Vogelfreiheit der Person weiß, die er bei sich aufnimmt oder in sonstiger Weise dabei unterstützt, der Strafverfolgung zu entgehen.⁷³ Die Rechtslage entspricht nach BRACTON der des römischen Rechts: Unter Hinweis auf die bereits bekannte Kodexstelle CJ 9.39.1⁷⁴ soll der Begünstiger grundsätzlich der gleichen Strafe wie der von ihm begünstigte Täter unterliegen. Wer seiner Auslieferungspflicht eines Diebes nicht nachkommt, soll mit einer körperlichen Strafe und dem Verfall seines gesamten Vermögens bestraft werden.⁷⁵ Beherbergt eine Person einen Gesetzlosen, ohne von dessen Gesetzlosigkeit zu wissen, so soll er aber nicht bestraft werden.⁷⁶ Diese Verhaltensweisen werden wie im römischen Recht nicht als Teilnahme an der Tat der Täters angesehen, sondern sind eigenständige Delikte. In diesem Stadium der Rechtsentwicklung kennt das englische Recht demzufolge keine *accessories after the fact*, wie Begünstiger und Strafvereiteler später bezeichnet werden.

5. Zusammenfassung

BRACTON unterscheidet zumindest im Hinblick auf die Besonderheiten des Prozessrechts bei den schweren Straftaten zwischen Tätern und Teilnehmern. Der Täter wird als *ille de facto* bezeichnet und verwirklicht den Tatbestand in eigener Person. Bei den Teilnehmern wird je nach Delikt zwischen dem *ille de forcia* und *ille de praecepto* unterschieden. Der *ille de forcia* leistet entweder physische oder psychische Beihilfe. Er ist am Tatort anwesend. Der *ille de praecepto* hingegen stiftet zur Tat an oder berät den Täter im Hinblick auf die Tatausführung. Seine Anwesenheit am Tatort scheint nicht erforderlich gewesen zu sein. Die Anwesenheit ist für BRACTON noch kein durchgängig verwendetes Unterscheidungskriterium zwischen den Arten von Teilnehmern.

Bei dem als schwerstes Verbrechen überhaupt angesehenen Hochverrat (*crimen laesae maiestatis*) entfällt die Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer ebenso wie

⁷² POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: The History of the English Law, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 533 m.w.N.

⁷³ BRACTON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 362.

⁷⁴ S. 1. Teil, 2. Kapitel, III. 16. b).

⁷⁵ Das römische Recht unterscheidet hier nach dem Stand der Person. Der Arme erleidet die körperliche Strafe, der Reiche eine Geldstrafe, vgl. C 9.39.1.1.

⁷⁶ BRACTON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Ausgabe von 1968, Cambridge (Mass.), S. 362.

bei den leichteren Straftaten (*transgressiones*). Die Unterscheidung zwischen *principalis primus* und *principalis secundarius*, die die kommende Abgrenzung des *principal in the first degree* vom *principal in the second degree* andeutet und bereits in die dritte Entwicklungsstufe des Rechts der Teilnahme weist, hat noch keine erkennbare praktische Bedeutung. Sie betrifft eine *transgressio* und kann nicht über die aufgezeigten prozessualen Schwierigkeiten bei der Behandlung der Teilnehmer an einer schweren Straftat (*felonia*) hinsichtlich der Reihenfolgen der Anklage und des für die Teilnehmer entstehenden Automatismus beim Freispruch des als Täter Angeklagten hinweghelfen. Sie ist in dieser Zeit somit ohne erkennbare praktische Bedeutung.

Eine Hilfeleistung nach der Tat, eine Begünstigung oder Strafvereitelung wird grundsätzlich als eigenständiges Delikt angesehen. Anders ist dies beim Hochverrat. Derjenige, der die Tat billigt, ist ebenfalls als Verräter zu bestrafen. Gleiches gilt für die Eviktion durch Diener, die vom Herren gebilligt wird. Durch die Billigung wird der Herr selbst zum Täter.

Auf dieser Entwicklungsstufe des common law zeigt sich, dass das Prozessrecht Schrittmacher und Wegweiser für die Entwicklung des materiellen Rechts gewesen ist. Vor allem prozessuale Bedürfnisse machten eine Trennung von Täter und Teilnehmer erforderlich. BRACON hat insbesondere AZOS Werke studiert⁷⁷, doch vollzieht er die Trennung von Täter und Beteiligten *ope consilio* nicht für Straftaten, deren Verfahren eine solche Unterscheidung nicht erfordert.

II. Die weitere Entwicklung des Rechts der Teilnahme

Nachdem diese Grundlagen des englischen Rechts der Teilnahme gelegt sind, kann die zweite Phase der Entwicklung des englischen Rechts der Teilnahme schnell nachvollzogen und ihre maßgeblichen Prinzipien herausgearbeitet werden.

1. Konsolidierung

In der Zeit nach BRACON bleibt es zunächst bei der von ihm referierten Rechtslage, mit der Ausnahme, dass zwischen dem *accessory at the fact* und dem *accessory before the fact* unterschieden wird. Der *accessory at the fact* ist der am Tatort anwesende Teilnehmer; typischerweise handelt es sich hier um den anwesenden Gehilfen. Der Begriff der Anwesenheit ist wohl von Anfang weit verstanden worden.⁷⁸ Der

⁷⁷ Vgl. nur die Behandlung von Begünstigung und Strafvereitelung. Zudem KAYE, J.M.: *The Making of the English Criminal Law, The Beginnings – A General Survey to Criminal Law and Justice down to 1500*, in: [1977] *Crim.L.R.* 4ff., 12; POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: *The History of the English Law*, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S.477.

⁷⁸ HALE, SIR MATTHEW: *Pleas of the Crown – A Methodical Summary*, London 1678, Neudruck 1972, S. 51: “All are to be said to be present that are in the same House, though in another Room, or in the same Park, though half a mile distant, and out of view; therefore if they came to commit a Felony, such persons aiding or abetting shall be said present”

accessory before the fact unterscheidet sich vom *accessory at the fact* schlicht durch seine Abwesenheit vom Tatort. Er kann die gleichen Handlungen vornehmen wie der *accessory at the fact*. Wann genau es zur Einführung dieser Kategorien gekommen ist, war bereits unter COKE, FOSTER und PLOWDEN umstritten.⁷⁹ Die Angaben schwanken um mehr als hundert Jahre und setzen das Statute of Westminster (1275)⁸⁰ oder unter Rückgriff auf eine in der Regierungszeit Edward III. (1327-1377) ergangene Entscheidung das beginnende 15. Jahrhundert als maßgeblichen Zeitpunkt fest.⁸¹ Zu dieser Zeit soll der *accessory at the fact* bereits als *principal* angesehen worden sein.⁸² Sicher zu belegen ist die Gleichsetzung von *accessory at the fact* und *principal in the second degree* aber erst sehr viel später, wenngleich sie bereits zu BRACTONS Zeit begrifflich vorbereitet ist. Ebenso unsicher ist der Grund für diese Differenzierung.⁸³ An derselben Strafe für Täter und Teilnehmer, gleich ob die Teilnahmehandlung vor oder während der Tatausführung geschah, hat sich nichts geändert. Auch die Verteidigungseinreden sind für den Täter wie den Teilnehmer die gleichen. BLACKSTONE vermutet als Grund einen ersten Ansatz von prozessualer Fairness, die es gebietet, dem Angeklagten die Art der gegen ihn gerichteten Beschuldigung sowie die sich daraus ergebende Verteidigung aufzuzeigen.⁸⁴

2. Die Überwindung der eingeschränkten Verfolgbarkeit der Teilnehmer

a) Rechtszustand bis 1553

Bis zum Jahre 1553 lässt sich keine maßgebliche Änderung des Rechts der Teilnahme anhand der Entscheidungen nachweisen. Als Hochverräter wurde weiterhin angeklagt, verurteilt und hingerichtet, wer ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitet oder durchgeführt hatte, wer zu diesen Handlungen angestiftet oder dabei geholfen hatte und wer einen so Beteiligten nach der Tat bei sich aufgenommen oder die Tat gutgeheißen hatte.⁸⁵ Bei den leichteren Straftaten (nun *misdemeanours* genannt) blieb es ebenfalls bei der alten Rechtslage. Alle Beteiligten wurden gleich bestraft und zur Kennzeichnung ihres Verhaltens wurden die Begrif-

⁷⁹ SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 22 Anm. 16.

⁸⁰ COKE, EDWARD: Institutes of the lawes of England, Bd. I, London 1669, S. 182; Dagegen FOSTER, M.: Crown Law 1762, Neudruck Abingdon 1982, S. 348, der in diesem Gesetz allein programmatische Aussagen sieht und das Recht noch nicht für so entwickelt hält.

⁸¹ PLOWDEN Comm. i. 97a, ebenso HALE, SIR MATTHEW: Historia Placitorum Coronae, Bd. 1, 1736, Neudruck London 1971, S. 437ff.

⁸² COKE, EDWARD: Institutes of the lawes of England, Bd. I, London 1669, S. 182.

⁸³ HOLDSWORTH, SIR WILLIAM: A History of English Law, Bd. 3, Neudruck der 5. Aufl. London 1942, S. 309 setzt diese Unterscheidung offenbar mit der Einordnung der accessories at the fact als principals gleich.

⁸⁴ BLACKSTONE, WILLIAM: Commentaries on the Laws of England, Bd. IV., Oxford 1767, Neudruck 1966, S. 39f.

⁸⁵ STEPHEN, SIR JAMES FITZJAMES: A History of the Criminal Law of England, Bd. 2, London 1883, S. 233f.

fe herangezogen, die auch im Zusammenhang mit der Beteiligung an einer schweren Straftat verwendet wurden.⁸⁶

b) Die Entscheidung in der Sache *Griffith* (1553) Plowd. 97

Die Schwierigkeiten einer Verurteilung des Teilnehmers an einer schweren Straftat, die ihrerseits nicht nur die Tat eines Täters, sondern auch dessen Ächtung oder den Vollzug des Urteils voraussetzte, wurden zunehmend als für die Durchsetzung der Gerechtigkeit hinderlicher Anachronismus angesehen. Der wesentliche Grund für die prozessuale Akzessorietät der Teilnahme war nicht mehr wirksam, seit das *appellum* und mit ihm der Zweikampf als Beweismittel ungebräuchlich geworden war. Machtanspruch und Herrschaftskalkül des neuzeitlichen Herrschers ließen es zu, zur Durchsetzung öffentlicher Ordnung die bislang bestehenden Grenzen zu überschreiten und eine bestimmte Gruppe von Teilnehmern zu verurteilen, auch wenn der Täter selbst noch nicht verurteilt worden war. Die bestehenden Bedenken gegen eine mögliche Verurteilung eines Unschuldigen Teilnehmers wurde in der Entscheidung *Griffith*⁸⁷ überwunden:

*Notwithstanding there is but one wound given by one only, yet it shall be adjudged in law the Wound of every one, that is, it shall be looked upon as given by him who gave it, by himself and given by the rest by him as their Minister and Instrument. And it is as much the Deed of the others as if they had all jointly holden with their hands the Club or other Instrument with which the Wound was given as if they had all together struck the Person that was killed. So that it cannot well be termed that they who have the wound, are Principals in Deed, and others are Principals in Law, but they are all Principals in Deed, and in one and the same Degree.*⁸⁸

Die Regel des common law, den Teilnehmer nicht vor dem Täter verurteilen zu können, die eine mittelbare Wirkung auch aller Verteidigungseinreden des Täters zugunsten des Teilnehmers zur Folge hatte, wurde zumindest terminologisch umgangen, indem die am Tatort anwesenden Beteiligten alle als *principal* bezeichnet wurden. Die vorgeschriebene Reihenfolge der Verhandlung konnte nun ohne die Verletzung dieser Regel eingehalten werden, ohne dass auf die Bestrafung zumindest der am Tatort anwesenden Teilnehmer verzichtet zu werden brauchte.

Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist es aus Sicht der englischen Juristen dieser Zeit wahrscheinlicher gewesen, dass der anwesende Teilnehmer einen kausalen Beitrag zum Taterfolg geleistet hat als der Abwesende. Seine Schuld am Taterfolg wurde als größer erachtet als die der abwesenden *accessories before the fact* und der

⁸⁶ SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 21.

⁸⁷ (1553) Plowd. 97, 75 E.R. 152.

⁸⁸ *Griffith* (1553) Plowd. 98.

accessories after the fact, so dass zumindest seine Verurteilung mit der neuen Regel sichergestellt werden sollte.⁸⁹ Die Regel fand schnell Eingang in die Werke der Kommentatoren und blieb lange Zeit bestimmend für das Recht der Teilnahme:

*Nullus dicitur felo principalis, nisi actor, aut qui praesens est abettans, aut auxilians actorem ad feloniam faciendam.*⁹⁰

Keiner wird als Täter des Verbrechens bezeichnet, wenn er nicht selbst handelt oder anwesend ist und zur Tat ermuntert oder den Täter bei der Begehung des Verbrechens unterstützt.

Schließlich wurde das Konzept der Anwesenheit bereits in der Entscheidung *Griffith* sehr weit gefasst. Die Anerkennung der Anwesenheit als Rechtsbegriff eröffnete der Rechtsprechung hier einen großen Entwicklungsspielraum.⁹¹

3. Entwicklungen seit dem 17. Jahrhundert

Zu den *accessories* wurde seit dem 14. Jahrhundert auch der Strafvereitler oder Begünstiger gezählt. Diese Kategorisierung hatte im 14. Jahrhundert eingesetzt.⁹² Als *accessory after the fact* wurde bestraft, wer einem anderen rechtswidrig geholfen hatte, der Strafverfolgung zu entgehen.⁹³ Für diese Teilnehmer wie auch die *accessories before the fact* blieb die Rechtslage hinsichtlich der prozessualen Akzessorietät zunächst unverändert.

a) Einschränkung der prozessualen Akzessorietät

Die sich automatisch aus einem Freispruch oder einer Begnadigung des Täters für den Angeklagten, nicht anwesenden Teilnehmer ergebende Strafflosigkeit wurde erst spät zum Reformobjekt gesetzgeberischer Bemühungen. Man folgte hier nicht dem bewährten Modell, Teilnehmer zu Tätern zu erklären. 1702 wurde die Wirkung der prozessualen Akzessorietät in der Weise eingeschränkt, dass ausnahmsweise nicht das Verfahren gegen den als Täter Angeklagten abgeschlossen sein musste, bevor gegen den bei der Tat nicht anwesenden Teilnehmer verhandelt werden konnte, wenn

⁸⁹ SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 25.

⁹⁰ COKE, EDWARD: Institutes of the lawes of England, Bd. III, London 1669, S. 137; ebenso HALE, SIR MATTHEW [Eryn, Sollom(Hrsg.)]: Historia placitorum Coronae, Bd. I, London 1736, S. 615.: By what has formerly delivered principals are in two kinds, principals in the first degree, which actually commit the offense, principals in the second degree, which are present, aiding and abetting of the fact to be done.

⁹¹ *Griffith* (1553) 1 Plowd. 97.

⁹² POLLOCK, SIR FREDERICK; MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: The History of the English Law, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952, S. 510.

⁹³ HOLDSWORTH, SIR WILLIAM: A History of English Law, Bd. 3, Neudruck der 5. Aufl. London 1942, S. 309.

gegen beide im gleichen Verfahren verhandelt wurde.⁹⁴ Gleichwohl wurde eine unterschiedliche Bestrafung von Täter und Teilnehmer prinzipiell abgelehnt:

*Accessories sequitur naturam sul principalis.*⁹⁵

Der Teilnehmer folgt seinem Wesen nach dem Täter.

Eine so weitgehende Lösung der Akzessorietät, dass der Teilnehmer anders bestraft werden konnte als der Teilnehmer, war zu diesem Zeitpunkt nicht erreicht.

Seit dem Jahr 1826 galt, dass der *accessory before the fact* unabhängig vom Täter angeklagt werden konnte.⁹⁶ Das Gesetz hatte jedoch nicht die weitreichende Bedeutung, auf die sein Wortlaut schließen lassen durfte, da es nicht die prozessuale Akzessorietät über den bestehenden Rechtszustand hinaus lockern sollte. Der Wortlaut des Gesetzes war dem Gesetzgeber schlicht zu weit geraten.⁹⁷ Eine völlige Aufhebung der prozessualen Akzessorietät der Teilnahmehandlung des *accessory before the fact* erfolgte erst 1848.⁹⁸ Gleiches galt ab 1847 für den *accessory after the fact*.⁹⁹

b) Die Beseitigung der Einrede des *benefit of clergy*

In materieller Hinsicht wurde die Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer in dieser Phase der Rechtsentwicklung bedeutsam. Hinsichtlich der unterschiedlichen Verfügbarkeit der Einrede des *benefit of clergy* bestanden Unterschiede zwischen den Beteiligten.

Die Einrede des *benefit of clergy* konnte zunächst nur von Ordensleuten erhoben werden und führte dazu, dass der einer Straftat Angeklagte der Gerichtsbarkeit der Kirche überstellt werden musste. Ein differenziertes Sanktionensystem, bessere Haftbedingungen mit günstigeren Aussichten auf eine Flucht sowie die Buße vor Gott als gegenüber der Todes- oder den Körperstrafen mildere Sanktion stellten klare Vorteile gegenüber der weltlichen Gerichtsbarkeit dar,¹⁰⁰ wengleich der *benefit of clergy* bei bestimmten Straftaten nicht angewendet werden konnte.¹⁰¹ Erhob jedoch der Täter die Einrede erfolgreich, so kam dies auch dem Teilnehmer an seiner Tat zugute. Zwar wurde nach der späteren Praxis der Strafausschließungsgrund erst nach der Verurteilung durch die weltliche Gerichtsbarkeit geltend gemacht,¹⁰² doch kam es nicht zur Vollstreckung des Urteils. Somit fehlte es an einer Voraussetzung für die

⁹⁴ Anne, st. 2, c. 9.

⁹⁵ COKE, EDWARD: Institutes of the lawes of England, Bd. III, London 1669, S. 64.

⁹⁶ 7 George iv. c. 64 § 9, 11.

⁹⁷ STEPHEN, SIR JAMES FITZJAMES: A History of the Criminal Law of England, Bd. 2, London 1883, S. 236.

⁹⁸ 11 & 12 Vic. C. 46, s. 1.

⁹⁹ 7, 8 George iv. c. 28 § 8 oder 11 & 12 Vic. c. 46, s. 2.

¹⁰⁰ BAKER, J.H.: An Introduction to English Legal History, 3. Aufl. London 1990, S. 586.

¹⁰¹ Zum Beispiel Hochverrat, zeitweise Mord und Diebstahl.

¹⁰² BAKER, J.H.: An Introduction to English Legal History, 3. Aufl. London 1990, S. 586.

Verurteilung des Teilnehmers. Mit der Zeit wurde *benefit of the clergy* das Mittel der Rechtsprechung zur Abwendung der bei schweren Straftaten obligatorischen Todesstrafe. Die Voraussetzungen dieses Strafausschließungsgrunds wurden als gegeben angesehen, wenn der Angeklagte in der Lage war, eine Bibelstelle zu lesen.

Bis zum Ende des 16. Jahrhunderts konnten Täter wie Teilnehmer diese Einrede gleichermaßen erheben.¹⁰³ Danach wurde ihre Anwendbarkeit durch Gesetze mehr und mehr zurückgedrängt, wenngleich seitens der Rechtsprechung diese Gesetze möglichst eng ausgelegt wurden. Ziel war eine möglichst weitgehende Erhaltung dieses Strafausschließungsgrundes.¹⁰⁴ Die Einschränkung erfolgte jedoch für *principals* und *accessories* nicht in gleichem Maße. *Accessories* konnten diese Verteidigungseinrede erheben, nachdem sie für die *principals* bereits abgeschafft war. Besonders günstig war die Stellung der *accessories after the fact*. Sie konnten sich am längsten und umfassendsten auf ihren Status als Kirchenangehöriger berufen.¹⁰⁵ 1827 wurde der *benefit of clergy* abgeschafft.¹⁰⁶

III. Ausblick auf die seit 1967 geltende Rechtslage

Die seit 1967 geltende Gesetzeslage, die nach der Unterscheidung von schweren und leichten Straftaten (*felonies* bzw. *misdemeanours*) abgeschafft ist, repräsentiert die dritte Entwicklungsstufe. Die Abschaffung der Unterscheidung führte dazu, dass nun alle Straftaten hinsichtlich der Teilnahme denselben Regeln unterliegen. Dabei ist zu beachten, dass s. 1(1) Criminal Law Act 1967 (ebenso wie s. 8 Aiders Abettors Act 1861) nicht an der bestehenden materiell rechtlichen Situation rühren sollte. S. 1 diente der Verfahrensvereinfachung. Die älteren Präzedenzfälle haben somit zumindest im Hinblick auf diese Gesetze nichts von ihrer Bedeutung verloren.

IV. Zusammenfassung des 2. Kapitels

Das heutige Recht der Teilnahme und die Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer haben Wurzeln, die bis in das Hochmittelalter zurückgehen. Ausgangspunkt der in dieser Zeit beginnenden Unterscheidung zwischen den Beteiligungsformen ist das Prozessrecht. Wird zunächst jeder an der Tat Beteiligte so angesehen, als verwirklichte er den Tatbestand, so findet eine Unterscheidung zwischen dem, der die Tat eigenhändig verwirklicht (*ille de facto*), und dem, der tätige Hilfe leistet (*ille de forcia*) oder zu der Tat anstiftet (*ille de praecepto*), vor dem Hintergrund des Zweikampfes als möglichen Mittels der Wahrheitsfindung statt. Der Täter muss, weil die Strafbarkeit des Teilnehmers vom Vorliegen der Haupttat abhängt, für schuldig befunden und gerichtet sein,

¹⁰³ SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 24.

¹⁰⁴ FOSTER, M.: Crown Law, London 1762, (Neudruck 1982), S. 355.

¹⁰⁵ BLACKSTONE, WILLIAM: Commentaries on the Laws of England, Bd. IV., Oxford 1767, Neudruck 1966, S. 39f.

¹⁰⁶ 7, 8 George IV, c. 28, s. 6.

bevor gegen den Teilnehmer vorgegangen werden kann. Kämpfte der Teilnehmer vor dem Täter und unterläge er im Gegensatz zu dem nach ihm kämpfenden Täter, so stellte sich ein im Hinblick auf die Qualität des Zweikampfes als Gottesurteil unwillkommener Widerspruch ein, den es durch die Einhaltung der Reihenfolge der Verfahren zu vermeiden gilt. Daraus ergab sich die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen den verschiedenen Beteiligten und die prozessuale Akzessorietät der Teilnahme.

Im Folgenden zielte die Rechtsentwicklung auf die Auflösung der prozessualen Akzessorietät ab, deren teilweise Überwindung mit der Entscheidung *Griffith* auf die Mitte des 16. Jahrhunderts datiert werden kann. Alle am Tatort Anwesenden wurden nunmehr als *principals* bezeichnet, so dass allein die *accessories before the fact* und die *accessories before the fact* erst nach der Verurteilung des Täters zur Verantwortung gezogen werden konnten. Dieses Privileg wurde stufenweise zu Beginn des 18. Jahrhunderts, um schließlich zur Mitte des 19. Jahrhunderts abgeschafft zu werden.

Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Gruppen von *principals* und *accessories* wurde während dieser Entwicklung einerseits aufrechterhalten, um die Einrede des *benefit of clergy* so weit wie möglich zu erhalten, andererseits, um dem aufkommenden Gedanken des *fair trial* dadurch Geltung zu verschaffen, dass der Angeklagte wusste, gegen welche Anschuldigung er sich zur Wehr zu setzen hatte.

Das Recht hinsichtlich der weniger schweren Straftaten wie des Hochverrats veränderte sich im Hinblick auf die gleiche Behandlung aller Beteiligten nur wenig.

*The English law of complicity is replete with uncertainties and conflicts. It betrays the worst features of common law: what some would regard as flexibility appears here as a succession of opportunistic decisions by the courts, often extending the law, and resulting in a body of jurisprudence that has little coherence.*¹

3. Kapitel: Täterschaft und Teilnahme im englischen Recht - die Bedeutung der Unterscheidung von *principal offender* und *accessory*

Strafrechtliche Verantwortlichkeit kann im englischen Strafrecht² begründet werden, indem die fragliche Person entweder als *principal offender* oder als *accessory* an der Tat beteiligt ist. Der Accessories and Abettors Act 1861, s. 8 bestimmt:

Whosoever shall aid, abet, counsel, or procure the commission of any indictable offence, whether the same be an offence at common law or by virtue of any Act passed or to be passed, shall be liable to be tried, indicted, and punished as a principal offender.

Inhaltlich wird diese Regelung Magistrates' Courts Act 1980, s. 44 auch auf *summary offences* angewendet:

(1) A person who aids, abets, counsels, or procures the commission by another person of a summary offence shall be guilty of the like offence and may be tried (whether or not he is charged as a principal) either by a court having jurisdiction to try that other person or by a court having by virtue of his offence jurisdiction to try him.

(2) Any offence consisting in aiding, abetting, counselling or procuring the commission of an offence triable either way (other than an offence listed in Schedule 1 to this Act) shall by virtue of this subsection be triable either way.

Entgegen der Erwartung, die der Gesetzeswortlaut weckt, ist die Unterscheidung zwischen *principal offender* und *accessory* keineswegs unwesentlich. Zum einen gewährleisten die beiden genannten Vorschriften die Fairness des Verfahrens. So hält das House of Lords eine genaue Bezeichnung der Rolle des Angeklagten in dem Verbrechensgeschehen durch den Zusatz *being aider and abettor to same offence*³ gegenüber einer nur summarischen Anklage wegen der fraglichen Straftat für vorzugswürdig:

¹ ASHWORTH, ANDREW: Principles of Criminal Law, 2003, S. 441.

² Im Folgenden ist aus Gründen der Einfachheit nur vom „englischen Strafrecht“ die Rede.

³ RICHARDSON, P. J. (Hrsg.): Archbold, London 2004, Rz. 18 - 32.

*The particulars of the offence should be drawn "in such a way as to disclose with greater clarity the real nature of the case the has to answer."*⁴

Zwingend erforderlich ist das freilich nicht, wie die Möglichkeit einer Verurteilung des Angeklagten entweder als *principal* oder als *accessory* ungeachtet des Wortlauts der Anklage ohne Änderung des Vorwurfs durch richterlichen Hinweis zeigt.⁵ Entsprechend wird in der Praxis die Empfehlung der Law Lords weitgehend missachtet⁶ und Art. 6 Abs. 3 a) Europäische Menschenrechtskonvention steht der Rechtmäßigkeit einer so formulierten Anklageschrift nicht entgegen⁷. Zum anderen gibt es drei Gruppen von Delikten, in denen eine Unterscheidung zwischen *principal offender* und *accessory* in materiellrechtlicher Hinsicht geboten ist. Es sind dies Delikte, die eine besondere Qualität des Täters verlangen und insoweit den deutschen Sonderdelikten entsprechen, Fälle strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung (*vicarious liability*) und die Erfolgshaftungsdelikte (*strict liability offences*).⁸ Darüber hinaus haben sich in jüngerer Zeit die Bedeutung und Schwierigkeit der Abgrenzung von *principal* und *accessory* in Fällen einer Beteiligung des Drogenkonsums eines anderen mit Todesfolge gezeigt. Auf der Hand liegt die Wichtigkeit dieser Unterscheidung bei den eigenhändigen Delikten (*non proxyable offences*). Des Weiteren zeigt das Gesetz: Wer *principal offender* ist, kann nicht in anderer Form an der Tat beteiligt sein. Der erste Schritt einer Annäherung an das englische Recht der Teilnahme ist somit eine Definition des Teilnehmers über das Ausschlussprinzip.

I. Der Täter (*principal offender*)

1. Die eigenhändige Begehung und die unmittelbare Verursachung

COKE unterschied bereits am Ende des 16. Jahrhunderts nach dem auch heute gültigen Kriterium zwischen *principals* und *accessories*.⁹ Doch erst HALES *Historia Placitorum Coronae* wurde als auch noch heute für die Unterscheidung gültige

⁴ Hailsham LJ in *DPP for Northern Ireland v Maxwell* [1978] 1 WLR 1350, 1357 Absatz D.

⁵ *Gianetto* [1997] 1 Cr App R 1. Anders die deutsche Rechtslage, vgl. §§ 200 Abs. 1, 265 Abs. 1 StPO. Zu beachten ist im englischen Recht freilich *Taylor* [1998] Crim LR 582: Wenn eine genaue Angabe des Vorwurfs fehlt und die Staatsanwaltschaft macht nicht deutlich, dass es sich um ein *joint enterprise* handelt, so kann dies zu einer fehlerhaften Zusammenfassung des Inbegriffs der Verhandlung und einer fehlerhaften Belehrung der Jury mit der Folge eines Verfahrensverstößes führen.

⁶ *Taylor, Harrison and Taylor* [1998] Crim.L.R. 582.

⁷ *Mercer* [2001] EWCA Crim.638.

⁸ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 141; ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 199.

⁹ COKE, SIR EDWARD: *The third part of the Institutes of the lawes of England: concerning high treason, and other pleas of the crown, and criminall cause*, London 1669, S. 64, 137: „Nullus dicitur felo principalis, nisi actor, aut qui praesens est abettans, aut auxilians actorem ad feloniam faciendam“.

Autorität anerkannt. Für die Bestimmung des *principal offender* gilt der Gesichtspunkt, der von ihm in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhundert festgelegt wurde:

*In cases of felony there are two sorts of principals, viz. principals in the first degree, that do the fact*¹⁰...

Der *principal of the first degree*, der dem heutigen *principal offender* entspricht, nimmt die den Tatbestand verwirklichenden Handlungen selbst vor oder unterlässt es bei Bestehen einer allgemeinen oder in der konkreten Situation ihn treffenden Handlungspflicht zu handeln. Er verwirklicht den Tatbestand eigenhändig. Die Law Commission gab diesen Gedanken HALES für den Entwurf einer Kodifizierung des Strafrechts wieder:

Draft Criminal Code

cl. 26 (1) A party is a principal if: with the fault required for the offence

*(a) He does the act specified for the offence*¹¹...

Für die Unterscheidung wird auf die rein objektiv-tatbestandliche Ausführungshandlung, genauer darauf abgestellt, wer die Voraussetzungen des Tatbestandes in seiner Person erfüllt. Diese Unterscheidung ist Anknüpfungspunkt für eine Negativselektion hinsichtlich des Täters.¹²

a) Die Einschränkung des Kreises möglicher Täter bei den Sonderdelikten

Nur wer die in einem Sonderdelikt (*offence where specific qualities or prescribed status are required*) geforderten besonderen Eigenschaften aufweist, kommt als Täter in Betracht. So kann der Tatbestand der die Formulierung *any clerk, officer or servant*¹³ verwendet, nur von den Angehörigen der genannten Personengruppen erfüllt werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz, die allerdings eine nach englischem Recht in zweierlei Hinsicht problematische und heute nicht mehr vertretene Linie in der Rechtsprechung repräsentiert, ist die berühmte und vielzitierte Entscheidung *Cogan and Leak*¹⁴. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Leak zwang seine Ehefrau dazu, mit seinem Bekannten Cogan Geschlechtsverkehr auszuüben. Leak hatte dem angetrunkenen Cogan versichert, seine Frau habe eingewilligt.

¹⁰ HALE, SIR MATTHEW: *Historia Placitorum Coronae*, Bd. 1, 1736, Neudruck London 1971, S. 233 und S. 615 (“... principals in the first degree, which actually commit the offence, ...”).

¹¹ Law Commission Report No. 177: *A Criminal Code for England and Wales*, Vol. 1, London 1965, S. 54; Law Commission’s Working Paper No. 43, *Codification of the Criminal Law: Parties Complicity and Liability for the Act of Another*, 1972: “A principal in an offence is one who, with the necessary fault element, does the acts constituting the external elements of the offence.”

¹² SMITH, K. J. M.: *A modern Treatise on the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 28.

¹³ *Falsification of Accounts Act 1875*, s. 1 (1).

¹⁴ [1976] QB 217, C.A.

Cogans Verurteilung wurde im Rechtsmittelverfahren aufgehoben, da er die Einwilligung der Ehefrau irrig angenommen hatte. Leaks Verurteilung wurde aufrechterhalten: Er wurde wegen der Vergewaltigung seiner Frau verurteilt, obgleich zu dieser Zeit ein Ehemann nicht tauglicher Täter einer Vergewaltigung seiner Frau sein konnte.¹⁵ Auf diese Entscheidung wird später noch eingegangen werden.

b) Die Einschränkung des Kreises möglicher Täter bei den Unterlassungsdelikten

Ebenso verhält es sich bei den Unterlassungsdelikten. Hier kommt als Täter nur in Frage, wen eine spezielle Handlungspflicht trifft.¹⁶ Sowohl bei den echten (*crimes of mere omission*) wie den unechten (*commission by omission*) Unterlassungsdelikten wird eine Handlungspflicht begründet, die den Pflichtigen von anderen unterscheidet und ihn exklusiv zum Täter macht.

2. *Most immediate cause*

Für die Verhaltensdelikte ist die objektiv-tatbestandliche Differenzierung zwischen Täter und Teilnehmer nach englischer Ansicht in jeder denkbaren Konstellation tragfähig.¹⁷ Das Kriterium der eigenhändigen Verwirklichung des Tatbestandes trifft allerdings bereits dann auf die Grenzen seiner Unterscheidungskraft, wenn der Angeklagte bei Erfolgsdelikten (*result/consequence offences*) die Tat nur teilweise selbst ausgeführt hat. Hier ist nach einem anderen Merkmal zu unterscheiden. Zentral für die Unterscheidung zwischen *principal offender* und *accessory* ist die Verursachung des Taterfolgs oder der Tathandlung. Der *principal offender* setzt die „unmittelbarste“ Ursache („*most immediate or direct cause*“) für den Eintritt des Erfolges bei den Erfolgsdelikten (*consequence offences*).¹⁸ Sein Handeln oder Unterlassen ist dabei von der jeweils erforderlichen *mens rea* (*intention, knowledge, recklessness, wilfulness, malice*) oder objektiver Pflichtwidrigkeit (*negligence*) getragen.¹⁹ *Direct* bedeutet hier allein,

¹⁵ „... tho in marriage she hath given up her body to her husband, she is not to be by him prostituted to another.“ (HALE, SIR MATTHEW: *Historia Placitorum Coronae*, Bd. 1, Neudruck London 1971, S. 629). Zwar zitierte Lawton L.J. HALEs Ansicht. Doch verkannte er dabei, dass es nicht um die Tat eines anderen ging, sondern er den Ehemann wegen der Vergewaltigung selbst verurteilte. Das Urteil war nicht von der Autorität HALEs gedeckt.

¹⁶ MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 26; SMITH, K.J.M.: *A modern Treatise on the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 39.

¹⁷ ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 253; SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 142; HERRING, JONATHAN: *Criminal Law*, Oxford 2004, S. 817; WILLIAMS, GLANVILLE: *Textbook of Criminal Law*, 2. Auflage London 1983, S. 330; WILSON, WILLIAM: *Criminal Law*, London New York, 2. Aufl. 2003, S. 578f.

¹⁸ *Treacy* [1971] AC 537, 560; *Markus* [1976] AC 35, 61.

¹⁹ WILLIAMS, GLANVILLE: *Textbook of Criminal Law*, 2. Auflage London 1983, S. 330; WILSON, WILLIAM: *Criminal Law*, London New York 2. Aufl. 2003, S. 591 f.

dass der *principal offender* nicht durch einen *innocent agent* handelt.²⁰ Danach soll der *principal offender* im Weiteren als „Täter“ bezeichnet werden.

a) *Factual causation* und *causation in law*

Die „naheliegendste oder unmittelbarste Ursache“ des Taterfolges ist bei Erfolgsdelikten nur dann gegeben, wenn die Jury nach einer Unterweisung des Richters (*direction*)²¹ oder der Richter selbst überzeugt ist, dass die Handlung oder das Unterlassen des Täters kausal im Sinne einer *condicio sine qua non* (*factual causation*) für den Taterfolg zu diesem Zeitpunkt gewesen ist.²² Die Bedeutung der tatsächlichen Verursachung bedarf keiner weiteren Erörterung. Sie entspricht weitgehend²³ der Kausalität der deutschen Strafrechtsdogmatik bei alleiniger Anwendung der Äquivalenztheorie.²⁴ In einem zweiten Schritt ist dann wertend festzustellen, ob das Verhalten des Täters ein wirksamer und gewichtiger (*operating and substantial*) Grund²⁵ für den Erfolgseintritt gewesen ist (*causation in law* oder *imputable causation*). Auf dem Gebiet dieser zurechnenden Verursachung hat sich eine sehr reiche und vielschichtige Kasuistik entwickelt, der die folgenden, die Wertung bestimmenden Grundsätze entnommen werden können.

Eine Ursache ist auch dann wirksam und gewichtig, wenn neben ihr andere Ursachen wirksam werden.²⁶ Sie muss aber nach dem *De-minimis*-Prinzip eine nicht ganz zu vernachlässigende Ursache für den Erfolgseintritt sein. Eine feste Grenze ist der Natur der Sache nach hier nicht zu ziehen, doch ist in einem Diktum festgestellt worden, dass ein zwanzigprozentiges Verschulden seitens des Angeklagten noch ausreicht, um eine Ursache als gewichtig für den Erfolgseintritt anzusehen.²⁷ Eine geringfügige Beschleunigung des Todeseintritts um fünf Sekunden soll hingegen nicht mehr als gewichtige Ursache angesehen werden.²⁸ Es muss sich um mehr

²⁰ SMITH, K. J. M.: A modern Treatise on the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 28.

²¹ *Pagett* (1983) 76 Cr App R 279, CA; *Cheshire* [1991] 3 All ER 670, [1991] 1 WLR 844.

²² *White* [1910] 2 KB 124; *Dyson* [1908] 2 KB 454 für die Bedeutung des Zeitpunkts; *Swindall and Osborne* (1846) 2 Car & Kir 230 für die Unerheblichkeit von im Opfer selbst liegender Gründe für dessen Tod.

²³ *Dalloway* (1847) 2 Cox C.C. 273 als Fall des Fehlens der „factual causation“ bei unvermeidbarem Erfolgseintritt, eine Frage, die in der deutschen Strafrechtsdogmatik in der Untersuchung der objektiven Zurechnung im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte beantwortet wird.

²⁴ Zur Behandlung alternativer Kausalität SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 45 Anm. 14.

²⁵ *Smith* [1959] 2 QB 35.

²⁶ *Dyson* [1908] 2 KB 454; *Swindall and Osborne* (1846) 2 Car & Kir 230; *Benge* (1865) 4 F & F 504.

²⁷ *vHennigan* [1971] 3 All ER 133, ablehnend SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 43.

²⁸ Dieses Beispiel ist SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 44, entnommen.

als eine kleine und unbedeutende (*slight and trifling*) Ursache handeln.²⁹ Es ist dabei unwesentlich, welcher Art die Ursache ist. Die Erregung eines Schocks beim Opfer durch eine Drohung kann ebenso eine wirksame und gewichtige Ursache sein wie die Anwendung physischer Gewalt.³⁰ Im Rahmen der Wertung ist es von untergeordneter Bedeutung, ob es sich um eine mittelbare oder unmittelbare Verursachung handelt. Fügt D dem Opfer V Verletzungen zu, die die behandelnden Ärzte zwingen, eine notwendige Operation zu unterlassen, so ist die zugefügte Verletzung dennoch eine gewichtige Ursache für den Tod des V.³¹

Im englischen Strafrecht gilt, dass der Täter sich zu seiner Verteidigung nicht auf eine abnorme Konstitution des Opfers berufen kann (*thin skull rule* oder *eggshell skull rule*). Der maßgebliche Präzedenzfall für diese Regel ist *R v. Blaue*.³² D stach eine junge Frau, eine Angehörige der Wachturmgesellschaft, mit einem Messer. Ihre Lunge wurde verletzt. Obgleich sie über die tödlichen Folgen des Unterlassens einer Bluttransfusion belehrt wurde, lehnte sie diese Behandlung aus religiösen Gründen ab. Lawton LJ führte zur Kausalität des Verhaltens der jungen Frau für ihren Tod obiter aus:

*It has long been the policy of the law that those who use violence on other people must take their victim as they find them. This in our judgement means the whole man, not just the physical man. It does not lie in the mouth of the assailant to say that his victim's religious beliefs which inhibited him from accepting certain kinds of treatment were unreasonable. The question for decision is what caused the death. The answer is the stab wound.*³³

Danach unterbricht eine besondere Prädisposition des Opfers die Kausalkette zwischen täterischem Verhalten und Erfolg nicht.³⁴

b) *Novus actus interveniens* – die Unterbrechung des Ursachenzusammenhangs im englischen Strafrecht

Eine wirksame Ursache ist dann anzunehmen, wenn kein *novus actus interveniens* zwischen das täterische Verhalten und den Erfolg tritt. Der *novus actus interveniens* kann von einem Dritten oder dem Opfer ausgehen oder höhere Gewalt sein

²⁹ *Kimsey* [1996] Crim LR 35.

³⁰ *Towers* (1874) 12 Cox C.C. 530; *Hayward* (1908) 21 Cox C.C. 692.

³¹ *McKechnie* (1992) 94 Cr App R 51.

³² [1975] 3 All ER 446, [1976] Crim.L.R. 648.

³³ *Blaue* [1975] 3 All ER 446, 450.

³⁴ *Hayward* (1908) 21 Cox C.C. 692 für den Fall einer von ihrem Mann bedrohten und gehetzten herzkranken Ehefrau, die an den Folgen dieser Handlungen starb. Der Mann wurde des *manslaughter* für schuldig befunden; ähnlich *Watson (Clarence)* [1989] 1 WLR 684, 685. Für einen weiten Anwendungsbereich der *thin-skull-rule* SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, 50 f.

(*act of God*). Bei der Beurteilung, ob es sich bei dem menschlichen Verhalten oder dem Naturereignis um einen *novus actus interveniens* handelt, können grundsätzlich drei Kriterien herangezogen werden, denen aber in verschiedenen Fallkonstellationen unterschiedliche Bedeutung zukommt. Prinzipiell gilt, dass ein *novus actus interveniens* die Kausalreihe nicht unterbricht, wenn durch die neu hinzutretende Ursache die bereits eingetretenen Folgen des täterischen Verhaltens lediglich erweitert oder verschlimmert werden.³⁵ In diesem Fall wird die „neue“ Ursache als an den vom Täter geschaffenen Sachverhalt anknüpfend und innerhalb der vorhandenen Bedingungen weiter wirkend angesehen. Zweitens kann nur ein auf freiem Willensentschluss beruhendes Verhalten den Ursachenzusammenhang unterbrechen. Drittens muss das menschliche Verhalten oder das eintretende Naturereignis unabhängig von dem Verhalten des Täters eintreten und darf nicht vorhersehbar gewesen sein.

aa) Handlungen und Unterlassungen von Dritten

Handlungen oder Unterlassungen von Dritten unterbrechen die Kausalreihe, wenn das fragliche Verhalten auf einem freien Entschluss beruht, der in Kenntnis und unter Einbeziehung der für die Entscheidung maßgeblichen Umstände getroffen worden ist (*free, deliberate and informed intervention*).³⁶

Handelt ein Dritter ohne *mens rea*, weil er beispielsweise Tatsachen nicht kennt, so ist sein Verhalten für die Verursachung des Erfolges durch den Täter ohne Bedeutung. Es fehlt an einer *informed intervention*.³⁷ In *Pagett* benutzte P seine schwangere Freundin V als menschlichen Schutzschild und eröffnete das Feuer auf die Polizisten, die ihn festnehmen wollten. Die Polizisten erwiderten das Feuer und trafen V tödlich. P wurde wegen *manslaughter* verurteilt. Im Hinblick auf die Kausalität seines Verhaltens für den Tod urteilten die Richter des Court of Appeal, dass die Feuererwidmung durch die Polizisten nicht aus freiem Entschluss geschah, sondern instinktiv zur Selbstverteidigung und im Rahmen des Gesetzesvollzugs.³⁸ Die von P eröffnete Kausalreihe ist dieser Argumentation zufolge nicht durch die unfreiwillige Handlung der Polizisten unterbrochen worden.

³⁵ *Wall's case* (1802) 28 State Tr 51; *Holland* (1841) 2 Mood & R 351; *Blaue* [1975] 3 All ER 446, 450. Alle Fälle gelten für das Verhalten des Opfers, das eine Behandlung entweder ablehnt oder unterlässt.

³⁶ Die Formulierung stammt aus HART, H.L.A.; HONORÉ, TONY: *Causation in the Law*, 1. Aufl. Oxford 1959, S. 292. Die Rechtsprechung hat sie übernommen, vgl. *Pagett* (1983) 76 Cr App R 279, 289, CA; *Latif* [1996] 1 WLR 104, 115.

³⁷ *Martin* (1881) 8 Q.B.D. 54.

³⁸ *Pagett* (1983) 76 Cr App Rep 279; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 95 bezweifeln, dass es hier eine „instinktive“ (*involuntary*) Handlung der Polizisten vorgelegen hat, als sie das Feuer erwiderten. Dennoch sei der Fall richtig entschieden, denn die Handlungsweise beruhte nicht in einem Maße auf einem freiem Willensentschluss, dass Pagett von seiner Verantwortlichkeit befreit werden konnte. Ähnlich SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 49.

Handelt der Dritte hingegen mit Absicht (*intention, knowingly*), so wird die Ursachenreihe auch dann unterbrochen, wenn sein Handeln für den Täter vorhersehbar war.³⁹ Eine gefestigte Rechtsprechung für Fälle, in denen das Verhalten des Dritten hinsichtlich der Vorwerfbarkeit zwischen diesen Polen von Absicht und Nichtvorsätzlichkeit angesiedelt ist, hat sich bisher nur im Zusammenhang mit ärztlichen Behandlungsfehlern herausgebildet. Siehe dazu unten unter Punkt 4.).

bb) Unvorhersehbares Verhalten von Dritten, das nicht auf einem freien Willensentschluss beruht

Liegt ein unvorhersehbares Verhalten eines Dritten vor, so unterbricht dieses Verhalten den Kausalzusammenhang⁴⁰, auch wenn das Verhalten des Dritten nicht auf einem freien Willensentschluss beruhte. Eine Unvorhersehbarkeit liegt vor, wenn nach dem normalen Verlauf der Ereignisse der Erfolgseintritt nicht zu erwarten gewesen ist. Das ist der Fall, wenn P auf sein Opfer V schießt, V wegen der Schusswunde in ein Krankenhaus eingewiesen werden muss und dort an einer Scharlachinfektion stirbt, die von dem behandelnden Arzt übertragen worden ist.⁴¹ Zwar hat der Arzt das Opfer nicht bewusst infiziert, doch war eine Infektion ausgerechnet mit Scharlach nicht vorherzusehen.

cc) *Environmental Agency (formerly National Rivers Authority) v. Empress Car Co (Abertillery) Ltd*⁴²

Das House of Lords hat in der Entscheidung *Environmental Agency (formerly National Rivers Authority) v. Empress Car Co (Abertillery) Ltd*⁴³ abweichend von der bis dahin geltenden Rechtslage besonders strenge Maßstäbe für die Unterbrechung des Ursachenzusammenhangs eingeführt, indem es neben dem auf einem freien Willensentschluss beruhenden Verhalten eine Unvorhersehbarkeit des Erfolges kumulativ voraussetzte. Die Firma E besaß auf ihrem Grundstück einen großen freistehenden Dieseltank, der von einer mit den gesetzlichen Vorschriften übereinstimmenden Rückhaltevorrichtung für den Fall einer Leckage umgeben war. E hatte jedoch ein Rohr an dem Tank angebracht, das über die Rückhaltevorrichtung hinweg zu einem Fass führte. Das Rohr konnte mit einem Hahn verschlossen werden, der nicht gesichert war. Ein unbekannter Dritter öffnete eines Tages diesen Hahn. Das Dieselöl floss aus dem Tank in das Fass, das überlief. Schließlich gelangte fast der gesamte Tankinhalt über das Rohr und das Fass in einen nahegelegenen Fluss. E wurde wegen Gewässerverschmutzung (*causing polluting matter to*

³⁹ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 95f.

⁴⁰ *Martin* (1827) 3 C & P 211; (1827) 172 ER 390.

⁴¹ *Bush v. Commonwealth* 78 Ky 268 (1880) (Kentucky Court of Appeals).

⁴² [1998] 1 All ER 481.

⁴³ [1998] 1 All ER 481.

controlled waters) gem. Water Resources Act 1991, s. 85(1)⁴⁴ angeklagt und in erster Instanz verurteilt. Das Rechtsmittel zum Divisional Court hatte keinen Erfolg, so dass E Rechtsmittel zum House of Lords einlegte. Das Rechtsmittel wurde zurückgewiesen, weil der Ursachenzusammenhang als nicht unterbrochen angesehen wurde. Seine Begründung fasste das House of Lords wie folgt zusammen:

... (4) If the defendant did something which produced a situation in which the polluting matter could escape by a necessary condition of the actual escape which happened was also the act of a third party or a natural event, the justices should consider whether that act or event should be regarded as a normal fact of life or something extraordinary. If it was in the general run of things a matter of ordinary occurrence, it will not negative the causal effect of the defendant's acts, even if it was not foreseeable that it would happen to that particular defendant or take that particular form. If it can be regarded as something extraordinary, it will be open to the justices to hold that the defendant did not cause the pollution.

*(5) The distinction between ordinary and extraordinary is one of fact and degree to which the justices must apply their common sense and knowledge of what happens in the area.*⁴⁵

In bestimmten Fallkonstellationen muss neben das Verhalten eines Dritten, das auf freier Willensbildung beruht, die Ungewöhnlichkeit und Regelwidrigkeit des Gangs der Dinge treten. Allein dann wird die Kausalreihe als unterbrochen angesehen; die bloße Unvorhersehbarkeit reicht nicht aus. Diese Fallkonstellationen sind im Wege der Gesetzesauslegung und der Bewertung des Handelns oder des Unterlassens der Angeklagten zu ermitteln:

*Not only may there be different answers to questions about causation when attributing responsibility to different people under different rules ... but there may be different answers when attributing responsibility to different people under the same rule.*⁴⁶

⁴⁴ Water Resources Act 1991, s. 85(1): A person contravenes this section if he causes or knowingly permits any poisonous, noxious or polluting matter or any solid waste matter to enter any controlled waters.

⁴⁵ *Environmental Agency (formerly National Rivers Authority) v. Empress Car Co (Abertillery) Ltd* [1998] 1 All ER 481, 492 f.

⁴⁶ *Environmental Agency (formerly National Rivers Authority) v. Empress Car Co (Abertillery) Ltd* [1998] 1 All ER 481, 487, HL. Inhaltsgleich *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] 3 All E.R. 305. In dieser Entscheidung wird ebenfalls die Einzelfallgerechtigkeit über die Rechtssicherheit erhoben. SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 99ff., kritisieren die Entscheidung in der Sache *Empress Car*, da die Prinzipien zur Prüfung einer Unterbrechung von Kausalzusammenhängen bei höherer Gewalt auf

Der Grund für die Verschärfung der Kausalitätsregeln kann darin gesehen werden, dass Erwägungen zu einer Verbesserung des Umweltschutzes durch eine Verschärfung der Regeln über die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs geführt haben.⁴⁷ Die Generalprävention als Strafzweck hat die Richter bewogen, das Recht zu verschärfen.⁴⁸

dd) Ärztliche Behandlungsfehler

Eine besondere und in Einzelheiten autonome Rechtsprechung hat sich in Fällen entwickelt, in denen es um die mögliche Unterbrechung des Ursachenzusammenhangs zwischen einer Verletzung und dem Tod des Opfers durch ärztliche Behandlungsfehler geht. Hier stellt sich die Rechtslage wie folgt dar:

(1) Zur Zeit des Behandlungsfehlers noch nicht verheilte Verletzungen

Muss das Opfer ärztlich behandelt werden und ist die Verletzung im Zeitpunkt des Behandlungsfehlers noch nicht verheilt, so dass sie nach den allgemeinen Grundsätzen eine wirksame und gewichtige Ursache für den Tod ist, kann kein Behandlungsfehler den Ursachenzusammenhang zwischen Verletzung durch den Täter und dem Tod des Opfers unterbrechen, auch wenn der Arzt objektiv pflichtwidrig (*negligent*) gehandelt hat.⁴⁹ HART und HONORÉ haben auf diese Fallkonstellation bezogen vorgeschlagen, den Ursachenzusammenhang jedenfalls dann als unterbrochen anzusehen, wenn der behandelnde Arzt aus rücksichtslosen und eigensüchtigen Motiven die Behandlung unterlässt oder sie fehlerhaft durchführt.⁵⁰ Nach der im diesem Bereich bestehenden Rechtsprechung unterbricht aber auch der auf freier Bestimmung beruhende Akt den Ursachenzusammenhang nicht immer. Dieser Vorschlag, der zudem über die *mens rea* des Arztes nur Rückschlüsse erlaubt, ist daher abzulehnen.

(2) Zur Zeit des Behandlungsfehlers verheilte Verletzungen

Kann die Verletzung nicht mehr als eine wirksame und erhebliche Ursache für den Tod angesehen werden, weil die zugefügte Wunde verheilt ist, so ist der Angreifer dennoch nicht automatisch freizusprechen. Dies wurde in dem Fall *Cheshire*⁵¹ entschieden. In diesem Fall waren die von D zugefügten Verletzungen des V im Krankenhaus soweit verheilt, dass sie keine Gefahr für das Leben des V mehr

das Verhalten Dritter kumulativ angewendet werden. Dies stimme nicht mit anderen Präzedenzfällen überein, obgleich diese in der Entscheidung zur Begründung herangezogen werden.

⁴⁷ CLARKSON, C.M.V.; KEATING, H.M.: *Criminal Law*, 5. Aufl. London 2003, S. 461; WILLIAMS, GLANVILLE: *Finis for Novus Actus?* in: [1989] C.L.J. 391, 395.

⁴⁸ O'DOHERTY, STEPHEN: *Involuntary Manslaughter: Where to Now?*, in: [2004] *Justice of the Peace* s. 5ff., 7.

⁴⁹ *Smith* [1959] 2 QB 35.

⁵⁰ HART, H.L.A.; HONORÉ, TONY: *Causation in the Law*, 2. Aufl. Oxford 1985, S. 361.

⁵¹ [1991] 1 W.L.R. 844; [1991] 3 All E.R. 670; [1991] *Crim.L.R.* 709.

darstellten. Allerdings war V wegen Atemproblemen ein Tubus zur künstlichen Beatmung in die Luftröhre eingeführt worden. Dies führte zu einer Schwellung, die die Luftröhre so verengte, dass V nicht atmen konnte und erstickte. Die behandelnden Ärzte diagnostizierten diese an sich bekannte Nebenwirkung der künstlichen Beatmung nicht und unterließen eine geeignete Behandlung des V. D machte im Rechtsmittelverfahren gegen seine Verurteilung unter anderem geltend, dass die unterlassene Behandlung der Ärzte die Ursachenreihen zwischen seinem Tun und dem Tod des V unterbrochen hätte. Das Rechtsmittel des D wurde zurückgewiesen. Der Court of Appeal stellte die folgenden Voraussetzungen auf, unter den ärztliche Fehler den Ursachenzusammenhang unterbrechen könnten.

... when the victim of a criminal act is treated for wounds or injuries by a doctor or other medical staff attempting to repair the harm done, it will only be in the most extraordinary and unusual case that such treatment can be said to be so independent of the acts of the defendant that it could be regarded in law as a cause of the victim's death to the exclusion of the defendant's acts ...

Even though negligence in the treatment of the victim was the immediate cause of his death, the jury should not regard it as excluding the responsibility of the accused unless the negligent treatment was so independent of his acts, and in itself so potent in causing death, that they regard the contribution made by his acts as insignificant.⁵²

Aus dem Urteil ergibt sich nicht, welche Voraussetzungen eine ärztliche Behandlung erfüllen muss, um als so unabhängig zu gelten, damit die von dem Angreifer gesetzte Ursache als unwesentlich erscheint. Nimmt die Jury jedoch an, dass der Behandlungsfehler und die Verletzung in keinem hireichenden Zusammenhang mehr stehen, so sind die Ärzte oder das Pflegepersonal für den Tod des Opfers verantwortlich.

(3) Die Ansicht J. C. SMITHS

Dementsprechend hat J. C. SMITH⁵³ eine Modifizierung des Tests vorgeschlagen, die sich mit dem Wortlaut der Entscheidung und ihrer mutmaßlichen Zielrichtung vereinbaren lässt, dabei aber den Vorzug genießt, auf Kategorien zurückzugreifen, die sich in die allgemeinen Regeln zur Behandlung von Kausalitätsregeln einfügen. J. C. SMITH möchte die Jury prüfen lassen, ob die Behandlung oder die Art ihrer Vornahme so außergewöhnlich war, dass sie nicht vorhergesehen werden konnte.

⁵² [1991] 1 W.L.R. 844, 851f.; angewendet in *Mellor* [1996] 2 Cr. App. R. 245; *Dear* [1996] Crim.L.R. 595.

⁵³ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, 54.

Damit sei dann auch die Schwelle des Verschuldens auf Seiten des behandelnden Arztes beschrieben, unterhalb derer der ursprüngliche Angreifer, oberhalb derer der Arzt für den Tod des Opfers verantwortlich sei. Sobald der Arzt einen besonders schweren Verstoß gegen die übliche Sorgfalt begangen habe (*gross negligence*: grobe objektive Fahrlässigkeit), könne der Angreifer in dieser Konstellation nicht mehr für den Tod des Opfers verantwortlich sein. Wenngleich J. C. SMITH großes Ansehen bei den englischen Gerichten genießt, so ist sein Vorschlag doch bislang nicht in der Rechtsprechung aufgenommen worden.

ee) Reaktionen des Opfers

Reaktionen des Opfers auf einen Angriff unterbrechen den Kausalzusammenhang nur dann, wenn die Reaktion des Opfers so ungewöhnlich ist, dass sein Verhalten als Betätigung seines eigenen freien Willens erscheint und als *novus actus interveniens* angesehen werden muss (*so daft as to make it his own voluntary act which amounted to a novus actus interveniens*).⁵⁴ Versucht das Opfer V, sich durch einen Sprung aus dem fahrenden Wagen der sexuellen Nötigung des D zu entziehen, so ist das Verhalten des D für die erlittenen Verletzungen der V kausal. D ist bei Vorliegen der erforderlichen *mens rea* des *assaults causing actual bodily harm* schuldig.⁵⁵ Daneben gilt wie bei Handlungen Dritter, dass ein auf freiem Willensentschluss beruhendes Verhalten eines voll verantwortlichen Opfers den Kausalzusammenhang unterbricht.⁵⁶

ff) Verhältnis zwischen der Handlung des Täters und Naturgewalten

Für das Verhältnis zwischen der Handlung des Täters und einer Naturgewalt gilt im Hinblick auf die Kausalität folgendes:

*The event must be of so powerful a nature that the conduct of the defendant was no cause at all, but was merely a part of the surrounding circumstances.*⁵⁷

Naturgewalten unterbrechen die Kausalreihe, wenn sie allein die unmittelbare Ursache für den Erfolg gewesen sind und unabhängig vom täterischen Verhalten ihre Wirkung entfaltet haben. Daneben darf der Eintritt des Naturereignisses für den Täter nicht vorhersehbar gewesen sein.⁵⁸ Greift D sein Opfer V an, schlägt es bewusstlos und lässt es in einem Gebäude liegen, so kann die Kausalreihe unterbrochen werden, wenn ein Erdbeben das Gebäude zum Einsturz bringt und V von

⁵⁴ *Williams* [1992] 1 WLR 380.

⁵⁵ *Roberts* (1971) 56 Cr App R 95; im Ergebnis ebenso *DPP v Daley* [1980] AC 237; *Mackie* (1973) 57 Cr App R 453; *Corbett* [1996] Crim.L.R. 594.

⁵⁶ *Dalby* [1982] 1 WLR 425; *Armstrong* [1989] Crim.L.R. 149; *Khan* [1998] Crim.L.R. 830.

⁵⁷ *Southern Water Authority v. Pegrum* [1989] Crim LR 442.

⁵⁸ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 91f.

den Trümmern erschlagen wird. Findet diese Tat aber am Strand statt und lässt D sein Opfer am Flutsaum bei auflaufendem Wasser liegen, so dass es ertrinkt, dann ist der Eintritt des Erfolges vorhersehbar.⁵⁹ Das Verhalten von D ist kausal für den Tod des V. In der Entscheidung *Environmental Agency (formerly National Rivers Authority) v Empress Car Co (Abertillery) Ltd* ist die Rechtslage hinsichtlich der Naturgewalt durch das House of Lords für menschliches Handeln im Zusammenhang mit Umweltdelikten entsprechend übernommen worden.

gg) Unterlassungen kein *novus actus interveniens*?

Ein weiterer Grundsatz für die Behandlung der Kausalität ist laut einer verbreiteten Ansicht in der Literatur, dass Unterlassungen niemals ein *novus actus interveniens* sein können.⁶⁰ Sie führten niemals dazu, dass eine Handlung keine wirksame und gewichtige Ursache für einen Erfolg ist. Ausdrücklich ist das von den Gerichten bislang nicht entschieden worden. Doch legt die bereits bekannte Entscheidung in *Cheshire*⁶¹ diese Auffassung nahe. Zwar handelten die Ärzte objektiv sorgfaltswidrig, als sie den Tubus nicht rechtzeitig entfernten. Die dem Opfer zugefügten Wunden waren bereits verheilt, als es wegen Atemproblemen verstarb. Doch wurden die Ärzte nicht allein für verantwortlich gehalten, weil ihr Verhalten eine bloße Unterlassung darstellt. Die von Cheshire gesetzte Ursache für den Tod des Opfers wurde als weiterhin wirksam, jedenfalls nicht durch das Unterlassen der Ärzte unterbrochen angesehen. Unterlassungen sind in diesen Konstellationen jedoch nicht völlig bedeutungslos. Sie können eine kumulative Ursache (*concurrent cause*) für den eingetretenen Erfolg sein und die Strafbarkeit des Unterlassenden neben der des Täters begründen.

hh) Tötung durch Meineid (*perjury*)

In der Entscheidung *MacDania*⁶² ist nach umstrittener Ansicht⁶³ in der Literatur ein weiterer, die Kausalität unterbrechender Tatbestand festgestellt worden. D und seine Komplizen hatten in einem Verfahren gegen P ausgesagt und einen Meineid geschworen. P wurde daraufhin wegen Straßenraubes zum Tode verurteilt. D und seinen Komplizen war es von Anfang an darum gegangen, die auf den Täter ausgesetzte Belohnung zu erhalten. Sie hatten P zu der Tat angestiftet. D und seine Komplizen wurden nicht wegen Mordes angeklagt.

⁵⁹ Hart [1986] 2 NZLR 408.

⁶⁰ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 103, 105; WILSON, WILLIAM: Criminal Law - Doctrine and Theory, 2. Aufl. London New York 2003, S. 112 f.; ihm zustimmend HERRING, JONATHAN: Criminal Law, Oxford 2004, S. 107.

⁶¹ 1991] 1 W.L.R. 844; [1991] 3 All E.R. 670; [1991] Crim.L.R. 709.

⁶² (1755) 19 StateTr. 745.

⁶³ WILSON, WILLIAM: Criminal Law, London New York 2. Aufl. 2003, S. 364 sieht den Fall nach seiner Einordnung implizit als Frage der Verursachung an. Anders: HART, H.L.A.; HONORÉ, TONY: Causation in the Law, 2. Aufl. Oxford 1985, S. 405.

Es lag in diesem Fall keine die Kausalität unterbrechende Willensbetätigung des Gerichts und der Vollstreckungsorgane vor, die über die wahre Person der Täters getäuscht worden waren, so dass BLACKSTONE hier zu Recht allein rechtspolitische Gründe für den Ausgang der Ermittlungen vermutete. Durch die Entscheidung sollte vermieden werden, dass Zeugen in Zukunft aus Furcht vor nachfolgender Bestrafung in Prozessen, in denen die Todesstrafe drohte, nicht mehr aussagten.⁶⁴

ii) *Causation und mens rea*

Im englischen Strafrecht werden Konstellationen des deutschen Irrtums über den Kausalverlauf nicht als Problem des Vorsatzes, sondern als Fragestellung innerhalb der Behandlung der *causation* angesehen. Der Ausgangspunkt der Behandlung dieser Fragestellung ist die Aussage, dass der Ursachenzusammenhang zwischen dem Verhalten des Täters und der von ihm beabsichtigten und der tatsächlich so eingetretenen Folge niemals unterbrochen werden kann. Wenn der vom Täter erwünschte Erfolg in einer Weise eintritt, die sich noch im Rahmen des Vorhersehbaren hält, so wird die *causation* als bestehend angesehen. Wenn P während einer gemeinsamen Bergwanderung auf V schießt, ihn verfehlt, die Kugel aber einen Steinschlag auslöst, durch den V getötet wird, so ist P wegen Totschlags zu bestrafen.⁶⁵ Dieses Ergebnis folgt aus der Anwendung der allgemeinen Regeln der Verursachung. Die *causation in fact* ist in dem Lawinen-Fall gegeben, weil ohne den Schuss durch P V nicht gestorben wäre. Der Erfolg, Tod des V durch Steinschlag ist eine vorhersehbare Folge des Schusses. Schallwellen können im Gebirge Steinschläge auslösen, so dass auch die *causation in law* gegeben ist.

jj) Eine „neue“ Kausalität? Die Entscheidungen in *Kennedy*⁶⁶, *Rogers (Stephen)*⁶⁷ und *Finlay*⁶⁸

Die oben dargestellten Prinzipien zur Ermittlung der Kausalität und somit auch des *principal offender* scheinen durch eine Reihe neuerer Entscheidungen in Frage gestellt zu werden. Sie sind in der Literatur heftig kritisiert worden.⁶⁹ Gemeinsam ist allen diesen Fällen, dass sie sich im Drogenmilieu ereignet haben.

⁶⁴ BLACKSTONE, WILLIAM: Commentaries on the Laws of England, 4. Buch, Neudruck der 1. Auflage von 1769, London 1966, S. 196 Anm. f.

⁶⁵ Das Beispiel ist SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 92 entnommen.

⁶⁶ [1999] Crim.L.R. 65, CA.

⁶⁷ [2003] 1 WLR 1374, CA.

⁶⁸ [2003] EWCA Crim 3868, CA.

⁶⁹ Kritik an der Entscheidung in *Kennedy* üben ASHWORTH, ANDREW: Principles of criminal law, 3. Aufl. Oxford 1999, S. 129, Anm. 133; HEATON, RUSSELL: Dealing in Death, in: [2003] Crim.L.R. 497ff.; O'DOHERTY, STEPHEN: Involuntary Manslaughter: Where to Now?, in: [2004] Justice of the Peace 5ff., 6; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.:

(1) Die Entscheidungen

Die erste Entscheidung in dieser Reihe ist *Kennedy*. Ihr liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: B bat K um etwas, damit er einschlafen könne. Er meinte damit Heroin. K erwiderte: „Pass auf, dass du nicht für immer einschläfst.“ Er bereitete die Spritze mit dem Heroin vor und übergab sie B, der sich das Heroin sofort injizierte. B starb binnen einer Stunde. K wurde als Täter eines *constructive manslaughter*⁷⁰ (jede durch den Tod des Opfers qualifizierte rechtswidrige, gefährliche Handlung) verurteilt. Der Court of Appeal wies das eingelegte Rechtsmittel zurück.

Das Gericht befand, dass die Injektion Bs für sich genommen bereits eine rechtswidrige und gefährliche Handlung sei. Wenn K sich an ihr beteiligt habe, indem er sie unterstützte und zu ihr anstiftete (was in der Vorinstanz bewiesen worden war), so habe er selbst eine gesetzeswidrige und gefährliche Handlung begangen. Im Hinblick auf den Ursachenzusammenhang zwischen Ks Verhalten und dem Tod des Opfers führte das Gericht wie folgt aus:

*If drugs were supplied, but it was entirely a matter for the recipient whether he injected himself or not, there could be no question of the supplier being convicted of manslaughter. In a case similar to this, the jury had to decide whether the unlawful act of the defendant caused, or was a significant cause of the death.*⁷¹

In einem Fall wie diesem soll die Jury entscheiden, ob das gesetzeswidrige und gefährliche Handeln des Angeklagten den Tod verursacht habe oder ein gewichtiger Grund für den Tod gewesen sei. Wenn die für den Tod ursächliche Handlung von dem Opfer selbst ausgeführt werde, sei für die Einordnung dieses Opferverhaltens als *novus actus interveniens* entscheidend, ob der Angeklagte zusammen mit dem Opfer für dessen Handlung verantwortlich sei (*jointly reponsible*). Ist das der Fall, so habe der Angeklagte den Tod des Opfers verursacht.⁷² Die Frage nach der Verursachung ist wie nach bislang gefestigter Rechtsprechung grundsätzlich eine Tatsachenfrage und allein von der Jury zu beantworten.

Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 101; SMITH, J.C.: „Commentary“, in: [1999] Crim.L.R. 67 f. Für eine zusammenfassende Kritik an diesen Entscheidungen: HEATON, RUSSELL: Principals? No Principles!, in: [2004] Crim.L.R. 463ff.

⁷⁰ *Constructive manslaughter* (oder *unlawful act manslaughter*) ist eine Straftat, bei der eine rechtswidrige, gefährliche Handlung vorausgesetzt wird, die durch den Tod des Opfers qualifiziert ist. Die insgesamt vier Voraussetzungen sind 1.) eine mit *mens rea* begangene Handlung, die 2.) eine Straftat darstellt, 3.) aus Sicht eines nüchtern denkenden und vernünftigen Dritten, der das Opfer der Gefahr einer Verletzung aussetzt und 4.) den Tod des Opfers verursacht, *DPP v. Newbury and Jones* [1977] A.C. 500.

⁷¹ *Kennedy* [1999] Crim.L.R. 65, 66.

⁷² *Obiter* wurde festgestellt, dass K auch wegen s. 23 OAPA 1861 hätte verurteilt werden können.

Im Hinblick auf das Verursachungserfordernis weicht diese Entscheidung stark von den bereits entwickelten Grundsätzen der *causation* im englischen Strafrecht ab und modifiziert sie: Das Verhalten des Opfers, das auf seinem freien, in Kenntnis und unter Einbeziehung der für die Entscheidung maßgeblichen Umstände getroffenen Entschluss beruht, unterbricht nach dieser Entscheidung den Ursachenzusammenhang nur dann, wenn der Täter an diesem Verhalten nicht beteiligt gewesen ist. Diese Beteiligung wird nicht nur angenommen, wenn der Täter im Rahmen eines aus mehreren Elementen bestehenden *actus reus* tätig wird und ein Element verwirklicht, sondern auch dann, wenn er das Opferhandeln nur vorbereitet.⁷³

Der Sachverhalt der Entscheidung in *Rogers*⁷⁴ liest sich wie folgt: V kaufte Heroin und kehrte mit zwei halbvollen Spritzen zu R zurück. V injizierte R das Heroin. Darauf half R dem V bei der Injektion, indem er ihm mit einem Gürtel den Arm abband. Als daraufhin die Venen in Vs Arm deutlich sichtbar hervortraten, injizierte V sich das Heroin. Er wurde bewusstlos und starb nach acht Tagen. R wurde wegen *constructive manslaughter* in Tateinheit mit s. 23 Offences against the Person Act (OAPA) 1861⁷⁵ angeklagt und verurteilt. Der Court of Appeal wies das gegen das Urteil eingelegte Rechtsmittel zurück.

Zwar erkannte der Court of Appeal, dass die Injektion des Heroins durch das Opfer keine rechtswidrige Handlung sein könne, da sie nicht den Tatbestand einer Straftat erfüllt. Zur Verantwortlichkeit Rs führte Rose LJ aus:

In our judgement, assessment of the defendant's conduct as being that of a principal or secondary party cannot properly be made by having regard merely to the application of the tourniquet in isolation. It is artificial and unreal to separate the tourniquet from the injection. The purpose and effect of the tourniquet, plainly, was to raise a vein in which the deceased could insert the syringe. Accordingly, by applying and holding the tourniquet, the defendant was playing a part in the mechanics of the injection which caused death. It is therefore, as it seems to us, immaterial whether the deceased was committing a criminal offence.⁷⁶

⁷³ Eine Übersicht über alle schwerwiegenden Mängel dieser Entscheidung enthalten: SMITH, J.C.: Commentary – *Kennedy* [1999] Crim.L.R. 65; HEATON, RUSSELL: Dealing in Death, in: [2003] Crim LR 497ff., 504f.

⁷⁴ [2003] 1 WLR 1374, CA.

⁷⁵ Offences against the Person Act 1861, s. 23: Whosoever shall unlawfully and maliciously administer to, or cause to be administered to or taken by any other person any poison, or other destructive or noxious thing, so as thereby to endanger the life of such person, or so as thereby to inflict upon such person any grievous bodily harm, shall be guilty of an offence, and being convicted thereof shall be liable ... to imprisonment for any term not exceeding ten years.

⁷⁶ [2003] 1 WLR 1374, CA. Absatz 7.

... *A fortiori, as it seems to us, a person who actively participates in the injection process commits the actus reus and can have no answer to an offence under section 23 or a charge of manslaughter if death results. Once the defendant is categorised as such a participant, it being common ground that death resulted from the injection, no question arises in relation to causation.*⁷⁷

Übernommen wurde hier der Gedanke, dass eine wie auch immer geartete Beteiligung des Täters an der Injektion und die Injektion durch das Opfer zu einem einheitlichen Sachverhalt verschmelzen. Der Täter wird angesehen, als nehme er selbst die Injektion vor, da eine teilweise eigenhändige Verwirklichung des *actus reus* durch ihn gegeben ist. Dies macht ihn zum Täter der Tat nach s. 23 OAPA 1861 (*administer*) und des *manslaughter*. Die Frage nach der Verursachung (im Hinblick auf das Handeln des Opfers) bedarf dann keiner gesonderten Untersuchung mehr.

In der Entscheidung *Finlay* wurde F verurteilt, nachdem er für das Opfer auf dessen Bitte innerhalb einer Stunde zwei Spritzen mit Heroin vorbereitet und das Opfer sich das Heroin jeweils selbst injiziert hatte. Sie starb. F wurde wegen *constructive manslaughter* verurteilt, wobei die Tat gem. s. 23 OAPA 1861 als die für *constructive manslaughter* erforderliche rechtswidrige Handlung angesehen wurde.

Der Court of Appeal wich bei seiner Begründung der Zurückweisung des Rechtsmittels von den Gründen in *Rogers* ab. S. 23 OAPA 1861 wurde als in der Begehungsart *cause to be administered* einschlägig angesehen. Die im Vergleich zu *Rogers* geringere Involvierung durch F wurde als nicht ausreichend erachtet, rechtserhebliche Unterschiede zwischen den beiden Fällen aufzuzeigen (*non-restrictive distinguishing*). Das Gericht bezeichnet *Rogers* und *Kennedy* als Fälle der Mittäterschaft (*joint principals*). Die prinzipielle Bedeutung freiverantwortlicher Handlungen des Opfers für die Unterbrechung des Verursachungszusammenhangs lehnte das Gericht ausdrücklich ab:

*Intervening acts are only a factor to be taken into account by the jury in looking at all the circumstances.*⁷⁸

Ferner sei eine Unterbrechung des Ursachenzusammenhangs nur dann ohne wertende Betrachtung sicher anzunehmen, wenn das fragliche Verhalten des Opfers auf einem freien Entschluss beruhe, der in Kenntnis und unter Einbeziehung der für die Entscheidung maßgeblichen Umstände getroffen worden sei und zusätzlich etwas Außergewöhnliches, nicht im normalen Verlauf der Dinge Geschehenes sei.⁷⁹

Diese Entscheidung hat das Recht der Verursachung den Grundsätzen der Entscheidung des House of Lords in *Environmental Agency (formerly National Rivers Authori-*

⁷⁷ [2003] 1 WLR 1374, CA. Absatz 8.

⁷⁸ [2003] 1 WLR 1374, CA. Absatz 17.

⁷⁹ [2003] 1 WLR 1374, CA. Absatz 15.

ty) v. *Empress Car Co (Abertillery) Ltd*⁸⁰ zumindest in den Fällen der Hilfestellung bei der Injektion von Drogen angeglichen. Das freiverantwortliche Verhalten auch des Opfers begründet nur dann einen *novus actus interveniens*, wenn es völlig ungewöhnlich war. Beschafft D für V Heroin und bereitet die Spritze vor, so ist es keineswegs außergewöhnlich, dass V sich das Heroin injiziert. Die Frage nach dem Ursachenzusammenhang ist weiterhin Tatfrage, die nur in zwei Ausnahmefällen der Jury entzogen werden darf: Entweder liegt der Ursachenzusammenhang klar auf der Hand oder es handelt sich um einen außergewöhnlich kompliziert gelagerten Fall.

Ob diese Rechtslage vom House of Lords bestätigt wird, ob sie auf sämtliche Fallgestaltungen anzuwenden oder als autonome Rechtsprechung für Fälle des Drogenkonsums anzusehen ist oder es zu einer Rückführung auf die alten Prinzipien kommt, ist nicht sicher.

(2) Eigene Ansicht und Folgen für die Abgrenzung zwischen

principal offender und *accessory*

(a) Kritik

Die tragenden Gründe (*rationes decidendi*) der ersten beiden Entscheidungen können vor dem House of Lords keinen Bestand haben. Sie weisen so eklatante Mängel und Verstöße gegen die bisher etablierten Regeln der *causation* auf, dass eine Bestätigung ausgeschlossen erscheint.⁸¹ In *Kennedy* lag keine Straftat des B vor, an der sich K hätte beteiligen können: Das englische Recht kennt kein Delikt einer unabsichtlichen Selbsttötung (*self-manslaughter*).⁸² Die Verschmelzung der Handlungen des R und des V in *Rogers* wird als willentliche Umgehung der Verursachungsproblematik angesehen.⁸³

Für eine Einschätzung der Entscheidung in der Sache *Finlay* ist es unerlässlich, sich die Bedeutung des Tatbestandmerkmals *cause to be administered* zu vergegenwärtigen. *Administer* bedeutet in s. 23 OAPA 1861, dass die gesundheitsschädliche Substanz in den Organismus des Opfers gelangt. Dies kann ohne körperliche Gewalt oder körperlichen Zwang geschehen, so dass der Täter, der Tränengas in die Augen des Opfers sprüht, nach der Variante *administer* zu bestrafen ist.⁸⁴ *Administer* ist darüber hinaus auch einschlägig, wenn sich das nichtsahnende Opfer das vom Täter bereitgestellte Gift selbst verabreicht. Gleichfalls sollen hier, je nachdem, wie das Gift in den Körper des Opfers gelangt, die Varianten *cause to be administered* oder *cause to be*

⁸⁰ [1998] 1 All ER 481, HL.

⁸¹ HEATON, RUSSELL: *Dealing in Death*, in: [2003] Crim LR 497; ders.: *Principals? No Principles!*, in: [2004] Crim.L.R. 463, SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 100f.

⁸² SMITH, SIR J.C.: *Kommentar – Kennedy*, in: [1999] Crim.L.R. 67f, 68.

⁸³ HEATON, RUSSELL: *Principals? No Principles*, in: [2004] Crim.L.R. 463ff., 465.

⁸⁴ *Gillard* (1988) 87 Cr.App.R. 189 (CA).

*taken*⁸⁵ einschlägig sein.⁸⁶ Die Voraussetzung, dass die giftige Substanz gegen den Willen des Opfers in seinen Organismus gelangt, oder im Falle, dass es sich die Substanz selbst verabreicht, es nichts von der Gefährlichkeit seiner eigenen Handlung weiß, zeigt, dass das Eindringen des Gifts in den Organismus nie auf dem freien Willensentschluss des Opfers beruht. Alle drei Begehungsvarianten der OAPA 1861, s. 23 erfassen die täterschaftliche Begehung. Nur die Handlung des nichtsahnenden Opfers unterbricht nach bislang allgemeiner Ansicht nicht die Verursachungsreihe.⁸⁷ Auch in den beiden letzten Varianten des Tatbestandes (*cause to be administered, cause to be taken*) setzt *cause* voraus, dass kein *novus actus interveniens* zwischen den Handlungen des Täters und dem Erfolgseintritt steht. Dies gilt grundsätzlich für die Verwendung von *cause* im Gesetz, das somit immer nur die Strafbarkeit des Täters normiert.⁸⁸

Im Ergebnis hat hier eine Anwendung des „extensiven Täterbegriffs“ nach deutscher Dogmatik stattgefunden. Eine nicht einmal nach bislang geltendem englischen Recht für die Begründung der Täterschaft ausreichend kausale Handlung wurde als hinreichend für eine Verurteilung wegen tatsächlich begangener Vergiftung angesehen. Zwar ist die *causation in fact* gegeben. Das Handeln von F war die Ursache dafür, dass das Heroin in den Körper des Opfers gelangte. Der Tod des Opfers wäre nicht eingetreten, wenn Finlay nicht die Spritze vorbereitet hätte. Anders verhält es sich mit der *causation in law*. Die Injektion ist ein *free, voluntary and deliberate act*, vorgenommen vom Opfer selbst. An sich müsste hier die Ursachenreihe unterbrochen sein. Allein die Kumulierung von freiem Entschluss und fehlender Vorhersehbarkeit als Voraussetzung der Unterbrechung des Ursachenzusammenhangs bot die Möglichkeit, eine Verursachung anzunehmen, wie dies auch durch den Court of Appeal geschehen ist.

(b) Ausblick

Diese Vorgehensweise ist jedoch gerade vom House of Lords in *Empress Cars*⁸⁹ entwickelt worden. Eine klare Abweichung des House of Lords davon ist nicht zu erwarten, wenn ein vergleichbarer Sachverhalt dem Gericht zur Entscheidung vorgelegt wird. In den Fällen des Drogenkonsums und der Hilfestellung durch einen Bekannten ist die Folge der neuen Rechtsprechung nicht, dass der Bereich der Täterschaft gegenüber dem der Teilnahme generell erweitert wird. Es geht vielmehr um Fälle, in denen überhaupt erst eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet

⁸⁵ *Cause to be taken* erfasst nur Sachverhalte, in denen den das Opfer die gesundheitsschädliche Substanz zu sich nimmt, so dass sie im Inneren des Körpers wirkt, *Gillard* (1988) 87 Cr.App.R. 189 (CA).

⁸⁶ *Harley* (1830) 4 C & P 396.

⁸⁷ MURPHY, PETER (Hrsg.): *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford 2004, B 2.49; SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 444; WILLIAMS, GLANVILLE: *Textbook of Criminal Law*, 2. Auflage London 1983, S. 330; WILSON, WILLIAM: *Criminal Law*, London New York 2. Aufl. 2003, S. 321.

⁸⁸ Vgl. die Interpretation von *cause* in s. 20 OAPA.

⁸⁹ [1998] 1 All ER 481, HL.

wird. Der Grund für diese Ausweitung mag in kriminalpolitischen Erwägungen zu sehen sein. Denn bis zu dieser Rechtsprechung konnten Personen, die einem anderen Hilfe bei dessen eigener Injektion von Drogen leisten, nicht bestraft werden.

Ansonsten ist in Fallkonstellationen der Teilnahme eine Erweiterung der Täterschaft zu Lasten der Teilnahme durch die Einführung des kumulativen Tests nicht zu befürchten. Zwar sind in der Literatur Stimmen laut geworden, die Entscheidung in *Environmental Agency (formerly National Rivers Authority) v. Empress Car Co (Abertillery) Ltd* ebene den Unterschied zwischen Täter und Teilnehmer weitgehend ein und mache die Unterscheidung gänzlich überflüssig.⁹⁰ Diese Befürchtungen gehen zu weit: Zum einen hat die Modifizierung lediglich zwei Bereiche betroffen, das Drogenmilieu und den Naturschutz. Der Wortlaut der Entscheidungen deutet darauf hin, dass generalpräventive Überlegungen für die Ausweitung der Verursachung (*causation*) eine Rolle gespielt haben. In *Environmental Agency (formerly National Rivers Authority) v. Empress Car Co (Abertillery) Ltd* haben die Law Lords zudem deutlich gemacht, dass nur eine Auslegung des jeweils einschlägigen Gesetzes die Anwendung des neuen Tests rechtfertigen könne. Die Befürchtung,⁹¹ diese im Zivilrecht begonnene Auflösung der Prinzipien der Verursachung könnten in vollem Umfang für das Strafrecht übernommen werden, kann nicht geteilt werden.

3. Die Unterscheidung von Täter und Teilnehmer bei den Unterlassungsdelikten: Kausalität und Unterlassungen

Unsicher und umstritten ist die Rechtslage hinsichtlich der Abgrenzung von Täter und Teilnehmer bei den Unterlassungsdelikten.⁹² Die Rechtsprechung hat die Frage bislang nicht behandelt, wer als Täter, wer als Teilnehmer anzusehen ist, wenn ein Garant nicht gegen das aktive Tun eines anderen einschreitet, das zur Verletzung seines Schutzbefohlenen führt.

Mangels einer auf diese Fragestellung ausgerichteten Rechtsprechung sollen zunächst Erwägungen in der Literatur vorgestellt und ihre Vereinbarkeit mit den wenigen Hinweisen in der Rechtsprechung überprüft werden.

a) Ansichten in der Literatur

HART und HONORÉ gehen in ihrem für die englische Verursachungslehre maßgeblichen Werk davon aus, dass schon das erste Element der Verursachung (*causation*), die *causation in fact*, bei Unterlassungen zur Ermittlung der Ursache nicht gegeben sein könne. Der *but-for-Test* könne nicht greifen, da kein naturgesetzlicher

⁹⁰ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, Oxford 2003, S. 240f. Bericht Nr. 305 der Law Commission "Participating in Crime", S. 176, Fn. 10, <http://www.lawcom.gov.uk> (Stand Januar 2008).

⁹¹ O'DOHERTY, STEPHEN: *Involuntary Manslaughter: Where to Know?*, in: [2004] *Justice of the Peace* S. 5ff., 7.

⁹² JEFFERSON, MICHAEL: *Criminal Law*, 6. Aufl. 2003 Harlow, S. 150.

Zusammenhang zwischen einem Unterlassen und einem Erfolg bestehen könne.⁹³ Die *causation in law* als zweite Voraussetzung spielt dann keine Rolle mehr.

HART und HONORÉ wollen das für sie untaugliche Mittel zur Begründung eines Zusammenhangs zwischen Unterlassen und Erfolg auf andere Weise erreichen. Der Eintritt eines Erfolges werde durch viele Faktoren bestimmt. Im Recht müsse innerhalb dieser Faktoren zwischen Umständen (*conditions*) und der Ursache (*cause*) unterschieden werden. Die Unterscheidung sei eine Sache des gesunden Menschenverstandes (*common sense*), doch könne ein Grundunterschied zwischen Umständen und der Ursache festgestellt werden. Umstände seien das, was als natürliche Gegebenheit (*normal*) anzusehen sei, die Ursache hingegen stellt eine Abweichung von der Normalität (*abnormal*) dar.⁹⁴

Bei Unterlassungen müsse diese Unterscheidung modifiziert werden. Greife niemand in den natürlichen Lauf der Dinge ein, so könne hier keine Abweichung von der Normalität festgestellt werden. Hier seien es deshalb menschliche Normen, deren Einhaltung einen natürlichen Lauf der Dinge, die „Normalität“, erst begründen. Eine Abweichung von diesem natürlichen Lauf der Dinge sei das „Anormale“, das als Ursache für den missbilligten Erfolg angesehen werde. Dabei unterscheiden HART und HONORÉ sehr genau zwischen dem, was den natürlichen Lauf der Dinge begründet, den menschlichen Normen, und der daraus folgenden Normalität: Allein eine Abweichung von der Normalität sei das „Anormale“, nicht allein die Abweichung von einer durch Menschen gesetzten Norm. Diese Ansicht illustrieren sie mit einem Beispiel: Ein Gärtner lässt die ihm anvertrauten Blumen vertrocknen. Natürlich wird er für das Absterben der Pflanzen verantwortlich gemacht, obgleich eine unbegrenzte Vielzahl von Menschen die Blumen auch hätten gießen können. Nur nimmt sein Unterlassen unter dem Unterlassen vieler anderer eine Sonderstellung ein, weil er von der Normalität abgewichen ist, die darin besteht, dass er als Gärtner immer die Blumen gegossen hat.⁹⁵ Gleichwohl erkennen sie an, dass in diesen Fällen die Abweichung von der Normalität und die pflichtverletzende Unterlassung zusammenfallen. Dies zeigt, dass HART und HONORÉ die Pflicht zu handeln zumindest zum Teil als Substitut der Verursachung beim Unterlassen ansehen. Beendete man diesen Gedankengang konsequent, könnte der Pflichtige immer nur Täter einer Unterlassung sein, nicht Teilnehmer.

BEYNON führt diesen Gedankengang zu Ende und vertritt, dass die Garantenstellung ein Element der Verursachung bei Unterlassungsdelikten sei. Deshalb seien alle beteiligten Garanten immer als Täter anzusehen.⁹⁶

⁹³ HART, H.L.A.; HONORÉ, TONY: *Causation in the Law*, 2. Aufl. Oxford 1985, S. 127f.

⁹⁴ HART, H.L.A.; HONORÉ, TONY: *Causation in the Law*, 2. Aufl. Oxford 1985, S. 32ff.

⁹⁵ HART, H.L.A.; HONORÉ, TONY: *Causation in the Law*, 2. Aufl. Oxford 1985, S. 38.

⁹⁶ BEYNON, HELEN: *Causation, Omissions and Complicity*, in: [1987] *Crim.L.R.* 537ff., 544f.

SIMESTER und SULLIVAN sind der Ansicht, dass ein Unterlassen sehr wohl ursächlich für einen Erfolg sein kann.⁹⁷ Die Verantwortlichkeit eines Unterlassenden sei zu bestimmen, indem erstens festgestellt werde, ob der Untätige ein Garant sei. Zweitens fordern sie, die Unterlassung müsse die *condicio sine qua non* für den Erfolgseintritt sein. Dabei ist zu fragen, ob der Erfolg auch im Falle eines Handelns durch den Garanten eingetreten wäre. So komme es, dass ein Garant sowohl Teilnehmer an der Tat eines anderen, die gegenüber seinem Schützling begangen worden ist, sein kann, als auch wegen der gleichen Tat als Unterlassungstäter bestraft werden kann.⁹⁸

b) Die Rechtsprechung

Als gesichert kann angesehen werden, dass die Rechtsprechung die *causation in fact* als Voraussetzung für die Täterschaft durch Unterlassen ansieht. Beim Unterlassen wird die *causation in fact* ermittelt, indem gefragt wird, ob der Erfolg auch eingetreten wäre, wenn der Täter die gebotene Handlung nicht unterlassen hätte. Lautet die Antwort „nein“, so sei die Unterlassung eine *condicio sine qua non* für den Erfolgseintritt.⁹⁹ Diese Fragestellung stimmt mit der verbesserten Kausalitätsformel der deutschen Dogmatik überein.

Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen besteht jedoch Unsicherheit. In der Sache *Russell*¹⁰⁰ war dem Angeklagten vorgeworfen worden, seine Frau und seine beiden Kinder ermordet zu haben. Russell hatte nach Ansicht der Anklage seine Frau sowie den Kinderwagen, in dem sich seine zwei kleinen Kinder befanden, in ein Schwimmbecken gestoßen. Russell hatte sich wie folgt zu den Anschuldigungen eingelassen: Zwischen ihm und seiner Frau sei es zu einem Streit gekommen. Sie hatte daraufhin, um ihren Mann zum Bleiben zu bewegen, den Wagen selbst in den Pool geschoben und sich dann ebenfalls in das Becken gestürzt. Er habe versucht, die drei zu retten. Das sei ihm aber nicht gelungen.

Bei seiner Belehrung der Jury über die Beweis- und Rechtslage (*summing up*) erklärte der Richter, dass Russell des Mordes (*murder*) für schuldig zu befinden sei, wenn die Jury überzeugt sei, dass er die Frau und die Kinder in das Becken gestoßen habe. Wenn er allerdings nur tatenlos zugesehen habe, wie seine Familie ertrinkt, müsse man ihn wegen Tötung (*manslaughter*) verurteilen. Russell legte Rechtsmittel zum Full Court ein.

Die Mehrheit der Richter verwarf die Rechtsauffassung des Tatrichters. Wenn er zugesehen hatte, wie seine Frau und Kinder ertranken, dann war er als Teilnehmer

⁹⁷ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 103f.

⁹⁸ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 205.

⁹⁹ *Dalloway* (1847) 2 Cox C.C. 273; *Morby* (1882) 8 Q.B.D. 571; *Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* [1969] 1 Q.B. 354.

¹⁰⁰ [1933] V.L.R. 59.

(*accessory*) am Mord seiner beiden, Kinder begangen von seiner Frau, zu verurteilen. Abweichend davon befand McArthur J, dass Russell, wenn er untätig geblieben sei, als Täter wegen der Tötung (*manslaughter*) seiner Kinder zu bestrafen sei. Er habe als Vater die Pflicht, seine Kinder aus einer Gefahr zu retten, soweit ihm das zumutbar sei. Dieser Pflicht sei er aber nicht nachgekommen.

Nach der Rechtsauffassung der Mehrheit des Gerichts kann auch Teilnehmer sein, wer als Garant angesichts einer von einem Dritten geschaffenen Gefahr nicht handelt. Das bedeutet, dass die Handlungspflicht keine Voraussetzung der Verursachung ist. Wäre sie es, so hätte Russell zwingend als Täter bestraft werden müssen, da er den Tod seiner Kinder durch sein Unterlassen verursacht hat. Die *causation in fact* ist gegeben: Seine Kinder wären nicht ertrunken, wenn er sie aus dem Becken gerettet hätte. Die *causation in law* ist durch die Handlungspflicht substituiert. Russell hatte als Vater die Pflicht, seine Kinder zu retten. Nach der Auffassung McArthurs J setzt die Verursachung bei Unterlassungsdelikten das Bestehen einer Garantenstellung (*duty to act*) voraus. Indem Russell bei Bestehen einer solchen Garantenstellung es unterließ, seine Kinder zu retten, verursachte er ihren Tod und stand damit als Täter fest.

Eine weitere Entscheidung, die in der Literatur im Zusammenhang mit der Frage nach den Voraussetzungen der Verursachung bei Unterlassungsdelikten zitiert wird, ist in der Sache *Gibson and Gibson*¹⁰¹ ergangen. Das Ehepaar Gibson wurde wegen einer schweren Körperverletzung angeklagt, begangen an ihrer einen Monat alten Tochter. Festgestellt werden konnte nicht, ob beide Eltern oder nur ein Elternteil die Misshandlung begangen hatten. Das Rechtsmittelverfahren hatte wegen einer falschen Belehrung der Jury durch den Tatrichter Erfolg, so dass die Ausführung Connor LJ als obiter dictum anzusehen ist:

*The evidence established that while in their joint custody and control the baby had sustained grievous bodily harm which had been inflicted by one, other or both parents. There being no explanation from either parent, ... the inference can properly be drawn that they were jointly responsible and so both guilty as charged*¹⁰²

Dieser Passage des Urteils ist nicht zu entnehmen, dass der Richter hier an zwei Täter (*jointly responsible*) dachte, von denen der eine das Kind misshandelte und der andere die gebotene Rettungshandlung unterließ. Lediglich eine Gleichsetzung von *jointly responsible* mit *joint principals* (Mittäter) könnte hier darauf hinweisen, dass Connor LJ die Handlungspflicht (*duty to act*) als Substitut der Verursachung bei Unterlassungsdelikten angesehen hat und folglich beide Eltern als Täter bestraft sehen wollte. Andererseits sind die Ausführungen des Tatrichters bei der Belehrung

¹⁰¹ (1985) 80 Cr.App.R. 24.

¹⁰² *Gibson and Gibson* (1985) 80 Cr.App.R. 24, 30.

der Jury, die eine Teilnahme voraussetzen scheinen¹⁰³, unwidersprochen geblieben. Das Urteil ist an dieser Stelle unklar und lässt einen Schluss auf die Rechtslage hinsichtlich der Verursachung bei Unterlassungen nicht zu.¹⁰⁴

In *Russell and Russell*¹⁰⁵ wurden die angeklagten drogenabhängigen Eltern, von denen zumindest ein Elternteil dem fünfzehn Monate alten gemeinsamen Kind Methadon zur Ruhigstellung verabreicht hatte, unter anderem wegen Kindstötung (*child manslaughter*) gem. Children and Young Persons Act 1933, s. 1 (1) verurteilt. Unklar war, wer dem Kind die Überdosis verabreicht hatte. Das Rechtsmittel gegen die Verurteilung wegen dieses Anklagepunkts wurde zurückgewiesen, weil die Verabreichung der Droge von den Eltern gemeinsam geplant gewesen sei. Die Formulierungen dieses Urteils lässt eine Einordnung der Verantwortlichkeit als Teilnehmer der Tat des jeweils anderen, wenngleich auf Grundlage eines *joint enterprise*¹⁰⁶, zu.

Die neueste Entscheidung auf diesem Gebiet ist *Forman und Ford*¹⁰⁷. V wurde auf der Straße von der Polizei festgenommen, mit Handschellen gefesselt und zu einer Wache gebracht. Dort führten ihn die Polizisten Foreman und Ford in eine Zelle. Als der V die Tür durchschritten hatte, wurde er von hinten auf den Kopf geschlagen. Er konnte nicht sagen, wer den Schlag geführt hatte. Die beiden Polizisten wurden wegen Körperverletzung (*assault occasioning actual bodily harm*) gem. s. 47 OAPA 1861 angeklagt. Der Richter belehrte die Jury, dass sie nur dann eine Verurteilung aussprechen könnte, wenn sie überzeugt sei, dass der untätige Angeklagte durch seine Untätigkeit den anderen zur Tatbegehung ermuntert habe (*encouraged*). Die Jury sprach die Angeklagten frei. Auch hier spricht die Verwendung des Terminus *technicus* einer Teilnahmeform dafür, dass der Richter von einer Teilnahme und nicht einer Täterschaft durch Unterlassen ausging, obwohl im Falle des Eingreifens des einen Polizisten der Gefangene nicht hätte geschlagen werden können und er eine Garantenstellung gegenüber dem Gefangenen hatte, die Voraussetzungen für eine Täterschaft also gegeben waren.

c) Zusammenfassung

Vor dem Hintergrund der Entscheidung in *Russell* und den Ansichten in der Literatur kann die Rechtslage dahingehend interpretiert werden, dass immer der aktiv Handelnde als Täter, der Unterlassende als Teilnehmer angesehen werden wird,

¹⁰³ *Gibson and Gibson* (1985) 80 Cr.App.R. 24, 29.

¹⁰⁴ Zur Kritik an diesem obiter dictum WILLIAMS, GLANVILLE: Which of You Did It?; in: (1989) 52 M.L.R. 179ff., 195ff.

¹⁰⁵ *Russell and Russell* (1987) 85 Cr.App.R. 388, 395.

¹⁰⁶ *Russell and Russell* (1987) 85 Cr.App.R. 388, 389 (...*aided, abetted, counselled or procured*...), 394 (*party to the administration of this very drug*...), 394 (... *was a joint enterprise* ...).

¹⁰⁷ [1988] Crim.L.R. 677.

soweit der Unterlassende eine Handlungspflicht trägt.¹⁰⁸ Die Garantenstellung schließt eine Bestrafung wegen der Teilnahme nicht aus.

4. *The doctrine of innocent agency* – die mittelbare Täterschaft im englischen Strafrecht

Sind an der Verwirklichung einer Straftat zwei Personen in der Weise beteiligt, dass der eine die tatbestandliche Ausführungshandlung (*actus reus*) vornimmt, wobei er einen Strafbarkeitsmangel aufweist, der andere, ohne den *actus reus* zu verwirklichen, den einen zu seinem Handeln veranlasst hat, so kann Letzterer auf der Grundlage der *doctrine of innocent agency* als Täter angesehen werden.

a) Der Anwendungsbereich der *doctrine of innocent agency*

aa) Verwirklichung *des actus reus* durch den *innocent agent*

Nach dem, was in der Einleitung gesagt wurde, drängt sich die Frage auf, ob der Anwendungsbereich der *innocent agency* auch Fallkonstellationen erfasst, in denen der *agent* den *actus reus* des Delikts nicht verwirklicht hat. Bislang einhellige Meinung in der Literatur ist, dass zur Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Wege der *innocent agency* jedenfalls der *actus reus* verwirklicht sein muss.¹⁰⁹

Doch lassen der Sachverhalt und die Urteilsbegründung in *Woby v. B and O*¹¹⁰ die Anwendbarkeit der *doctrine of innocent agency* auch in einem Fall objektiv tatbestandslosen Handelns als möglich erscheinen. Der dreizehn Jahre alte B und der fünfzehn Jahre alte O baten einen erwachsenen Passanten, für sie in einer Wein- und Spirituosenhandlung Bier zu kaufen. Der Passant tat, worum die Jungen ihn gebeten hatten, und händigte ihnen das Bier außerhalb der Geschäfts aus.

B und O wurden wegen Verstoßes gegen s. 169(2) Licensing Act 1964 angeklagt. Es konnte nicht bewiesen werden, dass sie überhaupt von dem Bier getrunken hatten. Vor diesem Hintergrund sah der Magistrates' Court es nicht als erwiesen an, dass B und O die Käufer des Bieres im Sinn der s. 169(2) Licensing Act 1964 gewesen waren und sprach sie frei.

Das Rechtsmittel der Anklage wurde vom Divisional Court zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt:

¹⁰⁸ Das stimmt mit der australischen Sicht der Rechtslage überein, FINN, JEREMY: *Culpable Non-Intervention: Reconsidering the Basis for Party Liability by Omission*, in: (1994) 18 *Crim.L.J.* 90ff., 101ff. m.w.N.

¹⁰⁹ ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 198; *The Law Commission: Consultation Paper No. 131 – Assisting and Encouraging Crime*, 1993 HMSO, S. 8; SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 142; SMITH, K. J. M.: *A modern Treatise on the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 95.

¹¹⁰ [1986] *Crim.L.R.* 183. Ähnlich, aber mit anderer Begründung, die eine Anwendung der *doctrine of complicity* verneint: *Sherras v. De Rutzen* [1895] 1 *Q.B.D.* 918.

They could not be deemed to have been on the premises just because their agent who purchased on their behalf was there, any more than they could be deemed to have consumed liquor in a bar when they had not done so in fact. The adult who went into the off-licence did not commit an offence as a principal under section 169(3) of the Act ...

Das Gericht schloss eine strafrechtliche Ahndung für O und B offenbar deshalb aus, weil sie sich nicht innerhalb des Geschäfts befunden hatten. Das aber ist eine Voraussetzung der Strafbarkeit nach s. 169(2) Licensing Act 1964. Aus der Sicht des Gerichts ist die *doctrine of innocent agency* hier nicht anwendbar, weil es sich um ein eigenhändiges Delikt handelt: O und B konnten nicht „durch ein Werkzeug“ in dem Spirituosenladen anwesend sein und dort Bier kaufen. Wenn dies aber der einzige Grund für den Freispruch ist, so folgt aus dem Urteil, dass keinerlei Bedenken dagegen bestehen, einen tatbestandslos handelnden Dritten als Werkzeug anzusehen. Der Erwachsene wusste, für wen er das Bier kaufte, und konnte nicht mangels Vorsatzes *agent* sein. Er verwirklichte aber den *actus reus* nicht, weil er über 18 Jahre alt war. Der tatbestandslos handelnde *agent* ist noch in keiner maßgeblichen Entscheidung erwähnt worden, so dass es voreilig wäre, dieses Konzept als gefestigt entwickeltes Recht vorzustellen. Es soll für die weitere Darstellung deshalb mit der allgemeinen Ansicht davon ausgegangen werden, dass der *innocent agent* zumindest den *actus reus* verwirklicht haben muss.

Aus dieser Voraussetzung folgt die erste Einschränkung des Anwendungsbereiches der *doctrine of innocent agency*. Bei dem *actus reus* muss es sich grundsätzlich um ein von einer freien Willensentscheidung getragenes Verhalten (*voluntary conduct*)¹¹¹ handeln:

*The ...requirement that it should be a voluntary act is essential, not only in a murder case but also in every criminal case.*¹¹²

¹¹¹ Die in der Literatur vertretenen Meinungen zur Bedeutung eines *voluntary conduct* entsprechen nicht dem Erfordernis der deutschen Dogmatik nach einem „willensgetragenen Verhalten“. Die traditionelle Ansicht sieht das Erfordernis dann als erfüllt an, wenn ein von einer freien Willensentscheidung getragenes Verhalten vorliegt. Ist das nicht der Fall, wie bei reflektorisches Bewegungen, so fehlt es bereits an einem *actus reus*. Es geht hier um die tatsächliche Steuerung durch den Willen. So kann bereits eine der Routine und Gewohnheit entspringende Bewegung, die nicht bewusst bedacht wurde, schon nicht mehr als *voluntary act* angesehen werden. Ein neuerer Ansatz ist das *control principle*. Die Vertreter dieser Ansicht stimmen mit der traditionellen Ansicht darin überein, dass reflektorisches Bewegungen nicht ein Verhalten sein können. Sie ziehen dieses Ergebnis aber aus der Erkenntnis, dass allein dann ein Verhalten vorliegt, wenn eine Bewegung oder ein Unterlassen einer solchen Bewegung vom Willen gesteuert werden kann, HUSAK, D.: Does Criminal Liability Require an Act?, in: Duff, A. (Hrsg.): Philosophy and the Criminal Law, Cambridge 1999, S. 60ff., 65ff.; SIMESTER, A.P.: „On the So-called Requirement for Voluntary Action“, in: (1998) Buffalo Criminal Law Review, S. 403ff., 414ff. Die praktischen Unterschiede der beiden Ansichten sind gering. Für die vorliegende Untersuchung ist es unerheblich, welchem Verständnis von *voluntary conduct* gefolgt wird.

¹¹² Denning LJ in *Bratty v A-G for Northern Ireland* [1963] AC 386, 409.

Ergreift hingegen P den Arm des A, der in seiner Hand ein Messer hält, und sticht mit As Arm V, der daraufhin stirbt, so wird ein solcher Fall nicht als *murder* im Wege der *innocent agency* angesehen, sondern als Frage der Verursachung durch P betrachtet.¹¹³ Wenn hier vom *actus reus* gesprochen wird, den der *agent* verwirklicht haben muss, ist dies in einer Hinsicht zu relativieren. Viele Delikte erfordern eine besondere Qualität oder einen besonderen personen- oder dienstrechtlichen Status des Täters. Diese müssen nicht beim *agent*, sondern allein beim Täter vorliegen. Wenn im Folgenden vom *actus reus* gesprochen wird, der durch den *agent* verwirklicht wird, müssen darunter das Verhalten oder die durch das Verhalten des *agent* verursachten tatbestandlichen Erfolge verstanden werden. Die Gründe für dieses Verständnis des *actus reus* sind der gewünschte weite Anwendungsbereich der *doctrine of innocent agency* sowie die Tatsache, dass allein die Handlungen des *agent* dem Täter zugerechnet werden.¹¹⁴

bb) Delikte, die keine *mens rea* voraussetzen

Grundsätzlich erfordert das englische Recht zur Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit eines Täters einen von der *mens rea* getragenen *actus reus*. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch zwei Ausnahmen, die die Anwendbarkeit der *doctrine of innocent agency* ausschließen.

Zum einen kennt das englische Strafrecht die strenge oder absolute Erfolgshaftung (*state of affair offences*). Bereits vorgestellt wurden die Entscheidungen in der Sache *Larsonneur*¹¹⁵ und *Winzar v. Chief Constable of Kent*¹¹⁶. In beiden Fällen sahen die Richter ein willensgetragenes Verhalten der Angeklagten nicht als Voraussetzungen für eine Verurteilung an. In *Winzar* war die pönalisierte Situation darüber hinaus noch von staatlicher Seite herbeigeführt worden.¹¹⁷

Für die Anwendbarkeit der *doctrine of innocent agency* bedeuten diese Entscheidungen Folgendes: In Fällen, in denen für die Strafbarkeit des Täters keine weiteren Voraussetzungen neben dem Antreffen in einer bestimmten Situation gefordert werden, kann die *doctrine of innocent agency* nicht angewendet werden. Sind über das Angetroffenwerden in einer bestimmten Situation hinaus keinerlei Voraussetzungen zu erfüllen, so kann es auch keine Strafbarkeitsmängel auf Seiten eines „Werkzeugs“ geben. Selbst wenn ein anderer die pönalisierte Situation begründet

¹¹³ Das Beispiel stammt aus HALE, SIR MATTHEW: *Historia Placitorum Coronae*, Bd. 1, 1736, Neudruck London 1971, S. 434.

¹¹⁴ SMITH, K. J. M.: *A modern Treatise on the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 105.

¹¹⁵ 24 Cr. App. R. 74.

¹¹⁶ *Winzar v Chief Constable of Kent*, *The Times*, 28. März 1983.

¹¹⁷ Gegen eine weitere Anwendung dieser Entscheidungen könnte die Geltung der EMRK sprechen. Zudem hat das House of Lords in der Entscheidung *Alphazell Ltd v Woodward* [1972] A.C. 824 angedeutet, dass bei einem absoluten Erfolgshafungsdelikt eine Verteidigungseinrede bestehen könnte.

(wie in *Winzar*), ist eine *innocent agency* nicht denkbar. Wird der Täter danach bestimmt, ob die gesetzliche oder in der Rechtsprechung herausgebildete Situation die ist, in der der Angeklagte aufgefunden wird¹¹⁸, so bleibt kein Raum für eine Beteiligung eines anderen.

Zum anderen ist bei den reinen Erfolgshaftungsdelikten (*offences of strict liability*) ein vom Vorsatz getragenes Verhalten des Täters nicht erforderlich. Selbst (objektive) Pflichtwidrigkeit ist keine Voraussetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Im Rahmen der tatbestandlichen Defizite des Werkzeugs wird auf die Anwendbarkeit der *doctrine of innocent agency* bei *offences of strict liability* zurückgekommen.¹¹⁹

cc) Sonderdelikte

Wenn ein Delikt eine besondere Täterqualität erfordert, so kann nur Täter sein, wer diese besonderen Merkmale aufweist. Fehlt ein solches Merkmal bei einer Person, die sich eines vorsatzlos Handelnden bedient, so kann er nicht Täter, der andere nicht *innocent agent* sein.¹²⁰ Möglich bleibt aber die Verurteilung der Person, der die besondere Täterqualität fehlt, als Teilnehmer.¹²¹

dd) Eigenhändige Delikte (*non proxyable offences*)

Als mögliche Grenze des Anwendungsbereichs der *doctrine of innocent agency* werden die eigenhändigen Delikte (*non proxyable offences*) diskutiert. Ausgangspunkt der Diskussion war die Entscheidung in der Sache *Cogan and Leak*.¹²² Es sei in Erinnerung gerufen, dass Leak verurteilt wurde, weil „er dafür gesorgt hatte, dass Cogan seinen Körper als das Mittel zur Vergewaltigung seiner Ehefrau verwendete“. Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung entzündeten sich vor allem daran, dass Lawton J in einem *obiter dictum* seiner Ansicht Ausdruck verliehen hatte, Leak wäre besser als Täter angeklagt worden:

*Had Leak been indicted as a principle offender, the case against him would have been clear beyond argument.*¹²³

¹¹⁸ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl.; London Edinburgh 2002, S. 144.

¹¹⁹ Die Law Commission hat im Jahr 1989 grundsätzlich das tatbestandslose Handeln aus der Reihe der Strafbarkeitsdefizite ausgeschlossen. Das zeigt das Verständnis des Begriffes *defence* in cl. 26 (1) (c) (iii), vgl. Law Commission Report No. 177, Vol. 2, London 1989, cl. 26, 9.13., S. 205. Allein in Fällen der *strict liability* soll *automatism* ein Strafbarkeitsdefizit sein. Das gibt aber, wie von der Law Commission a.a.O. eingeräumt, nicht die damalige (und heutige) Rechtslage wieder.

¹²⁰ SMITH, J. C.: *Commentary - Cogan and Leak* [1975] *Crim.L.R.* S. 585ff., 586.

¹²¹ *Ram and Ram* (1893) 17 *Cox C.C.* 609.

¹²² [1976] *QB* 217, CA.

¹²³ [1976] *QB* 217, 223 Absätze B – C, C.A.

Die Entscheidung wurde stark kritisiert:¹²⁴ Insbesondere wurde in verfahrensrechtlicher Hinsicht gegen sie vorgebracht, dass in Fällen wie diesem die Formulierung der Anklageschrift zwangsläufig die Tatsachen verzerren würde. Wendete man die *doctrine of innocent agency* an und formulierte, Leak habe seine Frau vergewaltigt, so wäre dies bei rein tatsächlicher Betrachtung der Geschehnisse falsch. Leak hatte während des Geschehens keinen körperlichen Kontakt mit seiner Frau. Es wäre eine verfälschende Künstlichkeit in der Sprache gewesen zu behaupten, Leak habe seine Ehefrau vergewaltigt, denn dazu ist nach natürlichem Verständnis ein körperlicher Akt des Täters selbst notwendig.

Seither hat sich bei zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der *doctrine of innocent agency* eine „Wortlauttheorie“ herausgebildet. Das Verhalten eines *innocent agent* kann nur dann dem Täter „zugerechnet“ werden, wenn es weder ein Verstoß gegen das allgemeine Sprachgefühl noch einen Missbrauch der Sprache darstellt, wenn formuliert wird, der Täter habe die Tat begangen oder er habe durch den *innocent agent X* die Tat begangen.¹²⁵ Die von ALLDRIDGE¹²⁶ vorgenommene Weiterung dieser Ansicht, die zwischen Erfolgsdelikten (*result crimes*), bei denen die *doctrine of innocent agency* immer anwendbar sei, und Tätigkeitsdelikten, die keine Tatbegehung durch einen anderen zuließen, ist nicht hinreichend trennscharf: Der Einbruchsdiebstahl (*burglary*) setzt als Tätigkeit einen Hausfriedensbruch (*trespass*) voraus. Diese Tätigkeit macht die *doctrine of innocent agency* beim Einbruchsdiebstahl nach dieser Ansicht unanwendbar. Doch ist schon seit HALE anerkannt, dass die Begehung durch einen *agent* erfolgen kann.¹²⁷

Die Wortlauttheorie hat ihren Niederschlag nun jedenfalls implizit in *DPP v. K and B*¹²⁸ gefunden. Die Mädchen K, vierzehn Jahre alt, und C, elf Jahre alt, bedrohten und beraubten ihr Opfer, die vierzehnjährige W. Sie befahlen ihr, sich auszuziehen und mit einem unbekanntem Jungen Geschlechtsverkehr zu haben. Im Hinblick auf die Anklage wegen Teilnahme an der Vergewaltigung der W wurden sie freigesprochen. Im Rechtsmittelverfahren gegen den teilweisen Freispruch vermied der Divisional Court es, die Möglichkeit einer Begehung der Vergewaltigung durch einen *agent* zu erörtern. Seitdem dürfte die unglückliche Formulierung Lawton's LJ in *Cogan and Leak* gegenstandslos sein. Unter Verwendung eines *agent* kann der Täter nach der aus den

¹²⁴ SMITH, J. C.: *Commentary* - Cogan and Leak, [1975] Crim.L.R. S. 585ff., 585f.

¹²⁵ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl.; London Edinburgh 2002, 142f.

¹²⁶ ALLDRIDGE, PETER: *The Doctrine of Innocent Agency*, in: (1990) 2 Crim.L.R. 45 ff., 54 ff.; ebenso SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl.; Oxford 2003, 197f.

¹²⁷ HALE, SIR MATTHEW: *Historia Placitorum Coronae*, Bd. 1, Neudruck London 1971, S. 555.

¹²⁸ [1997] Crim.L.R. 121; zustimmend SMITH, J. C.: *Commentary* - *DPP v K and B* [1997] Crim.L.R. 121ff.

Präzedenzfällen entwickelten Wortlauttheorie *homicide* (*murder* und *manslaughter*), *burglary*, *theft*, *fraud* und *forgery* unter Verwendung eines *agent* begehen.¹²⁹

b) *Innocent agent*

aa) *Agent*

Sowohl der Begriff der *innocence* wie auch der des *agent* werden weit ausgelegt. Die Anwendbarkeit *doctrine of innocent agency* erfordert deshalb nicht ausschließlich das Handeln des Täters durch eine andere Person, die dann als *irresponsible agent* bezeichnet wird. *Innocent agency* kann auch vorliegen, wenn eine Person einen unbelebten Gegenstand oder ein Tier benutzt, um einen gesetzlichen Tatbestand oder einen solchen nach dem common law zu verwirklichen.¹³⁰ Das Tier oder der unbelebte Gegenstand werden als *innocent instrument* bezeichnet.¹³¹

Dabei wird die *doctrine of innocent agency* implizit insoweit eingegrenzt, dass der unbelebte Gegenstand oder das Tier nicht nur als mechanisches Mittel bei der ansonsten eigenhändigen Tatbegehung des Täters zum Einsatz kommt: Es reicht nicht aus, dass der Einbruchsdiebstahl mit Hilfe eines Hakens verwirklicht wird, mit dem der Dieb durch die zerbrochene Fensterscheibe die fremde Sache aus dem Haus birgt.¹³² Stiehlt hingegen der dressierte Hund die Wurst beim Metzger und bringt sie seinem Besitzer, so wird bei der rechtlichen Würdigung dieses Sachverhalts die *doctrine of innocent agency* angewendet werden können.¹³³ Die Verwirklichung des Tatbestandes mittels eines *innocent instrument* muss auf der durch den Täter realisierten Fähigkeit des Tieres oder des unbelebten Gegenstandes beruhen, aus sich heraus Aktivität zu entwickeln.¹³⁴

¹²⁹ KADISH, SANFORD: *Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine*, in: *Cal. L. Rev.* 73 (1985) S. 324ff., 373. Für eine umfassende Aufzählung und die zugrundeliegenden Entscheidungen vgl. WILLIAMS, GLANVILLE: *Criminal Law: The General Part*, 2. Aufl. London 1961, S. 351 Anm. 5.

¹³⁰ WILSON, WILLIAM: *Criminal Law - Doctrine and Theory*, London New York 2. Aufl. 2003, S. 577.

¹³¹ WILSON, WILLIAM: *Criminal Law - Doctrine and Theory*, London New York 2. Aufl. 2003, S. 577.

¹³² HALE, SIR MATTHEW: *Historia Placitorum Coronae*, Bd. 1, Neudruck London 1971, S. 555, 556.

¹³³ Das Beispiel ist aus WILLIAMS, GLANVILLE: *Textbook of Criminal Law*, 2. Aufl. London 1983, S. 330 entnommen worden.

¹³⁴ Dies ergibt sich in Verbindung mit HALE, SIR MATTHEW: *Historia Placitorum Coronae*, Bd. 1, Neudruck London 1971, S. 555, 556 aus den verwendeten Beispielen bei FLETCHER, GEORGE P.: *Basic Concepts of Criminal Law*, New York Oxford 1998, S. 197; STRAUB, GERNOT: *Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht*, Diss. Bonn 1952, S. 24; WILSON, WILLIAM: *Criminal Law - Doctrine and Theory*, London New York 2. Aufl. 2003, S. 578, der für die Begehung des Tatbestandes durch eine Sache einen Roboter für notwendig hält.

bb) *Innocence*

Um als *innocent agent* angesehen werden zu können, müssen auf Seiten des menschlichen Werkzeugs Defizite bei den Strafbarkeitsvoraussetzungen gegeben sein. Trotz einiger Unsicherheit über den Deliktsaufbau des englischen Strafrechts und der Wirkung der allgemein als *defences* bezeichneten Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sowie der tatbestandsausschließenden Merkmale¹³⁵ sollen die solche Defizite begründenden anerkannten Rechtsfiguren¹³⁶ im Folgenden dargestellt werden. In jedem Fall muss der *agent* aber den *actus reus* im Sinne der inkriminierten Handlung oder des inkriminierten Erfolges verwirklicht haben.

(1) *Infancy*

Infancy bezeichnet die Grenze materieller strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Das englische Strafrecht lässt die volle strafrechtliche Verantwortlichkeit mit Vollendung des dreizehnten Lebensjahrs eintreten. Hat das Kind das neunte Lebensjahr noch nicht vollendet, so besteht die unwiderlegliche Vermutung (*irrebuttable presumption*), dass das Kind ohne *mens rea* gehandelt habe, s. 50 Children and Young Persons Act 1933 i.V.m. s. 16 Children and Young Persons Act 1963. Ist das Kind zwischen zehn und dreizehn Jahren alt, so wird die Schuldunfähigkeit des Kindes widerleglich vermutet.¹³⁷ Ist die Jury überzeugt, dass das Kind in der Lage war, das schwere Unrecht der Tat einzusehen (*mischievous discretion*),¹³⁸ und ist das Kind normal entwickelt,¹³⁹ so kann die Vermutung widerlegt und das Kind bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des Tatbestandes verurteilt werden. *Infancy* schließt die *mens rea* aus. Hier allerdings zeigt sich die Doppelbedeutung der *mens rea*. Sie umfasst neben dem subjektiven Tatbestand der deutschen Strafrechtsdogmatik auch die Schuld. Die

¹³⁵ Grundsätzlich bestehen in der englischen Literatur zwei Strömungen: WILLIAMS, GLANVILLE: *Criminal Law: The General Part*, 2. Aufl. London 1961, S. 20, ist der Ansicht, dass sowohl das Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes (*justification*) wie auch eines Entschuldigungsgrundes (*excuse*) negative Merkmale des *actus reus* seien. Lügen sie vor, sei der Tatbestand nicht erfüllt. LANHAM, D.J.: *Larsonneur Revisited* [1976] *Crim.L.R.* 276ff. möchte das Fehlen einer Verteidigungseinrede als drittes (negatives) Element dem englischen Deliktsaufbau anfügen. Neuere Ansichten modifizieren diese Auffassungen und unterscheiden zwischen den einzelnen *defences* und ordnen sie entweder dem *actus reus* als negative Merkmale zu oder fügen dem traditionell als zweigliedrig angesehenen Deliktsaufbau eine dritte Stufe hinzu. Dazu grundsätzlich SMITH, J.C.: *Justification and Excuse in the Criminal Law*, London 1989; WATZEK, JENS; *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*, Diss. Freiburg 1997.

¹³⁶ SMITH, K.J.M.: *A Modern Treatise of the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 104; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 197.

¹³⁷ *C (A minor) v DPP* [1996] *A.C.* 1; [1995] 2 *W.L.R.* 383; insoweit unscharf WATZEK, S. 237.

¹³⁸ *Gorrie* (1919) 83 *J.P.* 136.

¹³⁹ *J.B.H. and J.H. O'Connell* [1981] *Crim.L.R.* 632.

unbestrittene Meinung in der Literatur ist daher auch nicht widersprüchlich, wenn sie *infancy* als Entschuldigungsgrund ansieht.¹⁴⁰

(2) *Insanity*¹⁴¹

Die Voraussetzungen der *defence of insanity* wurden in *M'Naghten's Case*¹⁴² festgelegt und seither als Definition der *insanity* vom Court of Appeal in *Sullivan*¹⁴³ bestätigt. Danach muss die Verteidigung nach dem Beweisstandard mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ (*on the balance of probabilities*¹⁴⁴) beweisen, dass der Angeklagte zum Tatzeitpunkt unter einer Einschränkung seiner geistigen Fähigkeiten litt, die ihre Ursache in einer Geisteskrankheit hatte, und er infolgedessen die Natur seiner Handlungen oder die Rechtswidrigkeit¹⁴⁵ seines Handelns nicht erkennen konnte. Der Angeklagte erkennt z.B. nicht, was er tut, wenn er unter einem krankheitsbedingten Blackout leidet¹⁴⁶ und infolgedessen glaubt, er schlage einen Hund während er auf einen Menschen einprügelt. Als Geisteskrankheit wird bei der *insanity* jede Krankheit angesehen, die das Funktionieren des Verstandes beeinträchtigen kann: Epilepsie, Diabetes¹⁴⁷, Arteriosklerose¹⁴⁸ und Schlafwandeln¹⁴⁹ werden als mögliche Krankheiten genannt. Entscheidend ist aber, dass die Geisteskrankheit auf internen Faktoren beruht. Führen ein Schlag auf den Kopf, Drogen- oder Alkoholkonsum zu einer geistigen Störung, so kann dies nicht die Grundlage für eine *defence of insanity* sein.¹⁵⁰

In der ersten Variante „Tatsachenunkenntnis“ fehlt dem Täter die erforderliche *mens rea* (Vorsatzausschluss). In der zweiten Variante „Einsichtsunfähigkeit“ fehlt die Einsicht, Unrecht zu tun. Diese Alternative entspricht insoweit der deutschen Sonderrege-

¹⁴⁰ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 187.

¹⁴¹ MACKAY, R.D.: *Mental Defences in the Criminal Law*, Oxford 1995, S. 73ff. m.w.N.

¹⁴² *M'Naghten's Case* (1843) 10 C & F, 200; 8 Eng.Rep. 718.

¹⁴³ *Sullivan (Patrick Joseph)* [1984] A.C. 156; [1983] 3 W.L.R. 123.

¹⁴⁴ The defendant must satisfy the jury that it is a little more likely than not that the conditions of the defence are fulfilled, SMITH, J. C.: *Criminal Evidence*, London 1995, S. 38.

¹⁴⁵ *Windle (Francis Wilfred)* [1952] 2 Q.B. 272; [1952] 2 All E.R. 1.

¹⁴⁶ *Kemp (Albert)* [1957] 1 Q.B. 399; [1956] 3 W.L.R. 724.

¹⁴⁷ Obiter in *Quick and Paddison* [1973] Q.B.D. 910, 922 Absatz H.

¹⁴⁸ *Kemp (Albert)* [1957] 1 Q.B. 399; [1956] 3 W.L.R. 724.

¹⁴⁹ *Hennessy (Andrew Michael)* [1989] 1 W.L.R. 287; [1989] 2 All E.R. 9; *Burgess (Barry Douglas)* [1991] 2 Q.B. 92; [1991] 2 W.L.R. 1206.

¹⁵⁰ *Quick* [1973] Q.B. 910. Führen externe Faktoren einen pathologischen Zustand herbei, aufgrund dessen die Person nicht in der Lage ist, die Bedeutung seines Handelns zu erkennen, so kann die Einrede des nicht willensgetragenen Verhaltens (*automatism*) geltend gemacht werden. Diese Einrede wird nach ganz überwiegender Ansicht als Entschuldigungsgrund angesehen, vgl. WATZEK, JENS; *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*, Diss. Freiburg 1997, S. 245f. Sie ist bislang noch nicht als Strafbareitsdefizit genannt worden, obgleich sie aufgrund ihrer Wirkung dazu geeignet ist.

lung des Verbotsirrtums in § 20 StGB, der das englische Strafrecht als *mistake of law* aber keine die *mens rea* ausschließende Wirkung zuerkennt.¹⁵¹ Bei dieser Alternative ist deshalb von einer entschuldigenden Wirkung der *insanity* auszugehen.

(3) *Duress*

(a) Der Zusammenhang zwischen der *doctrine of innocent agency* und dem Nötigungsnotstand (*duress*) in den Entscheidungen in *Lynch*¹⁵² und *Howe*¹⁵³

Das Verhältnis von Nötigungsnotstand (*duress*) und der *doctrine of innocent agency* ist seit den Entscheidungen in *Lynch* und *Howe* unklar geworden. *Coercion* (ehelicher Nötigungsnotstand) als Spezialfall von *duress* ist seit dem 18. Jahrhundert als Strafbarkeitsdefizit auf Seiten des *agent* anerkannt:

*So if the wife in the presence of her husband by his threats or coercion breaks and enters the house of B in the night, this is burglary in the husband, tho the wife, that is the immediate actor, is excused by the coercion of her husband.*¹⁵⁴

*A sixth species of defect of will is that arising from compulsion and inevitable necessity. There are constraints upon the will, whereby a man is urged to do that which his judgement disapproves; and which, it is to be presumed, his will (if left to itself) would rejectt ...*¹⁵⁵

Die hier beschriebenen Umstände der Tat, der angedrohte körperliche Zwang, die konkret verlangte Tat und das Nachgeben lassen sich unter die heutigen Voraussetzungen des Nötigungsnotstandes subsumieren. Infolge von *duress* wurde die *mens rea* als nicht gegeben angesehen. Die gleiche Wirkung wurde dem Nötigungsnotstand in jüngerer Zeit auch in der Entscheidung *Bourne*¹⁵⁶ noch zuerkannt.¹⁵⁷

Diese Ansicht hinsichtlich der Wirkung des Nötigungsnotstandes ist mittlerweile aufgegeben worden. Maßgeblich für diese Entwicklung war das Minderheitsvotum Kilbrandons LJ in *Lynch*.¹⁵⁸ L war wegen der Teilnahme an einem Mord angeklagt.

¹⁵¹ WATZEK, JENS; Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1997, S. 237f.

¹⁵² [1975] A.C. 653.

¹⁵³ [1987] Crim.L.R. 417.

¹⁵⁴ HALE, SIR MATTHEW: *Historia Placitorum Coronae*, Bd. 1, 1736, Neudruck London 1971, S. 555.

¹⁵⁵ BLACKSTONE, WILLIAM: *Commentaries on the Laws of England*, 4. Buch, Neudruck der 1. Auflage von 1769, London 1966, S. 27.

¹⁵⁶ (1952) 36 Cr.App.R. 125.

¹⁵⁷ TAYLOR, R.D.: *Complicity and Excuses*, in: [1983] Crim.L.R. 656ff., 656; WILLIAMS, GLANVILLE: *The Theory of Excuses*, in: [1982] Crim.L.R. 732ff., 736.

¹⁵⁸ [1975] A.C. 653.

Er war von drei Männern so bedroht worden, dass er schließlich einwilligte, die drei zum Tatort eines geplanten und dann durchgeführten Polizistenmordes zu fahren. Kilbrandon LJ führte zur Wirkung der Einrede des Nötigungsnotstandes aus:

*the decision of the threatened man whose constancy is overborne so that he yields to the threat, is a calculated decision to do what he knows to be wrong, and is therefore that of a man with, perhaps to some exceptionally limited extent, a 'guilty mind'. But he is at the same time a man whose mind is less guilty than is his who acts as he does but under no such constraint.*¹⁵⁹

Dieser Ansicht stimmte das House of Lords in seiner Entscheidung in *Howe* in vollem Umfang zu. Danach ergibt sich die Rechtslage, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen von *duress* die *mens rea* des Angeklagten nicht entfällt. Der Täter ist aber trotz des Vorliegens von *actus reus* und *mens rea* straflos,¹⁶⁰ es sei denn, die Haupttat ist *murder*.¹⁶¹ Dabei bleibt die Straflosigkeit auf die Person begrenzt, die die Voraussetzungen des Nötigungsnotstandes verwirklicht. Die Wirkung des englischen Nötigungsnotstandes gleicht nach der traditionellen Auffassung vom Aufbau der Straftat nach deutscher Dogmatik insoweit einem persönlichen Strafausschlussgrund.

(b) Einordnung von *duress* als Strafbarkeitsdefizit des *agent*

ALLDRIDGE vertritt, dass der Nötigungsnotstand (*duress*) kein Strafbarkeitsdefizit mehr begründen könne, das eine Anwendung der *doctrine of innocent agency* rechtfertige. Fälle, in denen der unmittelbar Handelnde von einem anderen zu seinem Tun gezwungen worden ist, müssten nach den allgemeinen Kausalitätsregeln behandelt werden.¹⁶² Dem wäre grundsätzlich zuzustimmen, vor allem, weil im Handeln der genötigten Person kein *novus actus interveniens* zu sehen ist: Es liegt kein Verhalten vor, das auf einem freien Entschluss beruht, der in Kenntnis und unter Einbeziehung der für die Entscheidung maßgeblichen Umstände getroffen worden ist (*free, deliberate and informed intervention*).¹⁶³

Gewichtig und entscheidend stehen dieser Auffassung aber die Autoritäten HALES und BLACKSTONES entgegen. Zudem hat das House of Lords die Rechtslage

¹⁵⁹ *Lynch* [1975] A.C. 653, 703.

¹⁶⁰ *Howe* [1987] A.C. 417, 428; KADISH, SANFORD: „Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine“, in: *Cal. L. Rev.* 73 (1985) S. 324ff., 381. Zu einem möglichen Grund für die Straflosigkeit WELLS, CELIA: *Swatting the Subjectivist Bug*, in: [1982] *Crim.L.R.* 209ff., die einer dritten Stufe des Deliktsaufbaus das Wort redet. Diese umfasst die Schuld im Sinne einer fehlerhaften Einstellung zur Rechtsordnung.

¹⁶¹ Dann wird der Nötigungsnotstand als den Teilnehmer privilegierender Tatbestand angesehen. Der Vorwurf lautet dann *manslaughter*.

¹⁶² ALLDRIDGE, PETER: *The doctrine of innocent agency*, in: *Crim.L.R.* (1990) 2 S. 45ff., 53.

¹⁶³ Dagegen für die Richtigkeit des Urteils, wenn der Nötigungsnotstand nur ein Strafausschlussgrund ist und *actus reus* und *mens rea* von ihm nicht betroffen sind: CROSS, RUPERT: *Duress and Aiding and Abetting – A Reply*, in: (1953) 69 *L.Q.R.* 354ff., 356ff.

nun in der Weise bestimmt, dass ein vorsätzliches Handeln des Täters gegeben ist, die Strafe aber dennoch entfällt. Wenngleich sich diese Wirkung nicht auf die traditionellen Kategorien *mens rea* und *actus reus* beziehen lässt, so muss *duress* trotz der aus der Sicht des deutschen Lesers fehlenden inneren Geschlossenheit einer solchen Auffassung als die Eigenschaft eines *agent* begründendes Strafbarkeitsdefizit angesehen werden,¹⁶⁴ zumindest so lange, bis eine abweichende Entscheidung eines höheren Gerichts zu dieser Frage ergeht.¹⁶⁵ Deshalb sollen im Folgenden die Voraussetzungen von *duress* als möglichem Anwendungsfall der *doctrine of innocent agency* kurz dargestellt werden.

(c) Voraussetzungen von *duress* – Belehrung der Jury

Duress hat einen subjektiv-objektiven Prüfungsmaßstab. Hinsichtlich der Notstandslage wird allein auf die Sicht des Angeklagten abgestellt: Die Jury muss überzeugt sein, dass der Angeklagte aufgrund der von ihm tatsächlich angenommenen Umstände wirklich an eine Gefahr für Leib oder Leben glaubte.¹⁶⁶ Ist dies der Fall, so ist die Notstandshandlung einer objektivierten Prüfung zu unterziehen (*reasonable man test*). Hätte ein vernünftiger Dritter mit der Fähigkeit zur besonnenen Selbstbehauptung und den besonderen Eigenschaften des Angeklagten in gleicher Weise auf die Drohungen reagiert wie der Angeklagte? Dabei sind eine leichte Beeinflussbarkeit (*pliability*) oder eine besondere Empfänglichkeit für die Wünsche anderer (*vulnerability*), die noch keinen pathologischen Zustand darstellen, nicht als Charakteristikum des Dritten anzunehmen, auch wenn sie beim Angeklagten vorliegen.¹⁶⁷ Im Grunde geht es darum, den Maßstab der Fähigkeit zu besonnener Selbstbehauptung als rein objektiv zu erhalten. Neben der *duress by threats* hat die Rechtsprechung die *duress of circumstances*¹⁶⁸ entwickelt. Hier wird keine besondere Anweisung des Drohenden zur Begehung der Tat verlangt, sondern die Tat

¹⁶⁴ SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 10. Auflage London Edinburgh 2002, S. 173; SMITH, K.J.M.: *A Modern Treatise of the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 104, Anm. 39, S. 117.

¹⁶⁵ Diese Rechtslage wohl bestätigend: Bericht Nr. 305 der Law Commission "Participating in Crime", S. 183, <http://www.lawcom.gov.uk> (Stand Januar 2008).

¹⁶⁶ *Graham* [1982] 1 All E.R. 801, 806; 74 Cr. App. Rep. 235, 241; Nicht die englische Rechtslage gibt WATZEK, JENS; *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*, Diss. Freiburg 1997, S. 138 f., 175, wieder. *Putativ-duress* ist eine dem englischen Recht unbekanntes Kategorie. Nach der von Lane LCJ in *Graham* a.a.O. formulierten *ratio decidendi* ist nicht zwischen einer rein objektiven Prüfung der Notstandslage und einem Irrtum über das Vorliegen der Notstandslage zu trennen. Der subjektiv-objektive Standard der Prüfung umfasst bereits den unvermeidbaren Irrtum über das Vorliegen der Notstandslage, SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 262; ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 162. So zuletzt *Safi* [2003] All E.R. (D) 81.

¹⁶⁷ *Horne* [1994] Crim.L.R. 584.

¹⁶⁸ *Willer* (1986) 83 Cr.App.R. 225; *Conway* (1988) 3 All E.R. 1025; *Martin* [1989] Crim.L.R. 284; *DPP v Bell* [1992] Crim.L.R. 176.

muss spontan in zeitlicher Nähe zur Drohung erfolgen. Ein weiterer Unterschied zur *duress of threats* besteht darin, dass jeder äußere Umstand zur Begründung einer Bedrohungslage ausreicht. In Fällen der *innocent agency* ist diese Variante der *duress* bislang nicht erwähnt worden.¹⁶⁹ Der Angeklagte kann sich nur auf *duress* berufen, wenn er nicht des Mordes, der Teilnahme an einem Mord oder des versuchten Mordes angeklagt ist.¹⁷⁰ Für den Hochverrat ist das unsicher.¹⁷¹ Ebenso können Angeklagte *duress* nicht geltend machen, die einer kriminellen Vereinigung oder einer Bande beigetreten sind und dann zu einer Tat gezwungen werden, für die diese Vereinigung bekannt ist. Hier hat sich der Angeklagte selbst in die Notstandssituation gebracht, die dem Angeklagten deshalb von vornherein selbst bekannt gewesen ist.¹⁷² Selbst wenn es sich bei der Straftat um eine Tat gehandelt hat, die er nicht hat vorhersehen können, kann *duress* für ihn ausgeschlossen sein.¹⁷³

(4) Vorsatzloses Handeln (*absence of mens rea*)

Der Angeklagte kann nicht wegen einer Tat verurteilt werden, wenn er ohne die erforderliche *mens rea* gehandelt hat: *actus non facit reum nisi mens sit rea*.¹⁷⁴ Die Ausnahmen von diesem Grundsatz in Gestalt der eingeschränkten (*strict liability*) und der strengen (*state of affairs offences*) Erfolgshaftung (*absolute liability*) sind bereits vorgestellt worden. Typische Fallgestaltungen der *innocent agency* sind die Sachverhalte, in denen die Tat nicht mit der erforderlichen *mens rea* begangen worden ist, weil das Werkzeug einem Irrtum unterlegen ist. Welche Irrtümer lassen die *mens rea* im englischen Strafrecht entfallen?

Das englische Strafrecht unterscheidet zwischen einem *mistake of fact* (Tatsachenirrtum) und einem *mistake of law* (Rechtsirrtum), in der ersten Kategorie wiederum zwischen einem *mistake negating an ingredient of the offence* und einem *mistake not negating the ingredient of the offence* sowie innerhalb jeder dieser Kategorien zwischen *mistake* und *inadvertance*.

¹⁶⁹ So auch nicht in *Cole* [1994] Crim.L.R. 582.

¹⁷⁰ *Howe* [1987] A.C. 417.

¹⁷¹ Für eine Anwendbarkeit: *Oldcastle's Case* (1419) zit. nach HALE, SIR MATTHEW: *Historia Placitorum Coronae*, Bd. 1, Neudruck London 1971, S. 50; *Stratton* (1779) 21 State Tr. 1045; *Purdy* (1946) 10 J.C.L. 182. Dagegen: *Steane* [1947] KB 997, 1005; [1947] 1 All E.R. 941.

¹⁷² *Sharp (David Bruce)* [1987] Q.B. 853; [1987] 3 W.L.R. 1.

¹⁷³ *Shepard (Martin Brian)* (1988) 86 Cr. App. R. 47; [1987] Crim.L.R. 686. Für eine vollständige Aufzählung der Delikte, in denen der Angeklagte sich auf *duress* berufen kann vgl. SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 253.

¹⁷⁴ Zur Kritik an Sprache und Inhalt dieser Formel Diplock LJ in *Miller* [1983] 1 All E.R. 978, 979 - 980 Absätze j - b, 983 Absatz j.

(a) Der Tatsachenirrtum

Der ehrliche (*honest*) Irrtum über eine ein Tatbestandsmerkmal ausfüllende Tatsache (*mistake negating an ingredient of the offence*) lässt die *mens rea* entfallen.¹⁷⁵ *Honest* verdeutlicht dabei nur, dass der Irrtum tatsächlich gegeben war und nicht darauf beruht, dass der Täter seine Augen bewusst vor der Wahrheit verschlossen hat.¹⁷⁶ Zerstört D einen Regenschirm, von dem er irrig annimmt, es sei sein eigener, so verwirklicht er den *actus reus* der s. 1 (1) Criminal Damage Act 1971.¹⁷⁷ Ihm fehlt jedoch der notwendige Vorsatz im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal *belonging to another*.¹⁷⁸ Derjenige, der ehrlich über das Vorliegen einer Einwilligung der Frau irrt, mit der er geschlechtlich verkehrt, verwirklicht den *actus reus* der s. 1 (1) Sexual Offences Act 2003,¹⁷⁹ aber ohne den notwendigen Vorsatz hinsichtlich des Tatbestandselements *does not consent*.¹⁸⁰ Beruht ein Irrtum allerdings auf externen Faktoren wie einer Alkoholisierung des irrig eine Notwehrsituation Annehmenden, so lässt der Irrtum die *mens rea* nicht entfallen.¹⁸¹

Dabei ist die Sammelbezeichnung *mistake* ungenau, weil unter *mistake* nur die konkrete, aber falsche Vorstellung verstanden wird, während die hiervon zu unterscheidende *inadvertence* eine fehlende Vorstellung über das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals meint. Diese Unterscheidung spielte bislang für die Bestimmung, welche Art von Irrtum bei welcher Erscheinungsform der *mens rea* für den Vorsatzausschluss ausreichte, eine Rolle. Maßgeblich war die Unterscheidung zwischen *mistake* und *inadvertence* für Delikte, deren *mens rea* bei Vorliegen der *Caldwell type recklessness* gegeben war. Hier musste unterschieden werden, ob der Angeklagte einer konkreten Fehlvorstellung unterlegen war oder sich lediglich keine Vorstellung über den Sach-

¹⁷⁵ *DPP v Morgan (William Anthony)* [1976] A.C. 182; [1975] 2 W.L.R. 913.

¹⁷⁶ Fraser LJ in *DPP v. Morgan (William Anthony)* [1976] A.C. 182, CA; 236 – 237, HL, Absätze H – A. sieht hierin einen Pleonasmus.

¹⁷⁷ Criminal Damage Act 1971, s. 1(1): A person who without lawful excuse destroys or damages any property belonging to another intending to destroy or damage such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence.

¹⁷⁸ Das Beispiel ist der Entscheidung *Smith (Adam)* [1974] Q.B. 354 nachgebildet.

¹⁷⁹ Sexual Offences Act 2003, s. 1 (Rape):

(1) A person (A) commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,

(b) B does not consent to the penetration, and

(c) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

¹⁸⁰ Das Beispiel ist der Entscheidung *Cogan and Leak* [1976] Q.B. 217, CA nachgebildet.

¹⁸¹ *O'Grady (Patrick Gerald)* [1987] Q.B. 995; [1987] 3 W.L.R. 321 für einen Fall der irrigen Annahme.

verhalt und sein Handeln gemacht hatte. Im letzteren Fall wich sein Verhalten bereits von dem des *reasonable man* ab, so dass die *inadvertance* bei Delikten, die *Caldwell type recklessness* voraussetzten, keine wirksame Verteidigungseinrede bot.¹⁸² Seit der Entscheidung in *R v. G and Another*¹⁸³ ist die (objektive) *Caldwell type recklessness* nicht mehr anzuwendendes Recht.¹⁸⁴ *Recklessness* erfordert nunmehr sowohl nach dem von den Law Lords in dieser Entscheidung bevorzugten Ansatz, den Text des Entwurfs für ein Strafgesetzbuch (Draft Criminal Bill 1989) als verbindlich anzusehen wie auch nach der bislang angewandten *Cunningham type recklessness* ein Element der Voraussicht (*subjective awareness*), so dass hier sowohl *mistake* als auch *inadvertance* ausreichen, um die *mens rea* entfallen zu lassen. Damit ist die Bedeutung der Unterscheidung zwischen *inadvertance* und *mistake* geringer geworden: Seit der Entscheidung *R v. G and Another* können die beiden Kategorien des Irrtums bei allen Erscheinungsformen der *mens rea* gleichbehandelt werden. Verlangt eine Straftat Absicht (*direct intention / malice*),¹⁸⁵ Wissentlichkeit (*indirect intention / malice*) oder Kenntnis eines Umstandes (*knowledge*), so entfällt die *mens rea* beim Vorliegen der übrigen Irrtumsvoraussetzungen in beiden Kategorien.¹⁸⁶

Das in der *Cunningham type recklessness* vorausgesetzte Element der Voraussicht gestaltet die Anwendung der Irrtumsregelungen hier schwieriger als bei den anderen Erscheinungsformen der *mens rea*. Reicht die Voraussicht (*subjective awareness, recklessness*) des Angeklagten hinsichtlich der Risikoverwirklichung zu seiner Verurteilung aus, so ist bei der Anwendung der Irrtumsregelungen Vorsicht geboten. Der Angeklagte kann im Ergebnis irrig annehmen, ein Tatbestandsmerkmal liege nicht vor, und sich dennoch eines sehr geringen Risikos bewusst sein, dass dieses Merkmal gegeben ist. Solche Konstellationen sind im Wege einer abwägenden Betrachtung zu lösen: Überwog der Glaube des Angeklagten, ein Tatbestandsmerkmal läge nicht vor, sein Bewusstsein, dass das Merkmal doch vorliegen könne, bei weitem, so kann er sich auf den Irrtum als Verteidigungseinrede berufen.¹⁸⁷

Die Unterscheidung von *mistake* und *inadvertance* ist noch bei der *negligence* bedeutsam: Wenn das fragliche Delikt *negligence*¹⁸⁸ genügen lässt, kann der Ange-

¹⁸² MURPHY, PETER (Hrsg.): *Blackstone's Criminal Practice 2004*, Oxford 2003, Rz. A3.3.

¹⁸³ [2003] 4 All E.R. 765; [2003] UKHL 50, *The Times*, 17.10.2003.

¹⁸⁴ [2003] 4 All E.R. 765.

¹⁸⁵ *Malice* ist ein in moderneren Gesetzen nicht mehr gebräuchlicher Sammelbegriff für (*direct* und *indirect*) *intention* und *subjective recklessness*, *Cunningham* [1957] 2 QB 396. Er wird aber in der Literatur wie in der Rechtsprechung weiterhin in dieser Bedeutung verwendet.

¹⁸⁶ *W (A Minor) v. Dolbey* (1983) 88 Cr. App. R. 1; *Morrison* (1989) 89 Cr. App. R. 17.

¹⁸⁷ MURPHY, PETER (Hrsg.): *Blackstone's Criminal Practice 2004*, Oxford 2003, Rz. A3.2.

¹⁸⁸ *Negligence* ist nach herrschender Auffassung in der Literatur nicht als *mens rea* zu bezeichnen. Das Konzept der *mens rea* ist durch eine Doppelfunktion gekennzeichnet. Aufgrund des in ihr enthaltenen subjektiven Elements (Erkennen der Möglichkeit einer Risikoverwirklichung) bezeichnet die *mens rea* nach englischer Auffassung sowohl den Vorsatz als auch die Schuld. *Negligence* kann eine solche Doppelfunktion nicht haben, da sie allein die objektive Pflichtwidrigkeit des Verhaltens voraussetzt, ALLEN, MICHAEL J.:

klagte sich nicht auf *inadvertance* berufen. Die fehlende Vorstellung über das Vorliegen eines Risikos begründet die *negligence* des Täters. Beruft der Täter sich hingegen auf einen *mistake*, so muss der Irrtum unvermeidbar sein (*reasonable mistake*). Das ergibt sich einerseits aufgrund eines A-fortiori-Schlusses aus der Rechtslage bei einem Irrtum über ein objektives Strafbarkeitsmerkmal (*mistake not negating an ingredient of the offence*).¹⁸⁹ Entscheidend aber ist, dass der *reasonable man test* der Maßstab zur Feststellung der Verhaltensform des Täters ist. Hätte auch der vernünftige Dritte an der Stelle des Angeklagten geirrt, so kann dem Angeklagten kein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden.

Bei einem Delikt, das *gross negligence* voraussetzt, kann der Angeklagte einen vermeidbaren (*unreasonable*) Irrtum geltend machen.¹⁹⁰

(b) Trunkenheit (*intoxication*)

Hat der Angeklagte sich in einer Weise berauscht, die die Wahrnehmungs- und Erkenntnisfähigkeit eingeschränkt hat (*voluntary intoxication*), so kann er bei Delikten, die Absicht (*intent*) erfordern, das Fehlen der *mens rea* geltend machen und seine Trunkenheit als Beweis dafür in den Prozess einführen (*offences requiring specific intent*). Bei Delikten, die bewusste Fahrlässigkeit und *dolus eventualis* (*recklessness*) voraussetzen (*offences requiring basic intent*), kann der Angeklagte seinen Rauschzustand nicht zu seiner Verteidigung geltend machen.¹⁹¹ Diese Richtschnur zur Unterscheidung von *offences requiring specific intent* und *offences requiring basic intent* soll hier genügen. Grundsätzlich ist die *intoxication* in Konstellationen des *dutch courage* (*actio libera in causa*) als Beweis für das Fehlen von *mens rea* nicht zulässig.¹⁹²

(c) Der Irrtum über ein Merkmal hinsichtlich dessen Erfolgshaftung besteht: die Entscheidung *Tolson*¹⁹³

Seit der Entscheidung *Morgan v. DPP* ist es keine Voraussetzung eines den Vorsatz ausschließenden Tatsachenirrtums mehr, dass der Irrtum auch von einem ver-

Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 96; SMITH, SIR JOHN: Smith & Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 108f.; WILLIAMS, GLANVILLE: Textbook of Criminal Law, 2. Aufl. London 1983, S. 90f.; anders: HERRING, JONATHAN: Criminal Law, Oxford 2004, S. 165.

¹⁸⁹ *Tolson (Martha Ann)* (1889) 23 Q.B.D. 168.

¹⁹⁰ SMITH, SIR JOHN: Smith & Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 237.

¹⁹¹ *DPP v Majewski* [1977] A.C. 443.

¹⁹² *Attorney General for Northern Ireland v Gallagher* [1963] A.C. 349.

¹⁹³ *Tolson (Martha Ann)* (1889) 23 Q.B.D. 168.

nünftigen Dritten begangen worden wäre (*reasonable mistake*).¹⁹⁴ Der Sache nach ging es bei der Prüfung, ob auch ein vernünftiger Dritter an der Stelle des Angeklagten dem Irrtum erlegen wäre, um die Vermeidbarkeit oder die Unvermeidbarkeit des Irrtums. Hätte auch der vernünftige Dritte (*reasonable man*) den Irrtum begangen, so ist der Irrtum unvermeidbar und lässt die *mens rea* entfallen.

Der Grund für die heute fehlende Unterscheidung zwischen vermeidbarem und unvermeidbarem Irrtum liegt darin, dass die vier Erscheinungsformen der *mens rea* kein objektiviertes Element enthalten (wie die frühere *Caldwell type recklessness*). Der objektive Standard eines vernünftigen Dritten, von dem ausgehend die Vermeidbarkeit oder Unvermeidbarkeit des Irrtums beurteilt werden kann, ist hier nicht anzuwenden. Deshalb muss der Irrtum in all den Fällen kein „vernünftiger“ Irrtum sein, in denen allein zumindest ein subjektives Bewusstsein (*subjective awareness*) des Täters hinsichtlich eines Elements des *actus reus* erforderlich ist.

Auf den ersten Blick dürfte all dies nicht relevant sein, wenn der *actus reus* überhaupt nicht von der *mens rea* getragen sein muss, es sich also um ein Erfolgshaftungsdelikt handelt: Unbeschadet eines Irrtums über eine den Tatbestand ausfüllende Tatsache ist der irrende Täter strafrechtlich verantwortlich.¹⁹⁵

Daneben kennt das englische Strafrecht Delikte, die im Hinblick auf das Vorsatzerfordernis einen gemischten Tatbestand aufweisen. Für einige Elemente des *actus reus* muss eine korrespondierende *mens rea* vorliegen, für andere nicht.¹⁹⁶ Sind solche Merkmale¹⁹⁷ Elemente eines Deliktstatbestands, so ist es für die Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit unwesentlich, ob der Täter von ihnen wusste oder nicht. Sie entsprechen in dieser Hinsicht den objektiven Tatbestandsmerkmalen der deutschen Strafrechtsdogmatik. Bedenken gegen diese Gleichsetzung ergeben sich allerdings aus der Behandlung eines Irrtums über ein solches Element des Tatbestandes.

Hier ist die Rechtslage teilweise unklar. Ausgangspunkt der Darstellung dieses Problemkreises ist die Entscheidung *Tolson*.¹⁹⁸ Die T glaubte, ihr Mann sei auf See umgekommen, und heiratete vor Ablauf der gesetzlich bestimmten Sieben-Jahresfrist nach dem Verschwinden des Ehegatten erneut. Nach der Eheschließung mel-

¹⁹⁴ *DPP v Morgan (William Anthony)* [1976] A.C. 182; [1975] 2 W.L.R. 913; Lane LJ in *Stephenson* [1979] 1 QB 695, 703. In der Folge verlief die Entwicklung der Rechtsprechung nicht geradlinig: das Prinzip zu auf *rape* einschränkend *Pheko* [1981] 1 W.L.R. 1117; dann auf *indecent assault* erweiternd *Kimber* [1983] 1 W.L.R. 1118, und schließlich die allgemeine Anwendbarkeit erklärend *B (A Minor)* [2000] 2 W.L.R. 452.

¹⁹⁵ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 178.

¹⁹⁶ *Hibbert* (1869) 1 L.R.C.C.R. 184.

¹⁹⁷ Diese Tatbestandsmerkmale werden im Wege der Gesetzesinterpretation oder nach der bisherigen Anschauung in den *authorities* ermittelt. Es besteht dabei eine dem common law entstammende Vermutung, dass der gesetzgeberische Wille auf ein Vorsatzelement gerichtet sei.

¹⁹⁸ (1889) 23 Q.B.D. 168.

dete sich ihr Ehemann wieder. T hatte mit ihrer Heirat den Tatbestand der Bigamie gem. s. 57 OAPA 1861¹⁹⁹ verwirklicht. Zwar wurde und wird die Bigamie als reines Erfolgshaftungsdelikt angesehen.²⁰⁰ Dennoch befanden die Richter, dass Ts Verteidigungseinrede, sie habe vernünftige Gründe (*reasonable grounds*) für die Annahme gehabt, ihr Mann sei ertrunken, hier durchgreifen müsse.

Diese Ratio, der Angeklagte könne gegen objektive Strafbarkeitsbedingungen wirksam geltend machen, er habe aufgrund vernünftiger Gründe die eine objektive Strafbarkeitsbedingung ausfüllenden Tatsachen nicht gekannt, wurde in einer Reihe von weiteren Entscheidungen bestätigt.²⁰¹

Die Unsicherheit hinsichtlich der Rechtslage folgt aus der neueren Entscheidung in *B (A Minor) v. DPP*²⁰², da sich hier die Gelegenheit bot, die Rechtslage hinsichtlich *Tolson* und der darauf aufbauenden Entscheidungen zu klären, jedoch *Tolson* nicht für unanwendbares Recht erklärt wurde. Gegenstand der Entscheidung war folgender Sachverhalt: Der fünfzehnjährige B forderte während einer Busfahrt wiederholt eine Dreizehnjährige auf, sexuelle Handlungen an ihm vorzunehmen, was das Mädchen ablehnte. B wurde in erster Instanz wegen einer Straftat gem. Indecency with Children Act 1960, s. 1 (1)²⁰³ angeklagt. Es wurde als erwiesen angesehen, dass der Junge ehrlich geglaubt hatte, das Mädchen sei älter als vierzehn Jahre alt gewesen. Das Gericht nahm allerdings im Hinblick auf das Alter des Mädchens Erfolgshaftung (*strict liability*) an, so dass der Angeklagte verurteilt wurde. Nach erfolgloser Einlegung des Rechtsmittels zum Divisional Court legte der Junge Rechtsmittel zum House of Lords ein. Das Rechtsmittel hatte Erfolg. Diese Entscheidung steht im Widerspruch zu der Entscheidung in *Tolson* und den auf ihr aufbauenden Entscheidungen.

In den Urteilsgründen führten die Law Lords aus, dass die Vermutung zugunsten eines Vorsatzerfordernisses bei der Gesetzesauslegung auch hier zum Tragen komme.

¹⁹⁹ Offences Against the Person Act 1861, s. 57: Whosoever, being married, shall marry any other person during the life of the former husband or wife ... shall be guilty of an offence.

²⁰⁰ *DPP v. Morgan* [1976] A.C. 182, 238; anders z.T. die Literatur, die in ihrem Bemühen, die Entscheidung in das Gefüge bisheriger Entscheidungen einzupassen, sich über die Wortlaut der richterlichen Begründung hinwegsetzt. *Bigamy* soll so zu verstehen sein, dass hinsichtlich des Merkmals *being married negligence* ausreichen soll, vgl. ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 88; MURPHY, PETER (Hrsg.): Blackstone's Criminal Practice 2004, Oxford 2003, Rz. A3.4; SMITH, SIR JOHN: Smith & Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 238.

²⁰¹ *DPP v Morgan* [1976] A.C. 182; *Gould* [1968] 2 Q.B. 65; *Albert v Lavin* 72 Cr. App. R. 178, DC; *R v Barrett and Barrett* 72 Cr. App. R. 178, CA; *R v Pheko* 73 Cr. App. R. 107 (obiter).

²⁰² [2000] 2 A.C. 428, HL; [2000] 2 W.L.R. 452.

²⁰³ Indecency with Children Act, 1960, s.1: (1) Any person who commits an act of gross indecency with or towards a child under the age of fourteen, ..., shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding two years, or on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months, to a fine not exceeding one hundred pounds, or both.

... a general principle of construction of any enactment, which creates a criminal offence, [is] that, even where the words used to describe the prohibited conduct would not in any other context connote the necessity for any particular element, they are nevertheless to read as subject to the implication that a necessary element in the offence is the absence of a belief, held honestly and upon reasonable grounds, in the existence of facts which, if true, would make the act innocent.²⁰⁴

Hinsichtlich der Altergrenze sei s.1(1) Indecency with Children Act 1960 nicht ein reines Erfolgshaftungsdelikt, sondern die Anklage müsse beweisen, dass der Täter nicht geglaubt habe, das Mädchen sei vierzehn Jahre oder älter.²⁰⁵ In der Sache wurde festgestellt, dass es sich nicht um ein Erfolgshaftungsdelikt handele. Daneben nahm Lord Nicholls obiter Stellung zur Frage des Erfordernisses eines unvermeidbaren Irrtums (*reasonable belief*). Er verwarf diese Voraussetzungen für einen Irrtum als Relikt längst vergangener Tage. Nach dieser Urteilsbegründung ist unklar, ob ein unvermeidbarer Irrtum über eine objektive Strafbarkeitsbedingung als wirksame Verteidigungseinrede aufrechterhalten worden ist oder nicht. Auch die einen ähnlichen Sachverhalt behandelnde Entscheidung *R v. K*²⁰⁶ hat diese Frage offengelassen. Solange es an einer entsprechenden Entscheidung fehlt, muss davon ausgegangen werden, dass *Tolson* weiterhin geltendes Recht repräsentiert. Diese Ansicht wird durch obiter dicta in *Sweet v. Parsley* und in *Morgan* gestützt.

Von einer Allgemeingültigkeit der Entscheidung in *Tolson* ist gleichwohl nicht auszugehen: Vielmehr zeigt die Vorgehensweise der Rechtsprechung den Grund für diese auf den ersten Blick in sich widersprüchliche Spruchpraxis. Es geht darum, im Einzelfall unbillig erscheinende Ergebnisse der *strict liability* abzuwenden.²⁰⁷ So kann bei einzelnen Sachverhalten *Tolson* auch in Zukunft angewendet werden, doch weist die Rechtsprechung ohnehin die Tendenz auf, sehr zurückhaltend bei Bestimmung eines Erfolgshaftungsdelikts zu sein. Die in *Tolson* aufgeworfene Frage stellt sich in Zukunft wahrscheinlich selten.

(d) Die Putativnotwehr

Ebenfalls als Irrtum über ein Tatbestandselement ist nach englischer Auffassung die Putativnotwehr aufzufassen. Der Irrtum über das Vorliegen einer Notwehrlage lässt die *mens rea* entfallen.²⁰⁸ Das Recht hat sich hier so entwickelt, dass der Irrtum

²⁰⁴ Zitat Lord Diplock in *Sweet v. Parsley* [1970] AC 132, 163 in *B (A Minor) v. DPP*.

²⁰⁵ Lord Nicholls in *B (A Minor) v. DPP* [2000] 2 A.C. 466, HL.

²⁰⁶ [2002] 1 A.C. 462.

²⁰⁷ L.H.: *Strict and Vicarious Liability*, London 1982, S. 58ff.

²⁰⁸ *Williams (Gladstone)* (1984) 78 Cr. App. R. 276; *Beckford v. R* [1988] AC 130; *Blackburn v. Bowering* [1994] 2 All E.R. 380. Damit steht fest, dass das Vorliegen der

des Angeklagten nicht, wie zunächst angenommen,²⁰⁹ unvermeidbar sein muss. Die Putativnotwehr setzt nur einen ehrlichen Irrtum voraus, um als Verteidigungseinrede geltend gemacht werden zu können. Die Entscheidung in der Sache *Beckford*²¹⁰ hat in der Literatur Anlass gegeben, einen Irrtum über jeden beliebigen *justificatory claim* (Einrede des rechtmäßigen Handelns)²¹¹ als Tatbestandsirrtum anzusehen.²¹² Inwiefern dies die Rechtslage aus Sicht der Gerichte widerspiegelt, bleibt abzuwarten.

Zwar lässt die Putativnotwehr nach englischer Auffassung die *mens rea* entfallen. Bisher ist aber noch kein Fall entschieden worden, dessen Sachverhalt eine Putativnotwehr des *innocent agent* beinhaltet.

(e) *Transferred malice: aberratio ictus und error in persona* im englischen Strafrecht

Der Irrtum über das Tatobjekt sowie die Abirrung der Tat werden im englischen Strafrecht ebenfalls als Irrtümer angesehen und unter der Bezeichnung *transferred malice*²¹³ zusammengefasst. Dabei beinhaltet diese Bezeichnung zugleich die Lösung solcher Fallkonstellationen. Verwechselt der Mörder lediglich sein Opfer, so wird sein Vorsatz hinsichtlich des einen Opfers auf das andere übertragen. Gleiches gilt bei der Abirrung des Angriffs.²¹⁴ Bückt sich das vom Mörder anvisierte Opfer in dem Augenblick, in dem der Schuss bricht, und wird ein anderer hinter dem anvisierten Opfer stehender Dritter getroffen, so wird der Täter auch hier angesehen, als hätte er diesen Dritten töten wollen.²¹⁵ Bei der *transferred malice* handelt es sich nach englischer Auffassung um eine Rechtsfigur, die den erforderlichen Vorsatz beim Täter fingiert.²¹⁶ Die *transferred malice* lässt den Vorsatz beim Handelnden nicht entfallen und ist somit nicht geeignet, ein Strafbarkeitsdefizit zu begründen.

Notwehr als Negation eines negativen Tatbestandsmerkmals den *actus reus* einer Straftat entfallen lässt.

²⁰⁹ *Albert v Lavin* [1982] A.C. 546.

²¹⁰ (1987) 3 All E.R. 425.

²¹¹ Die Rechtfertigung ist nur in Gestalt der Notwehr ein übergreifendes Prinzip. Ansonsten muss nach den Delikten unterschieden werden. *Assault* kann gem. s. 3 Criminal Law Act 1967 (Nothilfe- und Festnahmerecht) und durch Einwilligung (*consent*) unter den in *Brown* [1993] 2 W.L.R. formulierten Einschränkungen gerechtfertigt sein.

²¹² ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 88.

²¹³ Zur grundsätzlichen Kritik an der Behandlung von Abirrung und Irrtum über das Tatobjekt ASHWORTH, A.J.: *Transferred Malice and Punishment for Unforeseen Consequences*, in: Glazebrook, P.R. (Hrsg.): *Reshaping the Criminal Law*, London 1978, S. 77ff.

²¹⁴ *Latimer* (1886) 17 Q.B.D. 359; *Pembliton* (1874) 2 L.R.C.C.R. 119.

²¹⁵ Das Beispiel ist ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 92, entnommen.

²¹⁶ *Mustill LJ in Attorney General's Reference (No. 3 of 1994)*, H.L.E [1997] 3 W.L.R. 421, 434 Absatz F.

(f) Der Rechtsirrtum

Der Rechtsirrtum²¹⁷ hat im Strafrecht grundsätzlich keine vorsatzausschließende Wirkung. Handelt der Täter in der Annahme, es existiere keine sein Verhalten verbietende Norm, so wird er ebenso bestraft²¹⁸ wie der, der irrig annimmt, seine Festnahme durch einen Polizisten sei rechtswidrig und sich der Festnahme widersetzt²¹⁹.

Anders stellt sich die Rechtslage bei einem Irrtum über eine Frage des Zivilrechts dar. In *Smith (David)*²²⁰ baute ein Mieter Kabelführungen für seine Stereoanlage in die von ihm gemietete Wohnung ein. Als er auszog, beschädigte er diese Führungen, weil er die dort von ihm verlegten Kabel mitnehmen wollte. Er wurde wegen einer Straftat gem. s. 1 (1) Criminal Damage Act 1971²²¹ angeklagt und verurteilt, obwohl er geltend gemacht hatte, er sei davon überzeugt gewesen, die Kabelführungen seien sein Eigentum geblieben. Im Rechtsmittelverfahren wurde er freigesprochen, da ihm die erforderliche *mens rea* hinsichtlich des Merkmals *property belonging to another* fehlte. In der Sache geht es um den Irrtum über ein normatives Tatbestandsmerkmal nach der deutschen Strafrechtsdogmatik. Insoweit ist eine mittelbare Täterschaft bei einem Irrtum über ein normiertes Tatbestandsmerkmal möglich.

(g) Befehle eines Vorgesetzten

Grundsätzlich können Befehle eines zivilen oder eines militärischen Vorgesetzten, die die Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes anordnen, nicht als Verteidigungseinrede geltend gemacht werden.

Ausnahmen von diesem Grundsatz werden für die Fälle diskutiert, in denen ein militärischer Vorgesetzter einem Untergebenen in einem militärischen Einsatz einen Befehl erteilt, durch dessen Befolgung der Untergebene den *actus reus* eines Verbrechens verwirklicht. Die Schwierigkeit liegt darin, dass der Untergebene nur zwischen zwei Bestrafungen wählen kann, wenn er an der Rechtmäßigkeit des Befehls zweifelt. Entweder wird er wegen Ungehorsams oder wegen der Verwirklichung des Delikts bestraft. Zur Lösung dieser Problematik wird vorgeschlagen, den Untergebenen mit der Einrede zu hören, er habe an die Rechtmäßigkeit des Befehls geglaubt und der Befehl sei nicht offenkundig rechtswidrig gewesen, so dass er

²¹⁷ SMITH, A.T.H.: Error and mistake of law, in Anglo-American criminal law“, in: (1985) 14 Anglo-Am. L.R. 3.

²¹⁸ *Esop* (1836) 7 C & P 456.

²¹⁹ *Brightling* [1991] Crim.L.R. 364; *Blackburn v Bowering* [1994] 3 All E.R. 380.

²²⁰ [1974] Q.B. 354.

²²¹ Criminal Damage Act 1971, s. 1(1): A person who without lawful excuse destroys or damages any property belonging to another intending to destroy or damage such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence.

dessen Rechtswidrigkeit auch nicht habe erkennen müssen.²²² In diesem Fall fehlt es dem Untergebenen an der für die Verwirklichung des Delikts erforderlichen Vorsatz. Derzeit sieht das englische Militärstrafrecht aber keine solche Verteidigungseinrede vor, da ein solcher Irrtum als unbeachtlicher Verbotsirrtum angesehen wird.²²³ *Innocent agency* ist hier ausgeschlossen.

(h) Der private Helfer der Polizei als *innocent agent*

In dieser Konstellation geht es um einen Privatmann, der nach der Vorstellung des Täters Strafbarkeitsdefizite aufweist. Tatsächlich hat der Privatmann den Plan des Täters durchschaut und sich an die Polizei gewandt. Ihm wird dann aufgetragen, an der Verwirklichung des Tatbestandes so mitzuwirken, dass die Voraussetzungen des *actus reus* erfüllt sind.

In *Bannen*²²⁴ spiegelte P dem Hersteller von Prägestöcken V vor, zu einem rechtmäßigen Vorhaben einen Prägestock zu benötigen, mit dem er aber offizielle Münzen herstellen konnte. Der Hersteller wandte sich an die königliche Münze. Er wurde angewiesen, den vom Täter gewünschten Prägestock herzustellen.

P wurde wegen Fälschung durch *innocent agency* des V verurteilt. V hatte nach Ansicht des Gerichts nicht den notwendigen Vorsatz für eine Fälschung. Zwar habe er um das Vorhaben des P gewusst. Doch habe er dieses Wissen nicht in den Dienst einer Straftat gestellt (*innocent knowledge*).²²⁵

Diese Entscheidung gibt allerdings nicht das heute geltende Recht wieder. Sie wurde in der Literatur richtigerweise kritisiert. Es fehle an der Verursachung durch den Täter, denn die Handlung des Werkzeugs und des typischerweise dazwischentretenden Dritten (wie der Verantwortlichen der Münze in *Bannen*) unterbrechen den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Täters und der Verwirklichung des *actus reus*.²²⁶ Deshalb könne der „Täter“ nur wegen *incitement* (nicht akzessorische Anstiftung) oder Versuchs (*attempt*) verurteilt werden. Die Law Commission sah entsprechend für solche Fälle eine eigene Verteidigungseinrede des Angeklagten vor:

²²² SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 287f. m.w.N.; WALKER, NIGEL: *On Excusing Colonel Priebke*, in: [1997] N.L.J. 720ff., 721.

²²³ WATZEK, JENS: *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*, Diss. Freiburg 1997, S. 282ff. m.w.N.

²²⁴ (1844) 1 Car. & K. 295; 169 ER 123.

²²⁵ Ebenso *Valler* (1844) 1 Cox C.C. 84. Das Gericht sah die Handlung des Werkzeugs als *bona fide* verwirklicht an.

²²⁶ SMITH, K. J. M.: *A modern Treatise on the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 104 Anm. 43 m.w.N.; WILLIAMS, GLANVILLE: *Textbook of Criminal Law*, 2. Aufl. London 1983, S. 372.

*A person is not guilty of committing an offence through an innocent agent when the innocent agent acts with the purpose of preventing the commission of the offence or of nullifying its effects.*²²⁷

Zugleich kann mit dem heutigen Recht nicht davon ausgegangen werden, dass der in guter Absicht handelnde Privatmann ein *innocent agent* ist.²²⁸ Bei ihm wird die *mens rea* des jeweiligen Delikts nicht durch das Motiv ausgeschlossen, eine Straftat aufzudecken.

(i) Die *doctrine of innocent agency* und die eingeschränkten Erfolgshaftungsdelikte (*offences of strict liability*)

Hinsichtlich der Anwendung der oben erwähnten Strafbarkeitsdefizite und somit der *doctrine of innocent agency* auf eingeschränkte Erfolgshaftungsdelikte (*offences of strict liability*) existiert keine höchstrichterliche Rechtsprechung.²²⁹

Nach der aktuellen Rechtslage können diese Delikte nur in geringem Umfang Gegenstand einer Anwendung der *doctrine of innocent agency* sein, es sei denn, eine Entscheidung wird in Übereinstimmung mit der *ratio* in *Tolson* getroffen. Es sei daran erinnert, dass diese Delikte keine *mens rea* voraussetzen. Als Strafbarkeitsdefizit verbleibt somit allein *duress*, da diese Verteidigungseinrede nicht die *mens rea* entfallen lässt, sondern die Strafbarkeit des Täters ausschließt.²³⁰ Allerdings ist ein entsprechend gelagerter Sachverhalt noch nicht von den Gerichten zu entscheiden gewesen. Ob Er-

²²⁷ Law Commission's Working Paper No. 43: Codification of the Criminal Law: Parties Complicity and Liability for the Act of Another, 1972, Prop. 3. Nichts dergleichen findet sich in neueren Reformvorschlägen. Law Commission Report No. 177 erwähnt keine solche Verteidigung

²²⁸ *Smith* [1960] 2 Q.B. 423; Zudem sind die in der Literatur als *Bannen* entgegengesetzte Entscheidungen zitierten Fälle nur schwerlich als Konstellationen der *innocent agency* aufzufassen. Als Beispiel dafür mag *Egginton* (1801) East, PC ii 666, dienen. *Egginton* versuchte einen Wachmann dazu zu bringen, gemeinsam mit ihm aus einem Gebäude zu stehlen, in dem der Wachmann seinen Dienst versah. Der Wachmann informierte seinen Arbeitgeber, der ihn anwies, zum Schein mit *Egginton* zusammenzuarbeiten. Am verabredeten Tag öffnete der Wachmann für *Egginton* die Türen zum Innenhof und zum Gebäude selbst, so dass *Egginton* das Gebäude betreten konnte.

Egginton wurde nicht wegen *burglary* verurteilt, da es aus Sicht des Gerichts am Eindringen (*breaking*) *Eggintons* fehlte. Er war mit der Einwilligung des Eigentümers in das Gebäude gelangt. Ein Eindringen konnte nicht mehr vorliegen, da es an dem hierfür erforderlichen entgegenstehenden Willen des Eigentümers fehlte.

Zwar kann der Wachmann wie der Hersteller von Prägestöcken aufgrund seines Handelns *bona fide* angesehen werden, als handle er ohne *mens rea*. Angesichts des Sachverhalts, dem keine Hinweise auf die Vorstellung *Eggintons* hinsichtlich der Strafbarkeitsdefizite des Wachmanns entnommen werden können, ist es aber richtig, die rechtserheblichen Unterschiede zwischen den beiden Fällen aufzuzeigen (*distinguishing*). Sie sollten als Entscheidungen mit unterschiedlichen Tatsachengrundlagen angesehen werden (*non-restrictive distinguishing*). *Egginton* kann für die Behandlung von Fällen, in denen der Täter in eine Falle unter Mitwirkung eines vermeintlichen Werkzeugs gelockt wird, nichts entnommen werden.

²²⁹ LEIGH, L.H.: *Strict and Vicarious Liability*, London 1982, S. 55ff.

²³⁰ *Backshall* [1999] Crim.L.R. 662 (CA).

folgshaftungsdelikte tatsächlich im Wege der *innocent agency* begangen werden können, wird bei der Behandlung der Teilnahmeform *procure* untersucht werden.

Hinsichtlich der weiteren möglichen Verteidigungseinreden ergeht sich die Literatur in Mutmaßungen, so dass neben *duress* allein *infancy* als anerkannte Verteidigungseinrede für die Anwendung der *doctrine of innocent agency* in Frage kommt.²³¹

(j) *Third party defence* – kein Fall der *innocent agency*

Neben den genannten Strafbarkeitsdefiziten ist kein Raum für die Anwendung der *doctrine of innocent agency*. Das gilt auch für die Delikte eingeschränkter Erfolgshaftung. Bei ihnen handelt es sich um kodifizierte Tatbestände, deren Härte durch die Einführung der Verteidigungseinrede pflichtgemäßen Verhaltens (*due diligence defence*) abgemildert worden ist.²³² Kombiniert ist diese Verteidigungseinrede oftmals mit einer weiteren Einrede, mittels derer die Verantwortlichkeit eines Dritten geltend gemacht wird (*third party defence*).²³³ Lässt der Angeklagte sich ein, er habe die erforderliche Sorgfalt beachtet und die Handlungen oder Unterlassungen eines Dritten hätten den pönalisierten Erfolg verursacht, so ist allein der Dritte verantwortlich, wenn der Angeklagte den von ihm behaupteten Sachverhalt beweisen kann. Diese Einreden stellen nach englischer Auffassung allerdings keine Anwendung der *doctrine of innocent agency* dar. Der im Ergebnis strafbare Dritte wird nicht angesehen, als hätte er durch den Dritten gehandelt.

c) Der Hintermann (*principal*)

aa) *Actus reus*

Der Täter muss die Handlung des Werkzeugs verursachen (*cause*).²³⁴ Schwierig ist es festzustellen, welche Bedeutung *cause* bei der Beschreibung des *actus reus* des Hintermannes hat. Die Urteilsbegründungen englischer Richter sind hierbei

²³¹ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 197.

²³² Zum Beispiel Offices, Shops and Railway Premises Act 1963, s. 67; Trade Descriptions Act 1968, s. 24(1); Weights and Measures Act 1985, s. 34; Misuse of Drugs Act 1971, s. 28.

²³³ Zum Beispiel Food Safety Act 1990, s. 21(2).

²³⁴ *Clifford* (1845) 2 Car. & K. 202; 175 ER 84; SMITH, SIR JOHN: Smith & Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London Edinburgh 2002 142; HUBBLE, GAIL: Rape by Innocent Agent, in: (1997) 21 Crim.L.R., S. 204ff., 205f.; KADISH, SANFORD: Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine, in: Cal. L. Rev. 73 (1985) S. 324 ff., 369; SMITH, K. J. M.: A modern Treatise on the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 103; WILLIAMS, GLANVILLE: Innocent Agency and Causation, in: (1990) 3 Criminal Law Forum, S. 289ff., 294; ORCHARD, G. F.: Criminal Responsibility for the Acts of Innocent Agents, in: [1977] N.Z.L.J. S. 4ff., 5 für die Rechtslage in Neuseeland bei Verwendung von *cause* im Gesetzestext.

nicht hilfreich. Mit Ausnahme der Entscheidungen in *Cogan and Leak* und *Bourne* hat keine intensivere Auseinandersetzung mit diesem Fragenkreis stattgefunden.

Einen Hinweis auf die Bedeutung von *cause* gibt die australische Rechtsprechung. Dort wird auf die „normale Bedeutung“ (*common parlance*) von *cause* verwiesen. Gefordert wird, dass die Handlungen des *agent* eine Folge des täterischen Verhaltens sein müssen. Indiz für einen solchen Kausalzusammenhang ist eine Manipulation des Verhaltens des Opfers oder des Werkzeugs durch den Täter.²³⁵ Allgemein kommen die oben dargelegten Grundsätze der *causation* zur Anwendung. Das Verhalten des Täters muss für die Verwirklichung des *actus reus* ursächlich im Sinne der *causation in fact* und der *causation in law* sein.²³⁶

Diese Auffassung wird auch in der englischen Literatur geteilt.²³⁷ Wird die Verursachung der Handlung des *innocent agent* durch den Täter bejaht, so ist damit nach der bislang in der Rechtsprechung herrschenden Ansicht implizit festgestellt, dass kein Verhalten des Werkzeugs vorliegt, das auf einem freien Entschluss beruht, der in Kenntnis und unter Einbeziehung der für die Entscheidung maßgeblichen Umstände getroffen worden ist (*free, deliberate and informed intervention*). Der Täter ist somit in allen Fällen anerkannter Strafbarkeitsdefizite auf Seiten des Werkzeugs allein verantwortlich, da diese spiegelbildlich eine freie und überlegte Willensbetätigung des Werkzeugs ausschließen. Unwesentlich für die Strafbarkeit des Täters ist es, ob er bei der Tatausführung anwesend ist oder nicht.²³⁸ Dementsprechend wird auch die folgende Konstellation der *innocent agency* beurteilt: Wirken zwei Personen zusammen, um einen Dritten als *innocent agent* zur Verwirklichung ihrer Tat zu verwenden, so müssen sie nicht gemeinsam auf das Werkzeug einwirken, um als *principals* verantwortlich zu sein. Die Verabredung zur Begehung der Straftat begründet die Strafbarkeit auch des Täters, der selbst keinen Einfluss auf das Werkzeug genommen hat.²³⁹

bb) *Mens rea*

In der Literatur werden zwei Elemente des Vorsatzes des mittelbaren Täters diskutiert. Zum einen geht es um die Frage, ob der Täter sich der Strafbarkeitsdefizite des Werkzeugs bewusst sein muss, zum anderen wird gefragt, ob der Täter die Absicht haben muss, die Handlungen des Werkzeugs zu verursachen.

(1) Kenntnis der Strafbarkeitsdefizite

Die maßgeblichen neueren englischen Entscheidungen schweigen sich zum Erfordernis der Kenntnis von Strafbarkeitsdefiziten beim Werkzeug aus. Ältere Ent-

²³⁵ Winneke P in *Hewitt* (1996) 84 A Crim R 440.

²³⁶ *White v. Ridley* (1978) 140 Crim.L.R. 342.

²³⁷ SMITH, K. J. M.: A modern Treatise on the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 104.

²³⁸ *Manley* (1844) 1 Cox C.C. 104; *Butt* (1884) 15 Cox C.C. 564.

²³⁹ *Bull and Schmidt* (1845) 1 Cox C.C. 281.

scheidungen hingegen zeigen, dass es für die Strafbarkeit des Täters keinen Unterschied macht, ob er wusste, dass das Werkzeug ohne Vorsatz oder entschuldigt handelte oder nicht.²⁴⁰ Erst recht ist es unwesentlich, dass der Täter über die Art des Strafbarkeitsdefizits irrte.²⁴¹

(2) Absicht hinsichtlich der Verursachung des Werkzeugsverhaltens

Auch zu dieser Frage findet sich in den englischen Präzedenzfällen keine ausführliche Beschäftigung mit dem subjektiven Tatbestandselement des Täters.²⁴² Zudem wird auch nicht weiter zwischen dem Vorsatz hinsichtlich des eigenen Verhaltens und dem der Werkzeugs differenziert, sondern diese Fragen unter der Überschrift „Absicht hinsichtlich der Verursachung des Werkzeugsverhaltens“ zusammengefasst.²⁴³ Klassischerweise handelt der Täter mit der auf die Erreichung eines bestimmten Zwecks gerichteten *direct intention*,²⁴⁴ wobei aber auch *indirect* (oder *oblique*) *intention* genügen.

Einen Hinweis auf den geringsten erforderlichen Grad des Vorsatzes liefert die Entscheidung *Thornton v. Mitchell*²⁴⁵. Ein Fahrkartenkontrolleur wies den Fahrer eines Busses ein, als dieser zurücksetzen wollte. Der Fahrkartenkontrolleur bedeutete dem Fahrer in objektiv pflichtwidriger Weise (*negligently*), dass sich niemand hinter dem Bus befände. Der Busfahrer setzte daraufhin zurück und verletzte zwei Fußgänger, einen davon tödlich. Der Fahrer wurde wegen *driving without due care and attention* (unsorgsames und unachtsames Fahren) gemäß s.12(1) Road Traffic Act 1930 angeklagt, der Kontrolleur als Teilnehmer. Der Kontrolleur wurde vom Magistrates' Court verurteilt, im Rechtsmittelverfahren vom Divisional Court freigesprochen. Der Fahrer handelte nach Auffassung des Gerichts nicht fahrlässig, da er auf die Signale des Kontrolleurs geachtet hatte. Dies entsprach gängiger Praxis und der Fahrer durfte deshalb auf die Signale seines Kontrolleurs vertrauen. Der Kontrolleur konnte mangels Haupttat nicht verurteilt werden.

Auffällig und für die Untersuchung des Vorsatzes des Täters in Fällen der *innocent agency* wichtig ist die Tatsache, dass der Kontrolleur nicht als Täter angeklagt wurde, der die Verwirklichung des *actus reus* durch ein Werkzeug verursacht hatte. Die Art der Anklage erlaubt den vorsichtigen Schluss, dass jedenfalls *negligence* zur Begründung der Täterschaft nicht ausreicht.²⁴⁶ Allerdings beseitigt diese Entscheidung nicht die letzten Zweifel. Obgleich Lord Hewart, dem sich die anderen

²⁴⁰ *Tyler and Price* (1838) 8 C. & P. 616; 172 ER 643.

²⁴¹ SMITH, K. J. M.: A modern Treatise on the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 97.

²⁴² Bericht Nr. 305 der Law Commission *Participating in Crime*, S. 180, <http://www.lawcom.gov.uk> (Stand Januar 2008).

²⁴³ SMITH, K. J. M.: A modern Treatise on the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 97 f.

²⁴⁴ *Butt* (1884) 15 Cox C.C. 564; *Stringer and Banks* [1991] Crim LR 639 (CA).

²⁴⁵ [1940] 1 All ER 339.

²⁴⁶ WILLIAMS, GLANVILLE: Textbook of Criminal Law, 2. Aufl. London 1983, S. 370.

Richter anschlossen, in der Entscheidung nicht auf die eigenhändige Begehung des *driving without due care and attention* einging, ist dies ebenfalls eine mögliche Erklärung, warum der Kontrolleur nicht als Täter angeklagt wurde.²⁴⁷

Erschwert wird die Suche nach dem Mindeststandard für den Vorsatz des Täters durch die Tatsache, dass sich zwei ältere Entscheidungen finden lassen, die für die Täterschaft bei Benutzung eines menschlichen Werkzeugs objektive Pflichtwidrigkeit (*negligence*) genügen lassen.

In der älteren Entscheidung *Tyler and Price*²⁴⁸ führte der irrsinnige A eine Gruppe von bewaffneten Randalierern an, zu der auch P gehörte. Er verkündete lauthals, er werde jeden Polizisten töten, der sich ihm in den Weg stelle. In Anwesenheit des P erschoss A einen Polizisten, der ihn festnehmen wollte. P wurde wegen Mordes an dem Polizisten verurteilt. Allerdings lässt sich der Einordnung dieser Entscheidung als Fall objektiv pflichtwidriger Tatbegehung²⁴⁹ durch ein menschliches Werkzeug entgegenhalten, dass P wusste, wie A sich bei einem Zusammentreffen mit der Polizei verhalten würde, und dennoch bei der Gruppe blieb. Dieses Verhalten indiziert Absicht (*intention*).²⁵⁰ In die gleiche Richtung weist ein *obiter dictum* in *Quick and Paddison*.²⁵¹ Quick und Paddison wurden gem. s. 47 OAPA 1861²⁵² angeklagt. Quick erhob die Einrede der Schuldunfähigkeit aufgrund krankhaften Zustandes (*insanity*), da er sich vor der Tat zuviel Insulin gespritzt hätte und danach nicht mehr gewusst habe, was er tat. Er wurde verurteilt, ebenso Paddison wegen der Teilnahme an der Tat Quicks. Das Urteil wurde wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben. In einem Diktum wurde ausgeführt, dass eine Verurteilung Paddisons in Frage gekommen wäre, hätte die Anklage nicht auf dem Vorwurf beruht, Paddison habe gewusst, dass Quick das Opfer verletzen wollte. Da Quick nach Auffassung der Richter die Einrede des Automatismus hätte erheben und somit nur *agent* Paddisons hätte sein können, Paddison bei einem solchen Zustand Quicks aber unmöglich hätte wissen können, wie Quick sich verhalten werde, hätten *recklessness* oder auch *negligence* auf Seiten Paddisons im Hinblick auf das Verhalten Quicks für eine Verurteilung ausgereicht.²⁵³

²⁴⁷ [1940] 1 All ER 339, 340 (Anmerkung des Herausgebers); WILLIAMS, GLANVILLE: Textbook of Criminal Law, 2. Aufl. London 1983, S. 370; Dagegen KADISH, SANFORD: Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine, in: Cal. L. Rev. 73 (1985) S. 324ff., 373 Anm. 142, der *drive* als nicht zwingend eigenhändig zu begehende Handlung versteht.

²⁴⁸ (1838) 8 C & P 616; (1838) 1 Mood C.C. 428; 173 E.R. 643.

²⁴⁹ SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 98 Anm. 13.

²⁵⁰ WILLIAMS, GLANVILLE: Criminal Law: The General Part, 2. Aufl. London 1961, S. 352.

²⁵¹ [1973] 1 Q.B.D. 910.

²⁵² Offences Against the Person Act 1847, s. 47: Whosoever shall be convicted upon an indictment of any assault occasioning actual bodily harm shall be liable ... to be imprisoned for any term not exceeding five years. Es handelt sich um ein durch den Erfolg der Körperverletzung qualifiziertes Delikt, *Parmenter v Savage* [1992] 1 A.C. 699 (HL).

²⁵³ *Quick and Paddison* [1973] 1 Q.B.D. 910, 923, Absätze C – E.

Diese Entscheidungen haben jedoch keine weitere Unterstützung in der nachfolgenden Rechtsprechung gefunden. Bereits in der nicht lange nach *Tyler and Price* ergangenen Entscheidung *Towers*²⁵⁴ findet sich kein Hinweis auf eine Tatbegehung durch einen *agent*, obgleich das objektive Geschehen eine solche Einordnung zuließe: D griff ein junges Mädchen an, das einen viereinhalb Monate alten Säugling auf dem Arm trug. Das Mädchen musste vor Schreck laut schreien. In Folge dieses Schreis wurde der Säugling so erschreckt, dass er seinerseits schrie, bis er blau anlief. Er litt seit diesem Geschehen darüber hinaus an konvulsivischen Zuckungen und starb nach einem Monat. Das Urteil enthält keine Feststellung dazu, dass der Täter das Mädchen zum lauten Schreien hätte bringen wollen. Ebenso wurde in diesem Fall nicht auf eine mögliche *innocent agency* des Mädchens eingegangen, D aber wegen *manslaughter* verurteilt. Der Annahme, die Entscheidung in *Tyler and Price* enthalte eine allgemeingültige *ratio decidendi*, steht somit die Urteilsbegründung in *Towers* entgegen. *Quick and Paddison* enthält darüber hinaus nur ein *obiter dictum*.

Deshalb ist mit KADISH²⁵⁵ und SMITH²⁵⁶ davon auszugehen, dass die bereits bekannte Entscheidung in *Pagett*²⁵⁷ und die dort erfolgte implizite Abgrenzung des Anwendungsbereichs der *doctrine of innocent agency* und der allgemeinen Kausalitätsregeln in Fällen der Verwendung eines menschlichen Werkzeugs die Antwort auf die Frage nach dem subjektiven Element des Täters bezogen auf das Verhalten des Werkzeugs beinhaltet. Pagett hatte seine Freundin zwar als menschlichen Schutzschild verwendet, dabei aber die Feuererwiderung durch die Polizisten nicht beabsichtigt. *Intention* hinsichtlich der Handlungen der Polizisten lag somit nicht vor. KADISH wie auch SMITH weisen darauf hin, dass die Konstellation in Pagett im Hinblick auf den *actus reus* des Täters auch unter die *doctrine of innocent agency* hätte subsumiert werden können. Doch das Gericht hat die allgemeinen Kausalitätsregeln angewendet.

KADISHS und SMITHS Argumentation ist stichhaltig. Die Polizisten hatten entweder nicht gesehen, auf wen sie schießen, oder die auf Pagett gezielten Schüsse hatten ihr Ziel verfehlt. Unter Umgehung der Regeln zur Behandlung der *transferred malice* wird die Verletzung eines Unbeteiligten bei tatsächlich vorliegendem Angriff und Erforderlichkeit und Gebotenheit der Notwehrhandlung als Tatsachenirrtum (*mistake as to a justificatory claim*) behandelt. Die *mens rea* des Delikts, dessen *actus reus* verwirklicht ist, entfällt.²⁵⁸ Mit dieser rechtlichen Bewertung der Tötung von Pagetts

²⁵⁴ (1874) 12 Cox C.C. 530.

²⁵⁵ KADISH, SANFORD: Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine, in: Cal. L. Rev. 73 (1985) S. 324ff., 392ff., 395.

²⁵⁶ SMITH, K. J. M.: A modern Treatise on the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 100ff., der allerdings (hier fehlt etwas)

²⁵⁷ *Pagett* (1983) 76 Cr App R 279, CA.

²⁵⁸ Die Notwehrhandlung, die bei Vorliegen einer Notwehrlage irrig gegen einen anderen als den Angreifer gerichtet wird, ist nach den Irrtumsgrundsätzen als *ignorantia facti* zu behandeln: Personenverwechslung und irriige Annahme des Vorliegens eines Angriffs werden gleich behandelt; FOSTER, MICHAEL: Report on Crown Cases and Discourses on the

Freundin hätten die Polizisten zwar den *actus reus* verwirklicht, doch fehlt es an der *mens rea*. Die Anwendung der *doctrine of innocent agency* durch das Gericht wäre also grundsätzlich möglich gewesen. Dies hat das Gericht aber nicht getan.

Als allein unterscheidungskräftiges Kriterium zwischen den Fällen, in den die *doctrine of innocent agency* und die allgemeinen Kausalitätsregeln angewendet werden, kommt somit die fehlende Absicht in Betracht, dass das „Werkzeug“ in einer bestimmten Weise handeln soll.²⁵⁹ Mit anderen Worten, es muss dem Wort *agent* die Voraussetzung entnommen werden, dass der Täter einen anderen bewusst zu seinem Werkzeug gemacht hat.²⁶⁰

Ist der eingetretene Erfolg nicht beabsichtigt gewesen, so sind die allgemeinen Kausalitätsregeln in Verbindung mit einem Delikt anzuwenden, dass nicht *intention* voraussetzt. Dies ist der Fall bei *Pagett* gewesen, der wegen eines durch die Tötung eines anderen qualifizierten gefährlichen Verhaltens (*constructive manslaughter*) verurteilt wurde. Doch ist diese Regel in der Rechtsprechung bislang nicht ausdrücklich anerkannt.

(3) Irrtümer auf Seiten des Täters

(a) Der Irrtum über die Person des *agent*: die Entscheidung *Michael* 173 E.R. 867 (C.C.R.)

Einen Irrtum auf Seiten des Täters behandelt die Entscheidung *Michael*.²⁶¹ Das Kind Y befand sich in der Obhut eines Kindermädchens X. D wollte ihr Kind töten und übergab X deshalb eine Flasche Laudanum mit dem Hinweis, sie enthalte Medizin für ihr Kind. X sah nicht ein, warum das gesunde Kind Medizin zu sich nehmen sollte und stellte die Flasche auf das Kaminsims ihres Zimmers. Während Xs Abwesenheit nahm ein anderes Kind die Flasche und verabreichte Y daraus einen großen Schluck, woraufhin Y starb. D wurde wegen Mordes an Y, begangen durch einen *agent*, verurteilt.

Die Absicht (*intention*) der D wurde als gegeben angesehen, obgleich sie sich über den Gang der Dinge geirrt hatte. Nicht das Kindermädchen war ihr Werkzeug bei der Tötung ihres Kindes, sondern ein anderes Kind. Zugleich war aber das von ihr angestrebte Ziel, der Tod ihres Kindes durch eine Opiumvergiftung, erreicht

Crown Law, 1762, Neudruck 1982, S. 299; HALE, SIR MATTHEW: *Historia Placitorum Coronae*, Bd. 1, 1736, Neudruck London 1971, S. 42f. Zur deutschen Rechtslage BGH, Beschl. v. 27.6.2001 – 3 StR 134/01, NStZ 01, 590.

²⁵⁹ So schon WILLIAMS, GLANVILLE: *Criminal Law: The General Part*, 2. Aufl. London 1961, S. 352, der bei seiner Beurteilung freilich noch nicht *Pagett* zurückgreifen konnte.

²⁶⁰ WILLIAMS, GLANVILLE: *Innocent Agency and Causation*, in: (1992) *Criminal Law Forum* 3, S. 289ff., 294ff.

²⁶¹ (1840) 9 C. & P. 356; 173 E.R. 867 (C.C.R.). Ein gleich gelagerter Sachverhalt liegt *Anonymus*, 84 Eng. Rep. 1078 (Assizes 1665) zugrunde. Die Entscheidung erwähnt aber keinen *agent*, zit. nach WILLIAMS, GLANVILLE: *Innocent Agency and Causation*, in: (1992) *Criminal Law Forum* 3, S. 289ff., 291.

worden, was zu ihrer Verurteilung ausreichte. Danach schließt ein Irrtum über den Kausalverlauf den Vorsatz des mittelbaren Täters nicht aus, wenn nur der gewünschte Erfolg durch einen *agent* eintritt und kein *novus actus interveniens* die Ursachenreihe unterbricht. Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zu den allgemeinen Regeln der Kausalität. Denn dort ist nur erforderlich, dass der Täter den Erfolg seines Tuns voraussehen konnte. Welche Ursachenreihe schließlich zu dem gewünschten Erfolg führt, ist dagegen gleich.

Diese Entscheidung wurde zu ihrer Zeit als Anwendungsfall der *doctrine of innocent agency* angesehen, wie die verwendete Terminologie zeigt (*unconscious agent*),²⁶² steht allerdings im Widerspruch zu dem oben genannten Kriterium zur Unterscheidung von Fällen, in denen mangels der *mens rea* des Täters gerichtet auf die Verwendung eines bestimmten Werkzeugs die allgemeinen Verursachungsregeln angewendet werden sollen.

(b) Der Irrtum über die Vorsatz- oder Schuldlosigkeit des *agent*

Der Irrtum eines Hintermanns über die Vorsatz- oder Schuldlosigkeit des *agent* wurde in *Latif and Shazad*²⁶³ erörtert. Das House of Lords hatte über den folgenden (vereinfachten) Sachverhalt zu befinden: Shazad wandte sich an Honi, einen Ladenbesitzer in Lahore, weil er Heroin aus Pakistan nach Großbritannien schmuggeln wollte. Honi, der mit der US-amerikanischen Anti-Drogen-Behörde zusammenarbeitete, erbot sich, die Drogen mittels eines ihm bekannten Piloten transportieren zu lassen. In Großbritannien sollten dann Honi und Shazad die Verteilung der Drogen organisieren. Tatsächlich wurde das Heroin von einem britischen Polizeibeamten nach Großbritannien gebracht. In London trafen Honi und Shazad auf Latif, der von Shazad bereits in Pakistan in den Plan eingeweiht worden war. Shazad und Latif wurden bei der vermeintlichen Übergabe des Heroins verhaftet. Gegen ihre Verurteilung legten sie Rechtsmittel ein. Das House of Lords befand, dass sie zwar nicht wegen des vollendeten Delikts gem. s. 170 (2) Customs and Excise Management Act 1970²⁶⁴ (Umgehung der Einfuhrbestimmungen für verbotenen Substanzen) bestraft werden konnten: Das Delikt könne grundsätzlich durch einen *innocent agent*

²⁶² SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 102; WILLIAMS, GLANVILLE: Innocent Agency and Causation, in: (1992) Criminal Law Forum 3, S. 289ff., 295.

²⁶³ [1996] 2 Cr. App. R. 92.

²⁶⁴ Customs and Excise Management Act 1970, s. 170 (2) (Penalty for fraudulent evasion of duty, etc): Without prejudice to any other provision of the Customs and Excise Acts 1979, if any person is, in relation to any goods, in any way knowingly concerned in any fraudulent evasion or attempt at evasion:(a) of any duty chargeable on the goods;

(b) of any prohibition or restriction for the time being in force with respect to the goods under or by virtue of any enactment; or

(c) of any provision of the Customs and Excise Acts 1979 applicable to the goods,

He shall be guilty of an offence under this section and may be [arrested].

verwirklicht werden. Dies sei aber entgegen der Vorstellung Latifs und Shazads wegen des freien, in Kenntnis und unter Einbeziehung der für die Entscheidung maßgeblichen Umstände getroffenen Entschlusses des britischen Beamten, der das Heroin transportiert habe, nicht der Fall gewesen. Die für eine Täterschaft Latifs und Shazads notwendige Ursachenreihe sei unterbrochen worden.²⁶⁵ Sie konnten aber wegen einer versuchten Umgehung der Einfuhrbestimmungen verurteilt werden.

Eine Strafbarkeit wegen *incitement* (Anstiftung zu dem nicht vollendeten Delikt) kommt hier nicht in Betracht.²⁶⁶ *Incitement* setzt voraus, dass der Täter weiß oder zumindest glaubt, der vermeintliche Teilnehmer handle seinerseits mit der vorausgesetzten *mens rea*. In seiner Vorstellung muss der andere Teilnehmer an seiner Tat sein. Das englische Recht sieht in dem Anstiftervorsatz kein Minus im Verhältnis zum Tätervorsatz, sondern ein aliud, so dass dieser Vorsatz nicht in der Vorstellung enthalten ist, Täter durch einen *agent* zu sein.

d) Zusammenfassung der *doctrine of innocent agency*

Die *doctrine of innocent agency* erfüllt im englischen Strafrecht eine Lückenbühnenfunktion. Sie greift dort ein, wo die *doctrine of complicity* mangels einer strafbaren Handlung des *agent* nicht angewendet werden kann, aber allgemeine Gerechtigkeitserwägungen eine Strafbarkeit des hinter dem *agent* Stehenden als Täter wünschenswert erscheinen lassen.

Agent ist nach geltendem Recht nur, wer den *actus reus* eines Delikts verwirklicht.²⁶⁷ Das ergibt sich aus den anerkannten Strafbarkeitsdefiziten. Sie lassen nur die *mens rea* entfallen oder schließen die Strafbarkeit des *agent* aus. Fälle, in denen der Täter den *agent* in eine Notwehrlage bringt, so dass er den Angreifer wie vom Täter beabsichtigt tötet, werden von der *doctrine of innocent agency* nicht erfasst. Es gibt keinerlei in diese Richtung weisenden Präzedenzfälle. Fälle des nicht willensgetragenen Verhaltens des *agent* werden nicht von der *doctrine of complicity*, sondern allein den allgemeinen Kausalitätsregeln erfasst.

Die Rechtslage hinsichtlich der Sonderdelikte stellt sich wie folgt dar. Der Hintermann muss jedenfalls die erforderliche Täterqualität aufweisen, da er als *principal offender* bestraft wird. Die dem (aufgrund des nicht ganz klaren Wortlauts möglicherweise) entgegenstehende Entscheidung *Cogan and Leak* ist im Hinblick auf die Verurteilung des Ehemanns wegen Vergewaltigung seiner Ehefrau nicht

²⁶⁵ *Latif and Shazad* [1996] 2 Cr. App. R. 92, 103ff.

²⁶⁶ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, 342 S. Anm. 20.

²⁶⁷ Abweichend von der Rechtslage beim nicht rechtswidrig und somit tatbestandslos handelnde Werkzeug: STEIN, HENRIKE: *Die Regelungen von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, Spaniens, Österreichs und Englands*, Diss. Herbolzheim 2002, S. 272.

mehr als geltendes Recht anzusehen. Nach geltendem Recht muss der *agent* im Gegensatz zum Täter die besondere Täterqualität nicht aufweisen.

Eigenhändige Delikte können nicht durch einen *agent* begangen werden. Sprachliche Gesichtspunkte sind für ihre Bestimmung ausschlaggebend; es hat sich hier eine „Wortlaut-Theorie“ herausgebildet: Fordert die Formulierung der Anklageschrift eine verfälschende Künstlichkeit der Sprache oder einen unnatürlichen Sprachgebrauch heraus, um deutlich zu machen, dass die Tat mittels eines *innocent agent* begangen worden ist, so liegt ein eigenhändiges Delikt vor.²⁶⁸ Dabei ist zu beachten, dass sich beide Kategorien, die der eigenhändigen wie der Sonderdelikte, überschneiden können und auch in der Literatur nicht stets gründlich voneinander getrennt werden.

Für die unechten wie die echten Unterlassungsdelikte kann nichts anderes gelten als für die Sonderdelikte. Allerdings fehlt diese Gleichstellung in der Literatur. Präzedenzfälle zur Behandlung dieser Konstellation sind nicht entschieden worden.

II. *Joint principals* – die eigenhändige Verwirklichung des Tatbestandes durch mehrere

Wirken mehrere eigenhändig²⁶⁹ an der Begehung einer Tat zusammen, so kann es sich dabei um die gemeinsame Verwirklichung des Tatbestandes durch *joint principals* handeln. Im englischen Recht werden zwei Grundkonstellationen der gemeinsamen täterschaftlichen Tatbegehung zu unterschieden.

1. *Actus reus*

Von mehreren Beteiligten verwirklicht jeder ein Tatbestandselement, so dass keiner allein, aber alle zusammen den Tatbestand erfüllen. Als Beispiel mag die arbeitsteilige Begehung eines Raubes (*robbery*) dienen. Der Raub setzt gem. Theft Act 1968, s. 8 (1)²⁷⁰ eine Gewaltanwendung oder Drohung mit Gewalt voraus, die in der Vorstellung des Täters dazu dient, die Zueignung (*appropriation*) zu ermöglichen. P1 und P2 sind Mittäter (*joint principals*), wenn sie eine Bank überfallen, P1 dabei Bankangestellte und Kunden in Schach hält, während P2 das in der Kasse befindliche Geld an sich nimmt.²⁷¹

²⁶⁸ SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 10. Auflage London Edinburgh 2002, S. 142.

²⁶⁹ Eine Konstellation mehrerer Täter, die sich eines *innocent agent* zur Tatbegehung bedienen, behandelt *Bull and Schmidt* (1845) 1 Cox C.C. 281.

²⁷⁰ Theft Act 1968, s. 8 (1): A person is guilty of robbery if he steals, and immediately before or at the time of doing so, and in order to do so, he uses force on any person or puts or seeks to put any person in fear of being then and there subjected to force.

²⁷¹ Das Beispiel ist Law Commission Report No. 177 cl. 26 (1) (b), ex. 26 (i) und Law Commission's Working Paper No. 43, illustration b, 33 nachgebildet.

In der zweiten Konstellation leistet von mehreren Beteiligten jeder einen Tatbeitrag, so dass ein oder das einzige Tatbestandselement von ihnen zusammen verwirklicht worden ist. Ein Beispiel für diese Kategorie ist ein Fall, in dem zwei Personen gegen den Kopf des Opfers treten, das Opfer an den so zugefügten Verletzungen stirbt und die von den einzelnen Beteiligten zugefügten Verletzungen für sich genommen nicht tödlich sind, aber die Verletzungen in ihrer Summe den Tod des Opfers verursacht haben.²⁷² In diesen Konstellationen nimmt das englische Strafrecht zwei von zwei Tätern begangene Taten an.²⁷³

Aufgrund dieser Entscheidungen muss die Grunddefinition des Täters im englischen Strafrecht, dass nur der, der eine unmittelbar wirkende Ursache (*most immediate cause*) für den Erfolgseintritt setzt, Täter ist, modifiziert werden. Für die Bestimmung der *joint principals* und ihre Abgrenzung zu den *accessories* gilt, dass Mittäter ist, wessen Beitrag im Vergleich zu anderen Tatbeiträgen eine von mehreren unmittelbar wirkenden Ursachen ist.

2. *Mens rea* und der gemeinsame Tatplan im Rahmen eines gemeinschaftlichen Unternehmens als Voraussetzung der Mittäterschaft

a) *Mens rea*

Alle Beteiligten müssen mit der für das Delikt vorausgesetzte *mens rea* handeln, um als *joint principals* zu gelten. Die *mens rea* des jeweiligen Mittäters bestimmt über seine Verantwortlichkeit. Angesichts des Fehlens einer in ihrer Wirkung den § 28 Abs. 2 StGB gleichkommenden Bestimmung wird im englischen Strafrecht die gemeinschaftliche Verursachung eines Erfolgs als zwei Taten gedacht. Dies ist der Ausgangspunkt für eine von der jeweils vorhandenen *mens rea* abhängigen Bestrafung. Das folgende Beispiel mag diese Vorstellung im englischen Recht illustrieren. A und B platzieren gemeinsam einen Sprengkörper in einem belebten Einkaufszentrum. A will vor der Zündung die Polizei verständigen und nur Sachschaden anrichten. B hingegen geht es darum, so viele Menschen wie möglich zu töten. Deshalb zündet er die Bombe, sobald er und A sich in sicherer Entfernung befinden. A wird wegen *manslaughter*, B wegen Mordes (*murder*) bestraft.

b) Der gemeinsame Tatplan

Hinsichtlich eines gemeinsamen Tatplans als Voraussetzung der Strafbarkeit als Mittäter muss differenziert werden, ob es sich um ein arbeitsteiliges Vorgehen der-

²⁷² Das Beispiel ist dem Sachverhalt in *Macklin and Murphy* (1838) 2 Lew.C.C. 225 nachempfunden. Neuere Entscheidungen dieser Fallgruppe sollen *Kennedy* [1999] Crim LR 65, CA und *Rogers (Stephen)* [2003] 1 WLR 1374, CA sein. Dies scheint allerdings rechtsfehlerhaft zu sein, da es an einem weiteren Täter fehlt, vgl. HEATON, RUSSELL: „Principals? No Principles!“, in [2004] Crim.L.R. 463ff., 466.

²⁷³ SMITH, J.C.: Commentary - *R v. Wan and Chan* [1995] Crim.L.R. 297ff., 298.

gestalt handelt, dass jeder Teilnehmer nur einen Teil des *actus reus* des Delikts verwirklicht oder nicht.²⁷⁴ Ein Beispiel dafür ist die Entscheidung in *Charles and Others*²⁷⁵. Sechs Personen hatten sich zu einem Sozialistenverein zusammengeschlossen. Bei ihrer Festnahme wurden auf die einzelnen Mitglieder verteilt Chemikalien, ein Bauplan und verschiedene Gegenstände gefunden, die nach einem Sachverständigengutachten nur dem Bau einer Bombe dienen konnten. Vier der Mitglieder dieser Gruppe wurden verurteilt, im Besitz eines Explosivmittels zu sein. Hawkins J belehrte die Jury über die Rechtslage in diesem Fall wie folgt:

... and with the view to comply with that which I hold to be the law, that if they were connected in one common design to have these articles made, and for an unlawful purpose, each member of the confederacy is responsible in respect of such articles as were in the possession of others, connected ... in the carrying out of their common design.²⁷⁶

Welche Voraussetzungen ein gemeinsamer Plan erfüllen muss, um diese Wirkung zu haben, ist unklar. Es ist aber kein allzu strenger Maßstab anzulegen. Ausreichend ist, dass die betreffenden Personen um die Verwirklichung des *actus reus* durch eine andere Person wissen, diese Person mit den anderen durch ein gemeinsames Ziel verbunden ist, so dass diese Fallgruppe von der bloßen Mitwisserschaft durch die gemeinsame Planung abgegrenzt werden kann.²⁷⁷ Es kann eingewendet werden, die Entscheidung *Charles* sei nicht zwingend so zu verstehen, dass das *common design* eine rechtliche Voraussetzung für die Verurteilung der vier Mitglieder des Sozialistenvereins war.²⁷⁸ Die Besonderheit der Entscheidung liegt darin, dass es um ein Delikt ging, dessen Tatbestand allein durch den Besitz eines Explosivmittels erfüllt wurde. Nur durch den Zusammenbau aller im Besitz der Angeklagten befindlichen Bauteile unter Verwendung der sich ebenfalls in ihrem Besitz befindlichen Pläne wäre ein Explosivmittel entstanden, dass den Tatbestand erfüllt hätte. In dieser besonderen Konstellation war ein gemeinsamer Tatplan notwendig, um überhaupt die Gefährlichkeit der Bauteile zu indizieren, bevor aus ihnen eine Bombe gefertigt wurde.

Weitere Schwierigkeiten bereitet die Zuordnung einiger älterer Entscheidungen,²⁷⁹ deren Besonderheit sich aus dem folgenden Beispiel ergibt: Verwirklichen

²⁷⁴ ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 199; SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 28f.

²⁷⁵ (1892) 17 Cox C.C. 499.

²⁷⁶ *Charles* (1892) 17 Cox C.C. 499, 502.

²⁷⁷ *Macklin and Murphy* (1838) 2 Lew. C.C. 225.

²⁷⁸ Für ein differenziertes Verständnis des *Terminus common design* GRIEW, EDWARD: It Must Have Been One of Them, in: [1989] Crim.L.R. 129ff., 130.

²⁷⁹ *Bingley* (1821) R.R.C.C. 446; 168 E.R. 890; *Sheppard* (1839) 9 C. & P. 121; 173 E.R. 767. Für eine Einordnung als Fälle der Mittäterschaft SMITH, K. J. M.: A modern Treatise on the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 28 Anm. 48.

P1, P2 und P3 den Tatbestand des Rufmordes (*libel*)²⁸⁰ in der Weise, dass P1 die Idee einer dem Ansehen des V abträglichen Geschichte hat, P2 sie in eine sprachlich ansprechende Form bringt und P3 sie schließlich kundgibt, so sind alle drei als *joint principals* des Rufmordes zu bestrafen. Hier kann zumindest bezweifelt werden, ob alle drei Personen eine unmittelbar wirksame Tatsache für den Rufmord gesetzt haben. Als problematisch erweist sich, dass die Beteiligten sukzessiv gehandelt haben. Die Handlungen des P1 wie des P2 können als Vorbereitungshandlungen angesehen werden, die erst durch den freien Willensentschluss des P3 eine Außenwirkung erzielen. Dennoch sieht das englische Recht auch in diesem Fall ein Beispiel für die Begehung der Tat durch Mittäter.

Es ist bereits aufgezeigt worden, dass jeder der Mittäter (*joint principals*) seinen Tatbeitrag mit der für das Delikt vorausgesetzten *mens rea* erbringen muss. Um bei dem Beispiel von *Charles and Others* zu bleiben, so musste dort jedes einzelne Mitglied wissen, dass sich das in seinem Besitz befindliche Bauteil zum Bau einer Bombe geeignet war, dass die anderen ebenfalls eine dem Bau der Bombe dienende Baugruppe hatten und alle anderen wie auch er selbst eine Bombe bauen wollten. All dies setzt eine Verabredung der Beteiligten voraus.

Diese Erkenntnis lässt sich auf alle Delikte übertragen, bei denen die Beteiligten jeweils ein Element des Tatbestandes verwirklichen.²⁸¹ Der jeweilige Beteiligte kann nur dann als Mittäter des gesamten Tatbestandes angesehen werden, wenn er mit dem auf dieses Delikt gerichteten Vorsatz tätig geworden ist. Die Räuber in dem oben angeführten Beispiel können allein durch ihr Wissen um den Tatbeitrag des Anderen die für einen Raub notwendige *mens rea* haben.

3. Mittäterschaft in Abgrenzung zum gemeinschaftlichen Unternehmen (*joint enterprise*)

Ein gemeinschaftliches Unternehmen ist nach der herrschenden Ansicht streng von der Mittäterschaft zu trennen.²⁸² Allgemein²⁸³ wird das Zusammenwirken von

²⁸⁰ Libel ist ein Tatbestand des common law. Er setzt nach überwiegender Ansicht voraus, dass eine wahre oder unwahre diffamierende Aussage von einigem Gewicht über eine lebende Person in gedruckter oder anderer dauerhafter Form kundgegeben wird. Eine diffamierende Aussage liegt vor, wenn die Aussage bewusst darauf gerichtet ist, die sie betreffende Person im Falle der Veröffentlichung dem Hass, der Missachtung oder dem Spott der Öffentlichkeit auszusetzen oder sie in ihrem Gewerbe, ihrem Amt oder an ihrem beruflichen Ansehen zu beschädigen. Es handelt sich um ein Erfolgshaftungsdelikt (*offence of strict liability*). Zum Ganzen RICHERDSON, P.J. (Hrsg.): Archbold 1992 Band 2, Rz. 29-67ff.

²⁸¹ Anders STEIN, HENRIKE: Die Regelungen von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, Spaniens, Österreichs und Englands, Diss. Herbolzheim 2002, S. 271, die diesen Gedanken allein auch die sukzessive Mittäterschaft anwendet.

²⁸² Allein ALLEN sieht zwischen dem gemeinschaftlichen Unternehmen (*doctrine of joint enterprise, common purpose, common design*) und der Mittäterschaft (*joint Principals*) mögliche Überschneidungen, ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 200.

Täter und Teilnehmer unter der Bezeichnung *joint enterprise* behandelt, wenn der Täter von dem gemeinsamen Tatplan abweicht und sich die Frage stellt, ob der Teilnehmer für diese Tat (*collateral offence*) zu bestrafen ist. Eine Erstreckung dieses Konzepts auf Fälle, in denen zwei Personen mit dem für Täter notwendigen Vorsatz handeln, jedoch nur der eine den *actus reus* verwirklicht, ist weder für die neuere Rechtsprechung noch für die Literatur feststellbar.

4. Abgrenzung der Mittäterschaft zur Anwendung von s. 8 Aiders and Abettors Act 1861 bei Sachverhaltungsgewissheit hinsichtlich der Art der Beteiligung

In *Mohan*²⁸⁴ gingen die beiden Angeklagten mit Entermessern gegen ihr Opfer vor und töteten es. Beide handelten mit dem für Mord (*murder*) notwendigen Vorsatz. Ein Gutachten ergab, dass allein ein Stich tödlich gewesen war, doch konnte nicht bewiesen werden, wer von den beiden Angeklagten diesen Stich geführt hatte. In der Urteilsbegründung wurde ausgeführt, dass sie sich gegenseitig zu ihren Handlungen durch das Stechen ermutigt (*encourage*) hatten. In einer solchen Situation wird die Gleichstellung von Täter und Teilnehmer in s. 8 Aiders and Abettors Act 1861 von den Gerichten so ausgelegt, dass für den Zweck der Verurteilung der Teilnehmer als Täter und der Täter als Teilnehmer gelten kann, ohne dass bezüglich der Beteiligungsform Gewissheit herrschen muss. Das bedeutet jedoch nicht, dass beide Beteiligten als Mittäter (*joint principals*) angesehen werden.

Ebenso verhält es sich mit der Entscheidung *Petters and Parfitt*.²⁸⁵ K. Petters und A. Parfitt griffen ihr Opfer auf einem Parkplatz an, nachdem sie unabhängig voneinander dort eingetroffen waren. Beide gaben zu, ihr Opfer geschlagen zu haben, während der medizinische Sachverständige als Todesursache einen Tritt angab. Ausgeschlossen werden konnte, dass ein Dritter das Opfer getreten hatte.

Petters und Parfitt wurden wegen *manslaughter* verurteilt. Sie legten Rechtsmittel zum Court of Appeal ein. Weder in der mündlichen Verhandlung²⁸⁶ noch in der Urteilsbegründung wurde etwas anderes als ihre Strafbarkeit wegen einer Teilnahme (*aiding, abetting*) erörtert.

Beide Entscheidungen haben nichts mit der Frage nach einer Mittäterschaft der Beteiligten zu tun. Vielmehr besteht eine Alternativität hinsichtlich der von ihnen verwirklichten Beteiligungsform.²⁸⁷ In beiden Entscheidungen war klar, dass eine

²⁸³ An dieser Stelle statt vieler: The Law Commission: Consultation Paper No. 131 – Assisting and Encouraging Crime, 1993 HMSO, S. 57f.; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 219. Anders: SMITH, J.C.: Smith and Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London 2002, S. 162f.

²⁸⁴ [1967] 2 AC 187.

²⁸⁵ [1995] Crim.L.R. 501, CA.

²⁸⁶ Das Protokoll findet sich unter www.lexisnexis.co.uk.

²⁸⁷ Ebenso *Fitzgerald* [1992] Crim.L.R. 660; *Swindall & Osborne* (1846) 2 Cox C.C. 141.

Haupttat vorgelegen hatte. Im Hinblick auf die für Täter wie Teilnehmer gleiche Bestrafung ist eine „Wahlfeststellung“ zumindest im Hinblick auf die Rechtsfolge unproblematisch möglich.

5. Sukzessive Mittäterschaft

Die Frage nach der Möglichkeit einer Beteiligung als Mittäter, wenn eine Person bereits mit der Verwirklichung des Tatbestandes begonnen und eventuell schon einen Tatbeitrag verwirklicht hat, die andere aber vor der Beendigung der Tat in Kenntnis des Geschehens fördernd in das Tatgeschehen eingreift, muss nach dem jeweiligen Deliktstyp gesondert beantwortet werden.

In *Grundy*²⁸⁸ kam es zu einem Streit zwischen zwei Autoinsassen und zwei Polizisten. Die Autoinsassen verließen ihren Pkw und griffen einen der Polizisten an. Einer hielt den Polizisten fest, während der andere mit seinen Fäusten auf den Polizisten einschlug. Schließlich kam G hinzu und schlug den Polizisten ebenfalls. Der Polizist erlitt einen Nasenbeinbruch, bevor G mitwirkte und danach weitere Verletzungen, die den Tatbestand der absichtlichen schweren Körperverletzung gem. OAPA 1861, s. 18²⁸⁹ (*causing grievous bodily harm with intent to do grievous bodily harm*) erfüllten. G wurde wegen einer absichtlichen schweren Körperverletzung verurteilt. Er legte Rechtsmittel zum Court of Appeal ein. Sein Rechtsmittel wurde zurückgewiesen, aber nur, weil Beweise vorlagen, dass der Polizist die weiteren schweren Verletzungen nach Beginn der Mitwirkung des G erlitten hatte.²⁹⁰

Danach ergibt sich folgende Rechtslage: Bei den Erfolgsdelikten (*result crimes*) wird die Möglichkeit der sukzessiven Mittäterschaft im englischen Recht uneingeschränkt bejaht, solange der Erfolg noch nicht eingetreten ist. Der Beteiligte kann zu jedem Zeitpunkt vor dem Erfolgseintritt der Tat beitreten und ist dann wegen des gemeinsam verursachten Erfolges und bei Vorliegen der vorausgesetzten *mens rea* als Mittäter (*joint principal*) zu bestrafen. Eines gemeinsamen Tatplans bedarf es hier nicht. Wäre in der Sache *Grundy* allein der Nasenbeinbruch als Merkmal der schweren Körperverletzung feststellbar gewesen, so hätte G nicht wegen eines Delikts nach OAPA 1861, s. 18 verurteilt werden können.

Anderes gilt für die Tätigkeitsdelikte (*conduct crimes*). Ist ein Tatbestandselement verwirklicht oder die Handlung abgeschlossen, so ist eine Beteiligung an diesem Delikt nicht mehr möglich. P1 schlägt sein Opfer V bewusstlos, um es zu berauben. Kommt nun P2 hinzu, den P1 auffordert, sich auch an den Wertsachen des

²⁸⁸ [1989] Crim.L.R. 502.

²⁸⁹ OAPA 1861, S. 18: Whosoever shall unlawfully and maliciously by any means whatsoever wound or cause any grievous bodily harm to any person, ... with intent, ... to do some grievous bodily harm to any person, or with intent to resist or prevent the lawful apprehension or detainer of any person, shall be guilty of an offence, and being convicted thereof shall be liable ... to imprisonment for life...

²⁹⁰ SMITH, J.C.: Commentary - *Grundy* [1989] Crim.L.R. 503.

V zu bedienen, so können P1 und P2 nicht Mittäter eines Raubes sein.²⁹¹ In Frage kommt eine Bestrafung wegen Körperverletzung bzw. Diebstahls. Ein Zu-Eigen-Machen der vorangegangenen Handlungen oder Erfolge ist im englischen Strafrecht nicht möglich.²⁹²

Die oben entwickelten Grundsätze zur Behandlung der Tätigkeitsdelikte gelten auch bei der Behandlung von Fällen, in denen eine Person nicht als Mittäter an den ersten tatbestandlichen Ausführungshandlungen beteiligt war, jedoch um diese Geschehnisse weiß und dann hinzutritt, um bei der weiteren Tatausführung mitzuwirken. Alle Mittäter müssen neben einer teilweisen Verwirklichung des *actus reus* die erforderliche *mens rea* aufweisen. Diese kann aber nur dann vorliegen, wenn eine Verabredung hinsichtlich der von den anderen geleisteten Tatbeiträge bestanden hat. Die bloße Kenntnis des bisherigen Geschehens reicht nicht aus.²⁹³ Eine sukzessive Mittäterschaft im eigentlichen Sinn kennt das englische Strafrecht nur bei den Erfolgsdelikten. Bei Tätigkeitsdelikten wird immer eine Verabredung vor der Tatausführung zu Begründung der notwendigen *mens rea* vorausgesetzt.

Die zu erwartende dritte Konstellation „Von mehreren Beteiligten verwirklicht jeder den vollen *actus reus* des Delikts“ wird im englischen Recht nicht als Fall der *joint principals* behandelt. Hier liegen sämtliche Voraussetzungen bei jedem der Beteiligten vor. Sie werden als Täter angesehen, ohne dass hier eine besondere Terminologie verwendet würde.

III. Die Beteiligten (*accessories*)

1. Haupttat und Akzessorietät

Allgemein wird gesagt, die Strafbarkeit des Teilnehmers im englischen Strafrecht sei akzessorisch (*derivative nature of liability*). Welcher Natur diese Akzessorietät ist, wird im Folgenden untersucht werden. Das soll in zwei Schritten erfolgen. Zunächst wird der Teil der Rechtsprechung untersucht werden, dem Aussagen zur Natur der Akzessorietät ohne eine vertiefte Betrachtung der einzelnen Teilnahmeformen nach s. 8 Aiders and Abettors Act zu entnehmen sind. Der zweite Schritt

²⁹¹ SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 30 Anm. 56 m.w.N.

²⁹² Allerdings hat eine Genehmigung strafbarer Handlungen im südafrikanischen Recht bis zu der Entscheidung *S v Thomo* 1969 (1) SA 385, AD ausgereicht, um eine sukzessive Mittäterschaft begründen zu können. Dies ist vor dem Hintergrund des Charakters südafrikanischen Rechts als Mischform römisch-rechtlicher und common law Elemente nicht verwunderlich. Vgl. zur Genehmigung im römischen Strafrecht 1. Teil, 2. Kapitel, III. 12., zur Anwendung der doctrine of ratification in Südafrika *R v. Mgxwiti* 1954 (1) SA 370, 381ff.; *R v. Mneke* 1961 (2) SA 240 (N), 243f.

²⁹³ SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 29. Anders STEIN, HENRIKE: Die Regelungen von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, Spaniens, Österreichs und Englands, Diss. Herbolzheim 2002, S. 271, die die englische Rechtslage mit der deutschen h.M. gleichsetzt.

muss dann im Rahmen der Erörterungen zu den vier Varianten der Aiders and Abettors Act 1864, s. 8 erfolgen.

Die erste Voraussetzung einer Strafbarkeit des Teilnehmers ist auch im englischen Strafrecht das Vorliegen einer Haupttat. Die Haupttat liegt vor, wenn sowohl der *actus reus* mit seinen positiven und negativen Merkmalen und die erforderliche *mens rea* gegeben sind.

a) Beweisrechtliche und prozessuale Voraussetzungen für die Annahme einer Haupttat

Die besonderen Beweisschwierigkeiten der frühen Gesellschaft und das insbesondere aus dieser Not geborene Beweismittel des Gottesurteils haben es zu einem langlebigen Grundsatz werden lassen, dass gegen den Teilnehmer erst nach der Verurteilung des Täters verhandelt werden durfte. Die Schritte zur Beseitigung dieser prozessualen Akzessorietät waren die Gleichstellung von Täter und der bei der Tatbegehung anwesenden Teilnehmer durch ihre Benennung als *principals of the first degree* und *principals of the second degree* sowie die Beseitigung des verbleibenden Unterschieds zwischen diesen beiden Gruppen von Beteiligten und den Teilnehmern, die vor der Tatbegehung gehandelt haben (*accessories before the fact*). Seitdem gilt, dass gegen Täter und Teilnehmer in getrennten Verfahren in beliebiger Reihenfolge oder in einem Verfahren verhandelt werden kann. Eine prozessuale Akzessorietät besteht im heutigen englischen Recht nicht mehr.

So kann der Teilnehmer auch verurteilt werden, wenn keine Person als Täter strafrechtlich verfolgt oder der als Täter Angeklagte freigesprochen worden ist. Es muss nur feststehen, dass eine Haupttat vorgelegen hat, an der der Teilnehmer mitwirken konnte.²⁹⁴ Nicht nötig ist, dass der Täter zu identifizieren ist.²⁹⁵ Ein verurteilendes Urteil (auch der Schuldspruch allein)²⁹⁶ gegen den Täter ist allerdings als Beweis für die Begehung des Delikts durch die fragliche Person als Täter zuzulassen, s. 74 (1) Police and Criminal Evidence Act (PACE) 1984. Der Verurteilte gilt dann als Täter, soweit nicht das Gegenteil bewiesen ist, s. 74 (2) PACE 1984.²⁹⁷ Gegenüber dem als Täter angeklagten Beteiligten ergangene freisprechende Urteile werden im Verfahren gegen die Teilnehmer überhaupt nicht zugelassen. Da eine der s. 73 (1) PACE entsprechende gesetzliche Regelung für den Beteiligten fehlt, bleibt es bei der von der Rechtsprechung in *Hollington v. Hewthorne & Co.*

²⁹⁴ *Hui Chi-ming* [1992] 1 A.C. 236.

²⁹⁵ *Anthony* [1965] 2 Q.B. 189.

²⁹⁶ *Golder* [1987] Q.B. 920.

²⁹⁷ Bedeutung kann dieser Beweis auch erlangen, wenn unklar ist, ob in welcher Rolle der Angeklagte mitgewirkt hat. Letzteres Beweisthema ist beispielsweise dann von Bedeutung wenn der Täter wegen eines Erfolgshaftungsdelikts (*strict liability offence*) verurteilt worden ist. Der Angeklagte kann dann nur Teilnehmer sein und die für die Teilnahmehandlung erforderliche *mens rea* muss von der Anklage bewiesen werden.

*Ltd.*²⁹⁸ aufgestellten Regel, dass ein Urteil nur die Ansicht einer anderen Jury wiedergebe und deshalb für ein anderes Verfahren ohne Bedeutung sei.²⁹⁹ Auch wenn das Verfahren gegen den mutmaßlichen Täter nach dem Prozess gegen den Teilnehmer stattfindet und mit einem Freispruch für den Angeklagten endet, kann der verurteilte Teilnehmer deswegen nicht erfolgreich Rechtsmittel einlegen.³⁰⁰ Wird gegen Täter und Teilnehmer jedoch im gleichen Verfahren verhandelt, so kann es zu einem Freispruch für den als Täter Angeklagten und eine Verurteilung des Teilnehmers nur kommen, wenn für beide nicht die dieselben Beweise zulässig sind und bewiesen werden kann, dass die Haupttat begangen worden ist.³⁰¹

b) Materielle rechtliche Aspekte der Akzessorietät im englischen Recht

Noch Anfang der 19. Jahrhunderts galt im englischen Strafrecht eine strenge Akzessorietät. In *Tyler*³⁰² urteilt Denman LJ:

... if it appears in evidence that [the principal offender] was not, at the time of committing the act, of sound mind you must acquit the prisoners ... for there will be no foundation on which the accessory crime can rest.³⁰³

Diese Aussage bedeutet vor dem Hintergrund der traditionellen Auffassung über die Wirkung der Verteidigungseinreden und insbesondere des Nötigungsnotstandes eine strenge Akzessorietät der Teilnahme. Die heutige Rechtslage ist eine andere.

Einschränkungen der Akzessorietät werden in der englischen Strafrechtswissenschaft unter drei Gesichtspunkten behandelt, die freilich keinen Rückschluss auf ihre Wirkung und somit den Deliktsaufbau im englischen Recht zulassen. Es sind dies Konstellationen, in denen der Täter nicht den *actus reus* verwirklicht hat, in denen ihm die erforderliche *mens rea* fehlt, und schließlich solche, in denen er eine Verteidigungseinrede (*defence*) geltend machen kann.

aa) *Morris v. Tolmann* [1923] 1 K.B. 166

In *Morris v. Tolmann*³⁰⁴ war J der Inhaber einer Fahrerlaubnis, die es ihm gestattete, seinen Lastwagen ausschließlich für geschäftliche Zwecke zu nutzen. Eines Tages erlaubte er seinem Angestellten T, das Fahrzeug für einen Familienausflug zu nutzen. Auf der Fahrt wurde T von der Polizei angehalten. Die Erlaubnis für die geschäftliche Nutzung des Fahrzeugs kostete 13 £, eine solche für private Zwecke 23 £.

²⁹⁸ [1943] K.B. 587;

²⁹⁹ *Hui Chi-ming* [1992] 1 A.C. 236, 240f.

³⁰⁰ *Surypaul v. R* [1958] 3 All E.R. 300.

³⁰¹ SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 113.

³⁰² (1838) 6 C. & P. 616.

³⁰³ *Tyler* (1838) 6 C. & P. 616.

³⁰⁴ [1923] 1 K.B. 166.

J wurde gem. s. 8 (3) Roads Act 1920 angeklagt, wonach derjenige, der ein Fahrzeug mit einer der tatsächlichen Nutzung nicht entsprechenden, zu günstigen Erlaubnis betreibt, eine Geldstrafe zu zahlen hat. T wurde vorgeworfen, an dieser Tat teilgenommen zu haben. Wegen nicht hinreichender Beweise wurde J freigesprochen. Die Richter kamen zu der Ansicht, dass s. 8 (3) Roads Act 1920 ein Sonderdelikt sei und T nicht als Täter verurteilt werden könnte, da er selbst keine Lizenz besaß. Eine Verurteilung wegen einer Teilnahme schloss Avory J aus:

*Moreover, in order to convict, it would be necessary to show that the respondent was aiding the principal, but a person cannot aid another in doing something which the other has not done.*³⁰⁵

Die Minimalvoraussetzung ist danach das Vorhandensein des *actus reus* eines Delikts. In gleicher Weise wurde in der bereits mitgeteilten Entscheidung *Thornton v. Mitchell* das Fehlen des *actus reus* auf Seiten des Fahrers als Hindernis für eine Bestrafung des Schaffners wegen Teilnahme angesehen. Die Teilnahme erfordert zumindest einen von dem „Täter“ verwirklichten *actus reus*.

bb) Die Wirkung von Verteidigungseinreden des Täters auf die Strafbarkeit des Teilnehmers

Die Frage nach der Wirkung von Verteidigungseinreden auf Seiten des Täters auf die Strafbarkeit des Teilnehmers wurde in jüngerer Zeit in der Entscheidung *Bourne*³⁰⁶ aufgeworfen. Bourne zwang seine Ehefrau unter der Androhung von körperlicher Gewalt zum Geschlechtsverkehr mit einem Hund. Die Frau wurde nicht wegen Sodomie (*buggery*) gem. OAPA 1861, s. 61 angeklagt, Bourne jedoch wegen Teilnahme an der Tat der Frau (*aiding and abetting*) verurteilt. Das Gericht führte zur Begründung seiner Entscheidung aus, die Ehefrau hätte im Fall ihrer Anklage die Einrede des Nötigungsnotstandes (*duress*) erheben können:

*... if this woman had been charged herself with committing the offence, she could have set up the plea of duress, not as showing that no offence had been committed, but as showing that she had no mens rea because her will was overborne by threats of imprisonment or violence so that she would be excused from punishment.*³⁰⁷

Diesem Wortlaut zufolge scheint das Gericht mit der damals vorherrschenden Ansicht angenommen zu haben, der Grund für den Freispruch der Ehefrau läge in einem Entfallen der *mens rea*.³⁰⁸

³⁰⁵ *Morris v. Tolman* [1923] 1 K.B. 166, 171.

³⁰⁶ (1952) 36 Cr.App.R. 125.

³⁰⁷ *Bourne* (1952) 36 Cr.App.R. 125, 128f.

³⁰⁸ *Bourne* (1952) 36 Cr.App.C. 125, 129; *Hudson and Taylor* [1971] 2 Q.B. 202, 206.

Die Entscheidung wurde in der Literatur kontrovers diskutiert.³⁰⁹ CROSS³¹⁰ hat vertreten, die Gründe dieser Entscheidung seien richtig. Allerdings habe Goddard C.J. sie missverständlich formuliert. Tatsächlich habe er nicht sagen wollen, dass die *mens rea* entfalle, sondern bloß die Wirkung (*excused*) des Nötigungsnotstandes dergestalt aufzeigen wollen, dass die Ehefrau nicht zu bestrafen sei ... Der Nötigungsnotstand (*duress*) lasse nicht die *mens rea* entfallen, denn der Täter wisse genau, was er tue. Er habe nur zwischen den Übeln abgewogen und sei deshalb weniger strafwürdig als der, der ohne Zwang handle. Seiner Ansicht nach liegen *actus reus* und *mens rea* vor. Eine Teilnahme des Ehemannes ist möglich, da für die Zwecke der Teilnahme das Delikt als verwirklicht anzusehen sei.

EDWARDS hat hingegen vorgeschlagen, in Fällen wie diesen die den Zwang ausübende Person wegen der verselbständigten versuchten Anstiftung (*incitement*) zur Sodomie zu bestrafen.³¹¹ Dem liegt zugrunde, dass er in *duress* offenbar ein Merkmal sieht, das *actus reus* oder *mens rea* entfallen lässt.³¹² Die Tat nach OAPA 1861, s. 61 ist eine eigenhändige Tat.

Heute hat sich eine andere, oben bereits vorgestellte Ansicht durchgesetzt. Sie stimmt mit der Ansicht CROSS' darin überein, dass der Nötigungsnotstand keinen Einfluss auf *actus reus* oder *mens rea* hat. Der Nötigungsnotstand entfaltet nach dieser Ansicht nur für die Person die entschuldigende Wirkung, in der ihre Voraussetzungen gegeben sind. Andere könnten davon nicht profitieren. Diese Ansicht nähert den Nötigungsnotstand (*duress*) in seiner Wirkung einem persönlichen Strafausschließungsgrund nach deutscher Dogmatik an. Der Täter bleibt, obwohl die Voraussetzungen des Delikts erfüllt sind, straflos. Der andere Beteiligte ist dann Täter und aufgrund der *innocent agency* zu bestrafen.

Die Entscheidung in *Bourne* ist aber im Hinblick auf die nach wie vor geltende Rechtslage als nicht bindend im Hinblick auf die Einordnung als Fall der Teilnahme anzusehen. Denn es gilt, dass *duress* ein Strafbarkeitsdefizit begründet, das eine Bestrafung des nicht eigenhändig Handelnden nur als mittelbarer Täter zulässt. Anders ist dies bei eigenhändigen Delikten wie in der Entscheidung *Bourne*. Wie gezeigt werden wird, hilft hier die Teilnahmeform *procure* weiter.

³⁰⁹ Niemals erwogen wurde, ob Goddard die Ehefrau Bournes nicht bloß von dem schrecklichen Stigma der Sodomie reinwaschen wollte. Dann wäre das Ergebnis vor dem folgenden Hintergrund verständlich: Der Nötigungsnotstand (*duress*) stellt eine Einrede dar, die mangels Prozess gegen die Ehefrau aber nicht erhoben wurde. Somit konnte Bournes Verurteilung zugrunde gelegt werden, dass seine Frau den *actus reus* der Sodomie (*buggery*) getragen von der erforderlichen *mens rea* verwirklicht hatte und so eine Tat vorlag, an der Bourne Teilnehmer sein konnte. Diesen Gedankengang legt die Tatsache nahe, dass die gesamte Erörterung der Rechtslage hinsichtlich der Ehefrau im Irrealis erfolgt.

³¹⁰ CROSS, RUPERT: *Duress and Aiding and Abetting*, in: (1953) 69 L.Q.R. 354ff., 357.

³¹¹ EDWARDS, J. LL. J.: *Duress and Aiding and Abetting*, in: (1953) 69 L.Q.R. 226ff., 231ff.

³¹² EDWARDS, J. LL. J.: *Duress and Aiding and Abetting*, in: (1953) 69 L.Q.R. 226ff., 227.

cc) Ausblick auf die Funktion der Teilnahmeform *procure*

Die Antwort auf die Frage, ob Sachverhalte, in denen der Täter ohne die im Delikt vorausgesetzte *mens rea* handelt, auch als Fall der Teilnahme und nicht der Täterschaft durch einen *innocent agent* bewertet werden können, soll hier nur kurz angedeutet werden. Die Entscheidungen in *Cogan and Leak*,³¹³ *Millward*³¹⁴ und *DPP v. K and C*³¹⁵ weisen daraufhin, dass als Anknüpfungspunkt für eine Bestrafung des Teilnehmers die Handlung ausreicht, die die Voraussetzungen des *actus reus* verwirklicht. Weiteres muss der Behandlung der Teilnahmeform *procure* vorbehalten bleiben.

dd) Die Selbsttötung als teilnahmefähige „Haupttat“

Das englische Recht kennt eine gesetzliche Ausnahme von dem Erfordernis, dass zur Bestrafung eines Teilnehmers eine Haupttat vorliegen muss. Unter Wiedergabe der vier Teilnahmemodi des Accessories and Abettors Act 1861, s. 8 wird durch Suicide Act 1961, s. 2 (1)³¹⁶ bestimmt, dass der Teilnehmer an der Selbsttötung oder versuchten Selbsttötung eines anderen zu bestrafen ist. Zugleich schafft s. 1 dieses Gesetzes die Bestimmung ab, dass die Selbsttötung ein Verbrechen ist. Die Verfolgung der Teilnahme unterliegt dabei der Annahme eines besonderen öffentlichen Interesses.³¹⁷ Nach dem bisher Gesagten lässt sich diese Regelung schwer einordnen. Sie wird vom Gesetzgeber als Fall der Teilnahme (*complicity*) angesehen, wie die Überschrift der s. 2 zeigt. Von einem verselbständigten Teilnahme delikt zu sprechen wird damit der Vorstellung des Gesetzgebers nicht gerecht.³¹⁸ Dagegen ist es schwierig, hier das maßgebliche Kennzeichen einer Teilnahme, die Akzessorietät zur Haupttat (*derivative nature of liability*), festzustellen, da es an einem Bezugspunkt für die Strafbarkeit des Teilnehmers fehlt. Suicide Act 1961, s. 2 (1) passt vor allem nicht in die Fallgruppe, die allein den *actus reus* eines Delikts als Voraussetzung für eine Strafbarkeit des Teilnehmers ausreichen lässt. Die Selbsttötung ist kein Delikt, so dass die Handlung des Selbstmörders begriffslologisch auch nicht einen *actus reus* darstellen kann. Ob dieses Paradox noch lange

³¹³ [1976] Q.B. 217, CA.

³¹⁴ [1994] Crim.L.R. 527, CA.

³¹⁵ [1997] 1 Cr.App.R. 36, DC.

³¹⁶ Suicide Act 1961, s. 2 Criminal liability for complicity in another's suicide: (1) A person who aids, abets, counsels or procures the suicide of another, or an attempt by another to commit suicide, shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

³¹⁷ Suicide Act 1961, s. 2 Criminal liability for complicity in another's suicide: (4) ... no proceedings shall be instituted for an offence under this section except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions.

³¹⁸ *Golden rule* und *mischief rule* der Gesetzesinterpretation führen hier nicht zu einer Korrektur des Gesetzes im Wege der Auslegung, so dass der Wortlaut der Norm maßgeblich für ihren Inhalt ist, FIKENTSCHER, WOLFGANG: Die Methoden des Rechts in vergleichender Betrachtung, Bd. 2, Tübingen 1975, S. 124ff.

Bestandteil des englischen Rechts sein wird, ist hingegen fraglich. Im Herbst des Jahres 2005 wurde im House of Lords über einen Gesetzesentwurf debattiert, der diese Regelung abschaffen und die „Teilnahme“ am Selbstmord legalisieren würde.³¹⁹ Der weitere Gang dieser Entwicklung bleibt abzuwarten.³²⁰

2. Der *actus reus* der Teilnahme

a) Gang der Darstellung

Zunächst soll geklärt werden, welche Bedeutung die vier im Gesetz genannten Teilnahmeformen *aid*, *abet counsel* und *procure* haben. Besonderes Gewicht wird dabei auf die bislang unklare Rechtslage hinsichtlich der Teilnahmeform *procure* als einen möglichen Lackmustest für den Strafgrund der Teilnahme nach englischer Auffassung gelegt werden. Danach wird untersucht, welche Verhaltensformen im englischen Strafrecht als Teilnahme angesehen werden. Reicht tatsächlich auch die bloße untätige Anwesenheit (*inactivity*) aus, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit als Teilnehmer zu begründen? Im Zusammenhang damit wird die enge Verzahnung zwischen materiellen und prozessualen Regelungen aufgezeigt. Auf die maßgebliche Rolle der Verursachung (*causation*) bei der Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer ist ausführlich eingegangen worden. Welche Bedeutung der Verursachung bei der Teilnahme an der Tat eines anderen zukommt, soll ebenfalls geklärt werden. Anhand der gewonnenen Ergebnisse wird dann ein erster Ausblick auf den Strafgrund der Teilnahme im englischen Strafrecht und mit ihm auf eine mögliche Konstante in der weiteren Entwicklung des Rechts der Teilnahme vorgestellt werden.

b) Die Teilnahmeformen nach s. 8 Accessories and Abettors Act 1861

aa) Auslegungskriterien

Bereits in der Einführung zu diesem Kapitel ist darauf hingewiesen worden, dass selbst eine Anklageschrift, die nicht unterscheidet, ob dem Angeklagten eine täterschaftliche Begehung oder eine Teilnahme an einer Tat zur Last gelegt wird, für eine Verfahrenseröffnung ausreicht. A fortiori gilt dies für eine Anklage, die nicht eine der vier Teilnahmeform benennt, sondern dem Angeklagten summarisch die Verwirklichung aller vier Teilnahmeformen vorwirft.³²¹ Ist die Unterscheidung in dieser Hinsicht von keiner praktischen Bedeutung, so zeigt sich ihre Wichtigkeit, wenn es darum geht zu bestimmen, welches Verhalten überhaupt als strafbare Teil-

³¹⁹ „The policeman’s dilemma“, in: The Economist, October 15th-21st 2005, S. 38ff.

³²⁰ Die Law Commission hat sich mittlerweile dafür ausgesprochen, dieses Delikt beibehalten, s. Anhang die „Reformvorschläge der Law Commission“.

³²¹ Woolf J in *Attorney-General v Able* [1984] 1 Q.B. 795, 809; *Re Smith, Re* (1858) 3 H & N 227; *Ferguson v Weaving* [1951] 1 K.B. 814.

nahme zu werten ist. Dabei ist die Bedeutung der einzelnen, in Accessories and Abettors Act 1861, s. 8 genannten Teilnahmeformen nicht gänzlich geklärt.

Maßgeblich und in der Rechtsprechung nicht in Frage gestellt ist die Auffassung zu der Bedeutung der Teilnahmemodi, die Widgery LJ in *Attorney General's Reference (No. 1 of 1975)*³²² geäußert hat:

*We approach section 8 of the Act of 1861 on the basis that the words should be given their ordinary meaning, if possible. We approach the section on the basis also that if four words are employed here, "aid, abet, counsel or procure", the probability is that there is a difference between each of those four words and the other three, because, if there were no such difference, then Parliament would be wasting time in using four words where two or three would do. Thus, in deciding whether that which is assumed to be done under our reference was a criminal offence we approach the section on the footing that each word must be given its ordinary meaning.*³²³

Als schwierig wird in der Literatur die Anwendung dieser Ansicht kritisiert. Es sei praktisch unmöglich, die Begriffe jeweils klar gegen die anderen Drei abzugrenzen, insbesondere wenn man den Worten die Bedeutung gebe, die sie im täglichen Sprachgebrauch haben.³²⁴ K.J.M. SMITH weist bei seiner Kritik zu Recht darauf hin, dass die vom Court of Appeal vertretene Auffassung die vielhundertjährige Entwicklung der Begriffe negiere. Richtig sei es allein, im Wege rechtsgeschichtlicher Betrachtung den alten Entscheidungen die Verhaltensweisen zu entnehmen, die als strafwürdige Teilnahmeformen erachtet wurden.³²⁵ Für die so erkannten strafrechtlich relevanten Verhaltensformen sind die vier Begriffe lediglich Illustrationen, so wie der historische Gesetzgeber dies auch beabsichtigt habe.³²⁶ Es handele sich bei *aid, abet, counsel* und *procure* um verschiedene Teilnahmemöglichkeiten, nicht aber um eng begrenzte einzelne Teilnahmeformen.

Eine Stellungnahme in diesem Streit ist entbehrlich. Zwar ist der Hinweis Widgerys LJ auf die Rationalität des Gesetzgebers verfehlt, weil nach dem 1861 noch geltenden Grundsatz der Trennung zwischen *felony* und *misdemeanour* die Begriffe *aid* und *abet* mit dem Täter zweiten Grades (*principal of the second degree*) und dem

³²² [1975] Q.B. 773.

³²³ *Attorney General's Reference (No. 1 of 1975)* [1975] Q.B. 773, 779.

³²⁴ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 144.

³²⁵ SMITH, J.C.: *Aid, Abet, Counsel or Procure*, in: Glazebrook, P.R. (Hrsg.): *Reshaping the Criminal Law*, London 1978, S. 120ff., 122ff.; ebenso SMITH, K.J.M.: *A Modern Treatise of the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 30, 33.

³²⁶ GREAVES, CHARLES SPRENGEL (HRSG.); RUSSELL, SIR WM. OLDNALL: *A Treatise on Crimes and Misdemeanours*, 4. Aufl. London 1865, S. 70f.

counsel und *procure* mit dem Teilnehmer vor der Tatausführung (*accessory before the fact*) jeweils exklusiv in Verbindung gebracht wurden³²⁷ und das Recht, das hier kodifiziert wurde, ist mit der Abschaffung der Unterscheidung überholt gewesen.

Die in der Literatur geübte Kritik erweist sich aber nur der vorgeschlagenen Methode nach, nicht im Hinblick auf das erzielte Ergebnis als berechtigt. Dieses ist unabhängig davon, welcher Ansicht gefolgt wird, gleich. Das kann einerseits aufgrund der Bindung an Präzedenzentscheidungen der Gerichte gleicher oder höherer Instanz (*principle of stare decisis*) nicht verwundern.³²⁸ Zum anderen sind englische Richter aufgrund ihrer Ausbildung und Arbeit mit dem common law oftmals bemüht, Beispiele zur Illustration ihrer Entscheidungen heranzuziehen. Abstraktion wird nicht zuletzt in der praktischen Arbeit mit der Jury als der Urteilsfindung hinderlich angesehen. In Bezug auf die Teilnahmeform *procure* befand Cusack J:

*Each case in which it is alleged that there has been a procurement or attempted procurement must be related to the facts of that particular case. It is essential for a jury to make up their minds, when they have heard the evidence and decided what to accept, whether what they do accept does amount to 'procuring'.*³²⁹

Im Zusammenspiel mit der nicht erforderlichen Unterscheidung zwischen den einzelnen Beteiligungsformen in den Anklageschriften werden diese vier Worte als Umschreibungen eines jeweils zugrundeliegenden Teilnahmekonzepts verstanden.

bb) Die einzelnen Teilnahmemodi

Für die Darstellung der Voraussetzungen der einzelnen Teilnahmemodi wird auf die Ansicht der Rechtsprechung zurückgegriffen. Zum einen muss sie als *ratio decidendi* in *Attorney General's Reference (No. 1 of 1975)* bis zu einer ihr widersprechender Entscheidung als geltendes Recht angesehen werden. Zum anderen unterscheiden sich – wie bereits erwähnt – Literaturauffassung und Ansicht der Rechtsprechung im Ergebnis nicht.

(1) *Aid*

Aid bedeutet, jemandem bei der Begehung der Straftat zu helfen oder ihn zu unterstützen. Aus dem Gegensatz zu *abet* folgt, dass es sich allein um eine physische Unterstützung handelt. Im Folgenden wird diese Teilnahmeform als „helfen“ bezeichnet.

³²⁷ HOLDSWORTH, SIR WILLIAM: A History of English Law, Bd. 3, Neudruck der 5. Aufl. London 1942, S. 307ff.; STEPHEN, SIR JAMES FITZJAMES: A History of the Criminal Law of England, Bd. 2, London 1883, S. 229ff.

³²⁸ Vgl. SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 33 und *Attorney General's Reference (No. 1 of 1975)* [1975] Q.B. 773, 779 f.

³²⁹ *Broadfoot* [1976] All E.R. 753, 755.

Im englischen Recht wird *aid* in der Weise verstanden, dass die Hilfe den Täter tatsächlich erreicht hat. Stellt der böswillige A eine Leiter an den Gartenzaun, weil er will, dass die von ihm bemerkten, das Haus des verhassten Nachbarn umschleichenden Diebe diese zu ihrem Einbruch benutzen, entfernt aber ein Dritter die Leiter, bevor die Diebe sie bemerken, so ist A nicht strafbar, wenn die Diebe auf eine andere Art und Weise ihr Vorhaben verwirklichen.³³⁰ Das Gleiche gilt, wenn der Dritte die Leiter nicht entfernt, die Diebe sie aber nicht benutzen, sondern an der Dachrinne kletternd in das Haus gelangen.³³¹ Die geleistete Hilfe muss also tatsächlich in Anspruch genommen worden sein, damit der Teilnehmer bestraft werden kann. In *Attorney-General v. Able*³³² wurde klargestellt, dass vom Teilnehmer geleistete Hilfe für die Tatbegehung nicht unerlässlich zu sein braucht. Wie das Beispiel des Leiter-Falls zeigt, muss der Täter auch nicht realisiert haben, dass er unterstützt wird. Als Teilnehmer kann auch bestraft werden, wer ohne Absprache und ohne sich zu erkennen zu geben dem Täter Hilfe zur Tatbegehung leistet.³³³

Nicht erforderlich ist, dass die geleistete Hilfe die Begehung der Straftat tatsächlich gefördert hat. Steht A bei einem Wohnungsdiebstahl „Schmiere“, damit P in Ruhe die Wertgegenstände in der Wohnung suchen und mitnehmen kann, so stellt dies eine Teilnahme durch Hilfeleistung dar, auch wenn niemand kommt, der die Tat des P hätte stören können und A den P nicht warnen musste.³³⁴

Die Anwesenheit des Teilnehmers am Tatort spielt als Voraussetzung für *aid* keine Rolle mehr.³³⁵ Auch dies ist eine Folge der Entscheidung in *Attorney General's Reference (No. 1 of 1975)*: Der natürliche Wortsinn von *aid* impliziert nicht die Anwesenheit des Teilnehmers am Tatort.³³⁶ So ist in der Übergabe eines Schweißgerätes an den Einbrecher, der einen Tresor öffnen muss, ein Fall von *aid* zu sehen,³³⁷ auch wenn der Teilnehmer zum Zeitpunkt der Tat nicht einmal in der Nähe des Tatorts ist.

(2) *Abet*

Mit *abet* wird jede auf die Begehung eines Delikts gerichtete Tätigkeit verstanden, sei sie physischer oder auch psychischer³³⁸ Natur.³³⁹ Es geht darum, den Täter durch

³³⁰ Das Beispiel ist SMITH, K.J.M.: *Complicity and Causation*, in: [1986] *Crim.L.R.* 663, 670, entnommen.

³³¹ Das Beispiel ist SMITH, K.J.M.: *Complicity and Causation*, in: [1986] *Crim.L.R.* 663, 670, entnommen.

³³² [1984] 1 Q.B. 795; [1984] 1 All E.R. 277.

³³³ *Tally* 102 Ala 25, 15 So 722 (1894); *Larkins v Police* [1987] 2 NZLR 282.

³³⁴ Das Beispiel ist SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, Oxford 2003, S. 199, entnommen.

³³⁵ *Blakely v DPP* [1991] RTR 405, 411; *Thambiah v R* [1966] A.C. 37.

³³⁶ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, Oxford 2003, S. 199.

³³⁷ *Bainbridge* [1960] 1 QB 129 (CA).

³³⁸ *Royce* (1767) 4 Burr 2073, 2082, 98 E.R. 81, 86.

Ratschlag oder Hilfsangebot zur Tatbegehung zu ermuntern, zu ermutigen oder anzustiften.³⁴⁰ Typischerweise wird *abet* mit *encourage* gleichgestellt.³⁴¹ Daneben soll die Voraussetzung für *abet* sein, dass der Teilnehmer bei der Tatausführung zugegen ist.³⁴² Der Anwendungsbereich von *abet* ist oftmals deckungsgleich mit dem anderer Teilnahmeformen. Bietet A dem P an, für ihn „Schmiere“ zu stehen, so stellt dies eine Ermutigung zur Tat (*abet*) dar. Passt A während der Tatbegehung durch P dann tatsächlich auf, dass niemand sie entdeckt, so wirkt die Ermutigung zur Tat (*abet*) weiter, doch wird zugleich Hilfe geleistet (*aid*). Zur Erfüllung der Voraussetzungen von *abet* reicht auch ein geringes Maß an Ermutigung:

*Supposing somebody came up to [him] and said, 'I am going to kill your wife', if he played any part, either in encouragement, as little as patting him on the back, nodding, saying, 'Oh goody', that would be sufficient to involve him in the murder, to make him guilty, because he is encouraging the murder.*³⁴³

Schon eine geringe Bestärkung des Tatentschlusses, sei es ausdrücklich oder konkludent, reicht zur Bestrafung des Teilnehmers aus. Auch die untätige Anwesenheit bei der Tatbegehung kann eine Strafbarkeit des Teilnehmers begründen. Diese Aussage ist aber insoweit zu relativieren, dass die Anwesenheit bei der Tatbegehung nur ein Indiz für die Teilnahme an der Tat des anderen ist. Schaut jemand bei einem illegalen Boxkampf zu, so kann aus seiner Anwesenheit auf eine Teilnahme geschlossen werden:

*The chief incentive to the wretched combatants to fight on until (as happens too often) dreadful injuries have been inflicted and life endangered or sacrificed, is the presence of spectators watching with keen interest every incident of the fight.*³⁴⁴

In *Allen*³⁴⁵ wurde die Anwesenheit als nicht ausreichendes Indiz angesehen:

In our judgement, before a jury can properly convict an accused person of being a principal in the second degree to an affray, they must be convinced by the evidence that, at the very least, he by some means or other encouraged the participants. To hold other-

³³⁹ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, Oxford 2003, S. 201.

³⁴⁰ *Wilcox and Jeffrey* [1951] 1 All E.R. 464; *Du Cros v Lambourne* [1907] 1 K.B. 40.

³⁴¹ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, Oxford 2003, S. 200.

³⁴² *National Coal Board v Gamble* [1959] 1 Q.B. 11.

³⁴³ *Gianetto* [1997] 1 Cr App R 1, 13 Absatz B, (CA).

³⁴⁴ Mathew J in *Coney* (1882) 8 Q.B.D. 534, 544; ebenso *Atkinson* (1869) 11 Cox C.C. 330.

³⁴⁵ [1965] 1 Q.B. 130.

*wise would be, in effect, as counsel for the appellants rightly expressed it, to convict a man on his thoughts, unaccompanied by any physical act other than the fact of his mere presence.*³⁴⁶

Ebenso ist es keine strafbare Teilnahme, wenn der Fahrer nach Fahrtantritt mitteilt, dass das Auto nicht versichert sei und der Mitfahrer nicht aussteigt.³⁴⁷ Die Anwesenheit in einer Wohnung, in der Personen Drogen konsumieren, reicht gleichfalls nicht für eine Bestrafung wegen einer Ermunterung zum verbotenen Drogenkonsum aus.³⁴⁸

In *Clarkson*³⁴⁹ kamen zwei Soldaten hinzu, als ihre Kameraden in ihrer Unterkunft eine Frau vergewaltigten. Sie blieben, unternahmen und sagten nichts. Der Court of Appeal hob ihre Verurteilungen wegen der Teilnahme (*aiding and abetting*) an der Vergewaltigung der Frau auf. Zum einen konnte den Soldaten nicht der zur Teilnahme erforderliche Vorsatz nachgewiesen werden. Außerdem befand das Gericht, dass die Ermunterung den Täter auch erreicht haben müsse (*...there must be encouragement in fact*).³⁵⁰ Sei dies nicht der Fall, so könne nicht von einer Teilnahme gesprochen werden.³⁵¹ Zu der Anwesenheit am Tatort muss ein weiterer Umstand hinzukommen, so dass eine Bewertung der Anwesenheit als Ermunterung zur Tat gerechtfertigt ist. Holt ein bekannter Musikkritiker einen ausländischen Künstler vom Flughafen ab, kauft eine Eintrittskarte für ein Konzert, das von diesem Künstler ohne Arbeitserlaubnis gegeben wird und veröffentlicht er einen Artikel über das Konzert, so ist die Anwesenheit bei dem Konzert selbst eine Ermunterung zur Tat des Künstlers (*abet*).³⁵² Wird ein Opfer über einen langen Zeitraum grausam gequält und ist der Angeklagte während dieses Zeitraums stets anwesend, ohne sich von dem grausamen Geschehen abzuwenden, so ist seine Anwesenheit als Ermunterung zur Tat anzusehen.³⁵³ Eine vorherige Verabredung mit dem Täter, bei der Tat „in der Nähe zu bleiben“, genügt für eine Ermunterung zur Tat.³⁵⁴ Grundsätzlich reicht ein gemeinsam gefasster Tatplan zur Bestrafung des auch nur anwesenden Teilnehmers aus.³⁵⁵

³⁴⁶ *Allan* [1965] 1 Q.B. 130, 139. Die Law Commission deutet dies widerlegbare Vermutung für *encouragement*, Bericht Nr. 305 der Law Commission "Participating in Crime", S. 191 m.w.N., <http://www.lawcom.gov.uk> (Stand Januar 2008).

³⁴⁷ *Smith and Baker* [1971] R.T.R. 350.

³⁴⁸ *Bland* [1988] Crim.L.R. 41; ähnlich *Searle* [1971] Crim.L.R. 592 (CA).

³⁴⁹ [1971] 3 All E.R. 344.

³⁵⁰ *Clarkson* [1971] 3 All E.R. 344, 348.

³⁵¹ Ebenso *Jones and Mirless* (1977) 65 Cr.App.R. 260.

³⁵² *Wilcox and Jeffrey* [1951] 1 All ER 464.

³⁵³ *Francom* [2001] 1 Cr.App.R. 237.

³⁵⁴ *Smith v Reynolds* [1986] Crim.L.R. 559.

³⁵⁵ Vgl. *Ranath Mohan v R* [1967] 2 AC 187.

(3) *Counsel*

Hier rät der Teilnehmer dem Täter zur Tat oder erteilt ihm Ratschläge, wie die Tat auszuführen ist, oder äußert ihm gegenüber, dass er die Begehung der Tat für wünschenswert halte. Diese letzte Variante wird allgemein als deckungsgleich mit *abet* angesehen³⁵⁶, mit der Ausnahme, dass *counsel* keine Anwesenheit am Tatort voraussetzt.³⁵⁷ Die nahezu identischen Bedeutungen der beiden Termini *abet* und *counsel* bei gesonderter Nennung im Gesetz erklärt sich aus der Unterscheidung zwischen Täter zweiten Grades (*principal in the second degree*) und Teilnehmer vor der Tatausführung (*accessory before the fact*), die im englischen Strafrecht zur Zeit der Verabschiedung des Gesetzes galt: *Abet* beschreibt die Tätigkeit des am Tatort anwesenden Täters zweiten Grades (*principal in the second degree*), während *counsel* die für den Teilnehmer vor der Tatbegehung (*accessory before the fact*) verwendete Formulierung ist. Praktisch ist diese Unterscheidung von geringer Relevanz.

Zudem trägt *counsel* die Bedeutung, den Täter unter Einsatz auf seinen Intellekt wirkender Mittel zur Tatbegehung zu drängen. Ein solches Vorgehen kann im Anbieten einer erheblichen Geldsumme für einen Auftragsmord gesehen werden.³⁵⁸ Auch hier stimmen die Anwendungsbereiche von *abet* und *counsel* überein.

In Anbetracht der Vielfalt von möglichen Verhaltensformen soll im Folgenden nicht von dem hier nicht recht passenden Begriff „Anstiftung“ ausgegangen werden. Besser erscheint eine zusammenfassende Bezeichnung von *abet* und *counsel* als „Ermunterung zur Tat“.

(4) Die Willensübereinstimmung (*consensus*) als Voraussetzung von *aid*, *abet* und *counsel*

Durch die Rechtsprechung sind die Voraussetzungen der Alternative *aid* verdeutlicht worden. Zu einem bewussten Zusammenwirken von Täter und Teilnehmer führte Widgery LJ ebenfalls in *Attorney-Generals Reference (No. 1 of 1975)* aus:

Of course it is the fact that in the great majority of instances where a secondary party is sought to be convicted of an offence there has been a contact between the principal offender and the secondary party. Aiding and abetting almost inevitably involves a situation in which the secondary party and the main offender are together at some stage discussing the plans which they may be making in respect of the alleged offence, and are in contact so that each knows what is passing through the mind of the other.

³⁵⁶ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 144.

³⁵⁷ Der Grund dafür liegt in der Entwicklungsgeschichte des Rechts der Teilnahme.

³⁵⁸ *Calhaem* [1985] Q.B. 808.

Danach wird in der Alternative *aid* regelmäßig ein beidseitiges bewusstes Zusammenwirken vorliegen, doch reicht es aus, wenn überhaupt Hilfe geleistet wird. Eine Willensübereinstimmung braucht im Fall von *aid* nicht vorzuliegen.

Zur Frage, ob eine Willensübereinstimmung eine Voraussetzung der zweiten und der dritten Varianten der s. 8 Aiders and Abettors Act 1861 ist, soll nochmals Widgery LJ zu Wort kommen:

The fact that so often the relationship between the secondary party and the principal will be such that there is a meeting of minds between them caused the trial judge in the case from which this reference is derived to think that this was really an essential feature of proving or establishing the guilt of the secondary party and, as we understand his judgment, he took the view that in the absence of some sort of meeting of minds, some sort of mental link between the secondary party and the principal, there could be no aiding, abetting or counselling of the offence within the meaning of the section.

So far as aiding, abetting and counselling is concerned we would go a long way with that conclusion. It may very well be, as I said a moment ago, difficult to think of a case of aiding, abetting or counselling when the parties have not met and have not discussed in some respects the terms of the offence which they have in mind.

Diese Aussage Widgerys LJ wird in Teilen der Literatur immer wieder in der Weise interpretiert, dass eine Ermunterung zur Tat (*abet* und *counsel*) zwar eine Meinungsübereinstimmung (*consensus*) voraussetze, aber keine konkrete Abstimmung zwischen den Beteiligten erfordere.³⁵⁹ Die Meinungsübereinstimmung müsse sich auf das Delikt beziehen, zu dem ermuntert wird. Dabei soll diese Meinungsübereinstimmung keine gemeinsame, auf die Begehung der Tat gerichtete Absicht sein, sondern nur eine unspezifische Kongruenz der Vorstellungen von Täter und Teilnehmer.

In der Rechtsprechung finden sich Hinweise auf eine Übernahme dieser Ansicht der Literatur. *Williams and Another v. DPP*³⁶⁰ enthält sowohl ein Beispiel für die Anwendung der Literaturmeinung wie auch eine weitere Präzisierung der Voraussetzung einer Meinungsübereinstimmung: Im Rahmen einer Aktion zur Bekämpfung von Autoaufbrüchen stellten Polizeibeamten einen Kleinlastwagen in einem der von dieser Kriminalität besonders betroffenen Gebiete ab. Der Wagen war mit leeren Großpackungen für Zigaretten beladen. Nach kurzer Zeit näherten sich Williams und der zweite Rechtsmittelführer dem Wagen, brachen ihn auf und nahmen die Packungen an sich. Sie wurden von den wartenden Polizisten verhaftet und in erster Instanz wegen versuchten Diebstahls gemäß s. 9 (1) Criminal Attempts Act 1981 verurteilt. Die Rechtsmittelfüh-

³⁵⁹ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 147; ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 201.

³⁶⁰ (1994) 98 Cr.App.R. 209, 212, 215.

rer wandten sich wegen eines Verstoßes gegen das sich nach dem Ermessen des Richters aus der Diebesfalle (*entrapment*) ergebende Beweisverbot gemäß s. 78 Police and Criminal Evidence Act 1984 an den Divisional Court. Das Rechtsmittel wurde zurückgewiesen, weil die Polizisten nicht ihrerseits eine Straftat begangen hatten, um an die Beweise für den Diebstahl zu gelangen. Sie waren aus Sicht des Gerichts nicht Teilnehmer an der versuchten Tat der Rechtsmittelführer:

The police did not incite, counsel or procure³⁶¹ the commission of any offence, nor did they direct their operation at any particular individual and certainly not at the appellants.

Der Täter muss sich der Ermunterung zur Tat bewusst sein. Das gilt auch dann, wenn er die Tat ohnehin ausgeführt hätte.³⁶² Die Schaffung einer zur Tat anreizenden Situation reicht somit nach dem englischen Strafrecht nicht aus, um Teilnehmer an einer Tat zu sein. Zudem ist es erforderlich, dass die Ermunterung zur Tat auf eine bestimmte oder zumindest bestimmbar Person bezogen ist. Eine entsprechende Begrenzung des Tatbestandes *aid* ist in Rechtsprechung oder Literatur bislang nicht erfolgt.

(5) *Procure*

Ausgangspunkt für den Versuch einer Definition von *procure* soll wiederum *Attorney-Generals Reference (No. 1 of 1975)* sein. Anlass dieser Anfrage³⁶³ war der folgende Sachverhalt. A und B befanden sich in einem Pub. A wusste, dass B mit dem eigenen Pkw nach Hause fahren wollte. Er versetzte das Bier des B von diesem unbemerkt mit hochprozentigem Alkohol. Obgleich die Biere, die B konsumierte, ihn nicht fahruntüchtig gemacht hätten, überschritt die BAK wegen des dem Bier zugesetzten Alkohols den erlaubten Höchstwert von 0,8 ‰.³⁶⁴ B hatte den Tatbestand des Fahrens im fahruntüchtigen Zustand (*being in charge of a motor vehicle with excess alcohol in breath, blood etc.*) gem. s. 6 (1) Road Traffic Act 1972 erfüllt. A wurde wegen Teilnahme (*aiding, abetting, counselling and procuring*) am Delikt des B gem. Accessories and Abettors Act 1861, s. 8 angeklagt, jedoch wegen Unschlüssigkeit des Vortrags der Krone freigesprochen (*ruling of no*

³⁶¹ Der Hinweis auf *procure* wird in der Literatur als verfehlt angesehen, SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 180, und stimmt auch nicht der zu *procure* entwickelten Rechtsprechung überein.

³⁶² *Calhaem* [1985] 1 Q.B. 808.

³⁶³ Gegen erstinstanzliche Urteile in Strafverfahren kann die Krone keine Rechtsmittel einlegen. Dies steht allein dem Verurteilten zu. Bestehen auf Seiten der Krone aber dennoch Bedenken gegen die Richtigkeit des Urteils, so kann sie mit einer Anfrage um eine Stellungnahme des Court of Appeal nachsuchen. Die Stellungnahme hat wie ein Urteil bindende Wirkung (*principle of stare decisis*), ist aber auf das Urteil, das Anlass zu der Anfrage gegeben hat, ohne Wirkung.

³⁶⁴ S. 12(1) Road Traffic Act 1972.

case to answer).³⁶⁵ Der Court of Appeal beantwortete eine Anfrage des Attorney-General,³⁶⁶ ob dieser Freispruch mit der Rechtslage übereinstimme, negativ:

To procure means to produce by endeavour. You procure a thing by setting out to see that it happens and taking the appropriate steps to produce that happening. We think that there are plenty of instances in which a person may be said to procure the commission of a crime by another even though there is no sort of conspiracy between the two, even though there is no attempt at agreement or discussing as to the form which the offence should take. In our judgment the offence described in this reference is such a case.

A hätte nach Auffassung des Court of Appeal auf der Grundlage des Sachverhalts vom Crown Court verurteilt werden müssen. Es reicht für die Alternative *procure* aus, dass der Teilnehmer im Wege einer kriminellen Bemühung die Verwirklichung des *actus reus* durch den Täter hervorbringt. Im Gegensatz zu den Alternativen *abet* und *counsel* ist hier gerade keine Willensübereinstimmung zwischen Täter und Teilnehmer erforderlich. Es geht um die Schaffung einer Situation, in der objektive Tatanreize ohne jede auch bloß konkludent erzielte Willensübereinstimmung der Teilnehmer vorliegen oder in der die Tatbegehung eine Folge der geschaffenen Situation ist. Elemente von *procure* sind nach der Ansicht des Court of Appeal eine Manipulation des Täters und ein (unspezifisches) Verursachen der Tat durch den Teilnehmer.³⁶⁷

Diese Voraussetzungen sowie weitere, auf den ersten Blick dieser Rechtsprechung widersprechende Entscheidungen haben dazu geführt, dass die Rechtslage unsicher und umstritten ist. Die Entscheidungen sind in unterschiedlicher Weise in der Literatur und Rechtsprechung interpretiert worden.

(a) „Ermunterung“ zur Tat

In der Literatur wird zum Teil angenommen, dass *procure* lediglich eine Art der Ermunterung zur Tat (*abet*, *counsel*) sei. Den in *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1975)* entwickelten Voraussetzungen sei keine besondere Bedeutung beizumessen und *procure* keine Sonderstellung innerhalb der vier Varianten der s. 8 zuzubilligen. Es gäbe nur zwei Formen der Teilnahme: Helfen (*helping*) und Anstiften (*influenc-*

³⁶⁵ Ein freisprechendes Urteil wegen Unschlüssigkeit des Vortrags der Krone ergeht, wenn aufgrund aller von der Krone angebotenen Beweismittel eine Verurteilung schon dann nicht ergehen kann, wenn zwar alle Beweismittel zugelassen würden, diese aber nicht ausreichen, dass eine vernünftige, richtig belehrte Jury einen Schuldspruch fällt, *C.R. v. Galbraith* (1976) 73 Cr.App.R 124; *R v. Shippey* [1988] Crim.L.R. 767.

³⁶⁶ S. 36 Criminal Justice Act 1972.

³⁶⁷ SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise on the Law of Complicity, S. 58 f.

ing the decision of the primary party to commit the crime).³⁶⁸ WILLIAMS führt dazu aus, dass *procure* auch nach seinem natürlichen Wortsinn nichts anderes bedeuten könne, als eine Bewusstseins- und Willenslage zu erzeugen, aus der heraus der Täter handle und das Delikt verwirkliche. Es gehe um Anstiftung. Der Teilnehmer würde auch hier die Entscheidung des Täters zur Tat beeinflussen.³⁶⁹ K.J.M. SMITH sieht in *procure* eine bestenfalls sprachliche Sonderung von Fällen, in denen es nicht möglich sei, die Tätigkeit des Teilnehmers als Ermunterung (*encouragement*) oder Unterstützung bei der Tatausführung (*assisting*) zu beschreiben, wie dies auch der Fall in der Entscheidung *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1975)* gewesen sei.³⁷⁰ Ansonsten könne kein substantieller Unterschied zu den übrigen Fällen der Anstiftung festgestellt werden. Seine Ansicht stützt K.J.M. SMITH insbesondere auf die Entscheidungen in *Broadfoot*³⁷¹ und *Reed*.³⁷²

(b) Anstiften und „Hervorbringen“ der Tat

Die Gegenauffassung³⁷³ schließt sich, was den *actus reus* von *procure* betrifft, im wesentlichen der Entscheidung in *Attorney-Generals Reference (No. 1 of 1975)* an. Ihr maßgeblicher Vertreter, J.C. SMITH, folgt der Definition Lord Widgerys.³⁷⁴ *Procure* sei nicht zuletzt deshalb ein besonderer Tatbestand, weil er auch dazu diene, eine Beteiligung an Erfolgshaftungsdelikten erfassen zu können. Dies könne *procure* nach der Gegenauffassung, die als zweite Teilnahmeform neben dem Helfen lediglich die Anstiftung sieht und ihr *procure* zuschlägt, nicht leisten.³⁷⁵ Eine Entscheidung des Täters, die durch den Teilnehmer beeinflusst werden kann, muss bei den reinen Erfolgshaftungsdelikten nicht nachgewiesen werden und liegt oftmals gar nicht vor, wie der Sachverhalt in *Attorney-Generals Reference (No. 1 of 1975)* zeige. HERRING sieht in den durch *Attorney-Generals Reference (No. 1 of*

³⁶⁸ KADISH, SANFORD: *A Theory of Complicity*, in: Gavison, Ruth: *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford 1987, S. 287ff., S. 294 (= *Complicity, Cause and Blame*, in: *Cal.L.R* 73 (1985) S. 329ff.)

³⁶⁹ WILLIAMS, GLANVILLE: *Complicity, Purpose and the Draft Code*, in: [1990] *Crim.L.R.* 4ff., 6f.

³⁷⁰ SMITH, K.J.M.: *A modern Treatise on the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 58f.

³⁷¹ [1976] 3 *All E.R.* 753.

³⁷² [1982] *Crim.L.R.* 819.

³⁷³ Law Commission Report No. 177, Band 2 *Commentary on Draft Criminal Code Bill*, cl. 29, 9.18.

³⁷⁴ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 144 f.

³⁷⁵ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 147.

1975) aufgestellten Voraussetzungen ebenfalls die verbindliche Feststellung der Rechtslage und rückt *procure* in die Nähe der *doctrine of innocent agency*.³⁷⁶

(c) Eigene Ansicht

Zur Klärung der Rechtslage müssen einige wesentliche Entscheidungen näher untersucht werden, die sich mit der Frage befassen, was *procure* bedeutet und auf welche Sachverhalte diese Alternative der Aiders and Abettors Act 1861, s. 8 durch die Rechtsprechung angewendet wird. Diese Fälle lassen sich in verschiedene Gruppen gliedern, die den Anwendungsbereich und somit auch die Bedeutung von *procure* deutlich machen.

In der Entscheidung *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1975)* bildete in der ersten Gruppe ein reines Erfolgshaftungsdelikt (*offence of strict liability*) die Haupttat. Eine Verurteilung des B war hier möglich, ohne dass ihm *mens rea* nachgewiesen werden musste. Auch war hier allein durch die Anwendung von *procure* eine Verurteilung des A möglich. Eine Täterschaft des A durch ein Werkzeug konnte nicht angenommen werden, weil die *doctrine of innocent agency* hier gleich aus zwei Gründen unanwendbar war. Erstens ist ihre Anwendung bei reinen Erfolgshaftungsdelikten ausgeschlossen und zweitens können eigenhändige Delikte (*non-proxyable offences*) nicht durch einen *innocent agent* verwirklicht werden. Das Fahren eines Kraftfahrzeugs wird als eigenhändige Tätigkeit angesehen.

Blakely and Another v. DPP lag ein ganz ähnlicher Sachverhalt wie *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1975)* zugrunde. Zwei Frauen, B und S, wollten einen Mann T dazu bewegen, die Nacht bei einer von ihnen zu verbringen. Dazu versetzten sie das ihm servierte Tonic Water mit Wodka, um ihn so an der Fahrt mit seinem Pkw zu einer anderen Unterkunft zu hindern. Sie wollten ihn warnen, dass er eine zu hohe BAK für eine Fahrt nach Hause haben könnte, um so aufgrund seiner Einsicht in seine Fahruntüchtigkeit zu ihrem Ziel zu gelangen. Dazu kam es jedoch nicht mehr, da A plötzlich und von den Frauen unbemerkt verschwand. Er fuhr mit einer BAK über dem erlaubten Höchstwert und wurde deswegen verurteilt. Ebenso wurden B und S vom Crown Court wegen der Teilnahme (*aiding, abetting, counselling and procuring*) an der Tat des Mannes bestraft. Die Frauen legten Rechtsmittel wegen fehlerhafter Rechtsanwendung zum Divisional Court ein (*appeal by way of case stated*). Ihr Rechtsmittel hatte Erfolg. Der Divisional Court hob ihre Verurteilungen auf:

The questions for the opinion of the court were: (1) Whether the offence of procuring could be committed by someone who brought the principal offence about, not intending that the offence should be committed but reckless as to whether it was committed or not ...

³⁷⁶ HERRING, JONATHAN: Criminal Law, Oxford 2004, S. 823.

In relation to those accused only of "procuring" and perhaps also those accused only of "counselling and commanding" it might be, as Lord Goddard's judgment in Ferguson v. Weaving would permit and as Lord Widgery's judgment in Attorney-General's Reference (No 1 of 1975) strongly suggested, that it was necessary to prove that the accused intended to bring about the principal offence.

Die Richter befanden, dass die zwei Frauen den *actus reus* der Alternative *procure* verwirklicht hatten, es aber an dem notwendigen Vorsatz für eine Verurteilung fehlte. Auch bei diesem Fall handelt es sich bei der Haupttat um ein Erfolgsdelikt (*offence of strict liability*), das zugleich ein eigenhändiges Delikt ist. Die Anwendung von *procure* in diesen Fällen zeigt, dass eine Willensübereinstimmung zwischen Täter und Teilnehmer nicht erforderlich ist. Als richtig erweist sich auch, dass ein Element der Manipulation dem Begriff *procure* innewohnt. Zudem kann in diesen Fällen nicht davon gesprochen werden, dass der Fahrtantritt des jeweiligen Fahrers auf einem freien Entschluss beruhte, der in Kenntnis und unter Einbeziehung der für die Entscheidung maßgeblichen Umstände getroffen worden war (*free, deliberate and informed intervention*). Keines der Opfer in den beiden Fällen wusste, dass es eine zu hohe BAK aufwies. Das Verhalten der Teilnehmer ist deshalb nach englischer Auffassung ursächlich für die Verwirklichung des *actus reus*. Sowohl die *causation in fact* als auch die *causation in law* sind gegeben.

Die zweite Gruppe von Entscheidungen, in der die Rechtsprechung *procure* als einzig mögliche Teilnahmeform angesehen hat, wird von den Entscheidungen in *Cogan and Leak*³⁷⁷, *Millward*³⁷⁸, *DPP v. K and B*³⁷⁹ sowie *Wheelhouse*³⁸⁰ gebildet.

Das bereits vorgestellte Urteil in *Cogan and Leak* ist deshalb hier von Interesse, weil seine *ratio decidendi* Zustimmung in der Rechtsprechung und teilweise in der Literatur gefunden hat³⁸¹ und seither als Grundlage für die Entscheidungen von Fällen dient, in denen mehrere Personen an einem eigenhändigen Delikt (*non proxiable offence*) beteiligt sind. Die Einzelheiten des Sachverhalts sind bekannt. Es ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass Leak Rechtsmittel einlegte, nachdem Cogan's Verurteilung aufgehoben worden war. Cogan machte geltend, ohne die Verurteilung des Täters sei seine Verurteilung ohne Grundlage. Das Rechtsmittel Cogan's wurde zurückgewiesen:

³⁷⁷ [1976] Q.B. 217 (CA).

³⁷⁸ [1994] Crim.L.R. 527 (CA).

³⁷⁹ [1997] 1 Cr.App.R. 36.

³⁸⁰ [1994] Crim.L.R. 756.

³⁸¹ Auf die Fehler in dieser Entscheidung, insbesondere die Verkennung der Natur der Vergewaltigung als eigenhändiges Delikt und fehlende Täterqualität Leaks als Ehemann seiner Frau, wenn man ihn als Täter ansähe, wurde bereits hingewiesen. Dazu insbesondere SMITH, J.C.: Commentary – *Cogan and Leak* [1975] Crim.L.R. 585ff.; ders.: Commentary – *Millward* [1994] Crim.L.R. 528ff., 529.

Her ravishment had come about because Leak had wanted it to happen and had taken action to see that it did by persuading Cogan to use his body as the instrument for the necessary physical act. In the language of the law the act of sexual intercourse without the wife's consent was the actus reus: it had been procured by Leak who had the appropriate mens rea, namely his intention that Cogan should have sexual intercourse with her without her consent. In our judgment, it is irrelevant that the man whom Leak had procured to do the physical act himself did not intend to have sexual intercourse with the wife without her consent. Leak was using him as a means to procure a criminal purpose.

Entscheidend ist, dass Lawton J in dem Vorgehen Leaks den *actus reus* von *procure* als verwirklicht angesehen hat³⁸² und es seiner Ansicht nach für eine Bestrafung wegen einer Teilnahme nach der vierten Alternative der s. 8 Aiders and Abettors Act 1861 nicht auf eine Verurteilung des Täters ankommt, solange nur der *actus reus* verwirklicht worden ist.

In *Millward* wurde die ratio der Entscheidung *Cogan and Leak* angewendet. Der Entscheidung³⁸³ lag der folgende Sachverhalt zugrunde. Millward beauftragte seinen Angestellten Hodgson mit einer Transportfahrt. Er wusste, dass die Anhängerkupplung der Zugmaschine, mit der Hodgson fahren sollte, defekt war. Dennoch ordnete er die Fahrt mit einem Anhänger an. Während der Fahrt löste sich der Anhänger von der Zugmaschine und überrollte ein Kind, das getötet wurde. Hodgson wurde vom Vorwurf des rücksichtslosen Fahrens mit Todesfolge (*causing death by reckless driving*) freigesprochen. Dennoch wurde das Rechtsmittel Millwards zurückgewiesen:

In this Court's view, it is the authority of Cogan and Leak that is relevant to the decision that we have to make. In this Court's view, the actus reus in the present case was the taking of the vehicle in the defective condition on to the road so as to cause the death of the little boy. It was procured by this appellant. The requisite mens rea was, in our judgment, present on the jury's finding. The appellant caused Hodgson to drive that vehicle in that condition just as Leak had caused Cogan to have sexual intercourse with his wife.

³⁸² Die Law Commission meint, die Verurteilung Leaks sei auch auf die *doctrine of innocent agent* gegründet worden, Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in crime“, S. 179, <http://www.lawcom.gov.uk> (Stand Januar 2008). Das findet im Urteilstext keine überzeugende Stütze, zumal das Gericht explizit von *procure* spricht.

³⁸³ Zur Kritik vgl. SMITH, J.C.: Commentary – *Millward* [1994] Crim.L.R. 528ff.

Hier lag ebenfalls ein Fall vor, in dem der Täter nicht verurteilt werden konnte, weil es ihm an dem notwendigen Vorsatz fehlte. Zugleich wurde der *actus reus* der Haupttat als gegeben und als Grundlage für eine Verurteilung des Teilnehmers angesehen.

Der Sachverhalt, der die Grundlage der Entscheidung in *DPP v. K and B* bildet, ist ebenfalls schon mitgeteilt worden. Der teilweise Freispruch hinsichtlich des Anklagepunkts der Teilnahme an der Vergewaltigung von W wurde aufgehoben und der Fall an das Jugendgericht zurückverwiesen. In der Begründung stimmte Russell LJ der Rechtsauffassung der Krone in vollem Umfang zu:

Mr John McGuinness on behalf of the Director makes a number of submissions arising out of these findings. First, he contends that the respondents K and B were procurers of the offence of rape. As such, they were in reality secondary parties to the offence and were never principals. They did not assist the boy to have sexual intercourse with W by, for example, holding the girl down. Indeed, they were not physically present when the sexual activity took place. Not being principals but rather accessories before the fact, their gender was irrelevant and the magistrate fell into error in para. 6 of his conclusions. A female can undoubtedly procure the commission of rape by a male.

As a procurer, a female is liable to conviction as a principal but in law is not a principal save when employing an innocent agent. In this case the boy involved could hardly be so described.

Der letzte Absatz dieses Zitats enthält eine Gleichstellung der Tätigkeit von Hintermann und dem Teilnehmer durch *procuring*. Diese Auffassung stützt die Ansicht, dass *procure* ein Element der Manipulation und somit der Steuerung oder Kontrolle der Vorgänge zumindest enthalten kann.³⁸⁴

Zur Frage der Teilnahme nicht an einem vollständig verwirklichten Delikt, sondern nur an einem *actus reus* schloss sich Russell LJ den vorangegangenen Entscheidungen an:

Secondly, Mr McGuinness contends that the finding of doli incapax in the boy or the failure of the Crown to negative it, did not vitiate the conviction of the respondents as procurers. This is the kernel of the appeal.

In my view, Mr McGuinness is right and with all respect to him the magistrate was wrong.

Im Folgenden zog Lawton LJ die *ratio* von *Cogan and Leak* und *Millward* zur Begründung seiner Auffassung heran.

³⁸⁴ SMITH, K.J.M.: A modern Treatise on the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 58.

Eine Besonderheit bietet die Entscheidung im Fall *Wheelhouse*. Sie und die ihr zuteil gewordene Anmerkung von J.C. SMITH können als Gegenprobe für die Richtigkeit der bisherigen Einordnung der Fälle herangezogen werden. Folgender, hier leicht vereinfachter Sachverhalt, lag der Entscheidung zugrunde. W wollte ein Auto aus einer Garage stehlen. Dazu übergab er dem gutgläubigen P einen Schlüssel für die Garage und das Auto und sagte ihm, das Fahrzeug gehöre ihm. P brachte das Auto zu W. Beide wurden angeklagt, W wurde vorgeworfen, die Tat des P im Wege einer kriminellen Bemühung verursacht zu haben (*procure*). Die Jury sprach W vom Vorwurf des Einbruchdiebstahls (*burglary*) frei. Der Court of Appeal wies das eingelegte Rechtsmittel zurück und bestätigte die Richtigkeit der Entscheidung in *Millward*, die von der Verteidigung angegriffen worden war.

Unbestritten ist die Einordnung der Tätigkeit des W als eine Verursachung (*procure*) der Tat des P. Er hatte P getäuscht, der daraufhin den *actus reus* des Einbruchdiebstahls verwirklichte. Eine Manipulation lag vor. Die Bezugnahme auf *Millward* hingegen scheint unnötig. Bereits HALE hatte anerkannt, dass *burglary* kein eigenhändiges Delikt ist. Deshalb wäre es richtig gewesen, diesen Fall unter Anwendung der *doctrine of innocent agency* zu lösen.³⁸⁵

Die dritte Gruppe ist in ihrer Bedeutung für die Inhaltsbestimmung der vierten Alternative der s. 8 Aiders and Abettors Act teilweise zweifelhaft.

In *Beck*³⁸⁶ hatte der Angeklagte eine Kreditkarte sowie Travellerschecks gestohlen. Mit der Kreditkarte zahlte er wiederholt, die Schecks begab er bei einer französischen Bank. Er wurde wegen Kreditkarten- und Scheckbetrugs gem. s. 20 (2) Theft Act 1968³⁸⁷ angeklagt und verurteilt. Er wandte sich gegen seine Verurteilung. Die Schäden, die der Kreditkartengesellschaft und der englischen Bank, die die Travellerschecks ausgegeben hatte, entstanden seien, könne nicht als durch sein Handeln verursacht angesehen werden, weil in beiden Fällen die Zahlungen nach Frankreich auf einem freien Willensentschluss beruhten, denn sowohl die Kreditkartengesellschaft wie die englische Bank wussten, dass Kreditkarte und Schecks gestohlen worden waren, als sie die Forderungen der Partner bzw. der französischen Bank erfüllten. Das Rechtsmittel wurde zurückgewiesen.

The word 'procure' in s 20(2) bore the common meaning of 'causing' or 'bringing about'. Accordingly, since the appel-

³⁸⁵ SMITH, J.C.: Commentary - *Wheelhouse* [1994] Crim.L.R. 757.

³⁸⁶ [1985] 1 All E.R. 571.

³⁸⁷ Theft Act 1968, s. 20 (2): A person who dishonestly, with a view to gain for himself or another or with intent to cause loss to another, by any deception procures the execution of a valuable security shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding seven years; and this subsection shall apply in relation to the making, acceptance, indorsement, alteration, cancellation or destruction in whole or in part of a valuable security, and in relation to the signing or sealing of any paper or other material in order that it may be made or converted into, or used or dealt with as, a valuable security, as if that were the execution of a valuable security.

lant's dishonesty in France had caused or brought about a situation in England where the bank and the credit card company had had no alternative, for legal and/or commercial reasons, but to pay on their valuable securities, the traveller's cheques and the credit card bills, the appellant had 'procured' the execution of those securities s...

Danach reichen neben rechtlichen Verpflichtungen zu handeln auch wirtschaftliche Zwänge, um einen freien Willensentschluss als nicht gegeben anzusehen. Die Entscheidung behandelt keinen Fall der Beteiligung an der Straftat eines anderen. Es geht hier allein um die Auslegung des Begriffes *procure*. Die hier erfolgte Auslegung stimmt mit der Bedeutung, die Widgery LJ *procure* beigemessen hat, überein.

Zum Beleg für die Ansicht, dass *procure* tatsächlich einen normalen Fall der Anstiftung meine, wird in der Literatur das Urteil in der Sache *Broadfoot*³⁸⁸ herangezogen. Hier wollten zwei Journalistinnen eine Reportage über sogenannte Massagesalons schreiben. Dazu bewarben sie sich inkognito bei einem solchen Salon. Der Betreiber B bot beiden einen erheblichen höheren Lohn an, wenn sie bereit seien, „Sonderleistungen“ für die Kunden zu erbringen. Beide Frauen lehnten dieses Angebot ab. B wurde wegen versuchter Verleitung zur Prostitution (*attempting to procure a woman to become a common prostitute*) gem. s. 22 (1) Sexual Offences Act 1956 verurteilt. Er wandte sich gegen seine Verurteilung, weil der Richter bei der Belehrung der Jury *procure* mit *recruit* gleichgesetzt hatte.

Der Court of Appeal wies das Rechtsmittel zurück. Die Bedeutung von *procure* sei nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Die Entscheidung in *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1975)* könne ein Leitfaden bei der Bestimmung des Inhalts sein.³⁸⁹ Es gäbe auch noch eine andere, auf die Umstände dieses Falls passende Definition:

*During the course of argument in this court Shaw LJ suggested that 'procuring' could perhaps be regarded as bringing about a course of conduct which the girl in question would not have embarked on spontaneously or of her own volition.*³⁹⁰

Die Verursachung der Handlung der jungen Frauen wird als maßgeblich angesehen. Eine Manipulation des Täters ist nach dieser Definition nicht erforderlich. Auch eine Beeinflussung des Willens reicht nach dieser Auffassung aus, um die Voraussetzungen von *procure* zu erfüllen. Es reicht für eine Bejahung der Verursa-

³⁸⁸ *Broadfoot* [1976] All E.R. 753.

³⁸⁹ *Broadfoot* [1976] All E.R. 753, 755f.

³⁹⁰ *Broadfoot* [1976] All E.R. 753, 756, Absatz b.

chung aus, dass der Teilnehmer die Gelegenheit schafft, aufgrund derer die Frau sich entschließt, der Prostitution nachzugehen.³⁹¹

In *Reed*³⁹² hatte R gegen seine Verurteilung wegen Teilnahme an einem Selbstmord Rechtsmittel eingelegt. Der Richter hatte in der Vorinstanz die Mitglieder der Jury belehrt, dass sie ihn für schuldig befinden könnten, wenn sie überzeugt seien, dass er einen weiteren Teilnehmer L in eine Situation gebracht habe und dabei wusste und beabsichtigte, dass L in dieser einen Selbstmörder unterstützen würde. Die Belehrung der Jury wurde durch den Court of Appeal als im Einklang mit der Definition Widgerys LJ in *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1975)* angesehen. Aus diesen Entscheidungen lassen sich der Anwendungsbereich und die Voraussetzungen von *procure* wie folgt zusammenfassen. *Procure* nimmt unter den Teilnahmetatbeständen eine Sonderstellung ein. Bekannt ist, dass die vierte Alternative der s. 8 keine Willensübereinstimmung zwischen Täter und Teilnehmer voraussetzt. Ausreichend für ihre Verwirklichung ist in objektiver Hinsicht, dass der Teilnehmer eine Situation schafft, in der Tatanreize für den Täter bestehen, oder der Täter die Tat ohne den erforderlichen Vorsatz verwirklicht. In diesem Zusammenhang kann von einer Verursachung der Haupttat gesprochen werden. *Procure* dient somit der Schließung von Strafbarkeitslücken, die einerseits entstehen, weil reine Erfolgshaftungsdelikte (*offences of strict liability*) in *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1975)* als Tat bei der Anwendung der *doctrine of innocent agency* in Frage kommen.³⁹³ Beispiele für diese Funktion von *procure* sind die Entscheidungen in *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1975)* und *Blakely and Sutton*. Hier gilt die von Widgery formulierte Umschreibung der Voraussetzungen von *procure* in vollem Umfang.

Eine weitere Strafbarkeitslücke schließt die vierte Alternative von s. 8 Aiders and Abettors Act 1861, wenn ein eigenhändiges Delikt vorliegt, dessen Begehung der Teilnehmer im Sinn der englischen Auffassung verursacht hat.³⁹⁴ Hier ist die Anwendung der *doctrine of innocent agency* ausgeschlossen. Gleichwohl kann der Teilnehmer die Tat des Täters im Wege heimlichen Vorgehens ohne dessen Wissen hervorbringen. Entscheidend für die Schließung der Strafbarkeitslücke ist hier das Zusammenwirken des in *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1975)* begründeten Verständnisses von *procure* als Handlung, die ein Element der Verursachung, Manipulation sowie der Steuerung und Kontrolle enthält, mit dem Verzicht auf ein verwirklichtes Delikt: In diesen Fällen liegt kein *actus reus* vor, obgleich ansonsten der *actus reus* und die *mens rea* der Haupttat erfüllt sein müssen – *procure* ist die Alternative der s. 8 Aiders and Abettors Act 1861, deren Konnotation es gerade

³⁹¹ SMITH, J.C.: Commentary - *Reed (Nicholas)* [1982] Crim.L.R. 820; SMITH, K.J.M.: A modern Treatise on the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 59.

³⁹² [1982] Crim.L.R. 819.

³⁹³ SMITH, J.C.: Smith and Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 169.

³⁹⁴ SMITH, J.C.: Commentary – *Millward* [1994] Crim.L.R. 528ff., 530; SMITH, J.C.: Commentary - *Wheelhouse* [1994] Crim.L.R. 757; SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise on the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 118.

erfordert, dass die *mens rea* auf Seiten des „Täters“ infolge einer Manipulation besteht. J.C. SMITH sieht diese Besonderheit bei *procure* und spricht von einem (zum damaligen Zeitpunkt) „neuen Delikt des Hervorbringens einer Tatbestandsverwirklichung“ (... *awne offence of procuring the commission of the actus reus* ...).³⁹⁵ Diese Linie der Rechtsprechung wird durch die auf *Cogan and Leak* aufbauenden Entscheidungen repräsentiert. Maßgeblich für die exklusive Anwendung der vierten Alternative in diesen Fällen dürfte sein, dass allein *procure* unter Erhaltung der sprachlichen Natürlichkeit eine Beschreibung der Handlungen des Teilnehmers in diesen Konstellationen ermöglicht. Darauf weist nicht zuletzt die Verwendung von *procure* sowohl im Zusammenhang mit der *doctrine of innocent agency* als auch mit der Teilnahme durch die Rechtsprechung hin.³⁹⁶ Wenn kein geistiger Kontakt zwischen Täter und Teilnehmer besteht, so ist es schwierig, eine Handlung des Teilnehmers, die gerade keine *mens rea* auf Seiten des „Täters“ erzeugt, mit den Begriffen *abet* oder *counsel* zu bezeichnen. Das ist ein maßgebliches Argument für die Beschränkung der Rechtsfigur der Teilnahme an der Tat des vorsatzlosen Täters auf die Alternative *procure*.

Ein anderer Ansatz zur Erklärung der exklusiven Anwendung von *procure* auf Fälle der Manipulation des „Täters“, der den *actus reus* infolge dieser Einwirkung ohne *mens rea* verwirklicht, ist nach SIMESTER/SULLIVAN eine „Analogie“ dieser Fälle mit Konstellationen der *innocent agency*.³⁹⁷ In dieser Ansicht spiegelt sich ebenfalls die Auffassung wider, dass Manipulation auf der Seite des Teilnehmers und Strafbarkeitsdefizit auf Seiten des „Täters“ notwendige Elemente von *procure* sind und so diese Fallgruppen in ihrer Wirkung den Konstellationen der *innocent agency* gleichstehen.

³⁹⁵ SMITH, J.C.: Commentary – *Loukes* [1996] Crim.L.R. 342f., 342. Ebenso ders.: Aid, Abet, Counsel or procure, in: Glazebrook, P.R. (Hrsg.): *Reshaping the Criminal Law*, London 1978, S. 120ff., 137; In der Literatur hat sich keine herrschende Ansicht herausgebildet. J.C. SMITH erwägt in seinem *Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 174, vorsichtig einen weiteren Anwendungsbereich dieser bislang nur für *procure* geltenden Einschränkung der Akzessorietät. Er hat hier den von ihm verfassten Kommentar zu der weiter zurückliegenden Entscheidung *Millward* übernommen, vgl. SMITH, J.C.: Commentary – *Millward* [1994] Crim.L.R. 528ff. Ein wie hier vertretenes Verständnis von *procure* teilen SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, Oxford 2003, S. 228f., 231 und The Law Commission: *Consultation Paper No. 131 – Assisting and Encouraging Crime*, London 1993, S. 147ff. Ansonsten wird in der Literatur über die Beschränkung dieses Prinzips bislang nur implizit gemutmaßt. Die Rechtslage ist weiterhin unsicher, eine h.M. ist nicht auszumachen. Anders STEIN, HENRIKE: *Die Regelungen von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, Spaniens, Österreichs und Englands*, Diss. Herbolzheim 2002, S. 282.

³⁹⁶ *DPP v K and B* [1997] Crim.L.R. 121.

³⁹⁷ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal Law, Theory and Doctrine*, Oxford 2003, S. 231.

Darüber hinaus erfasst *procure* andere Fälle, die auch in den Anwendungsbereich der Alternativen *abet* und *counsel* als Fälle einer Anstiftung oder Ermunterung zur Tat fallen. Dies zeigen die Entscheidungen in *Reed* und *Broadfoot*.

(6) Die Verbindung zwischen Teilnahmehandlung und Haupttat

Bei der Suche nach dem Strafgrund der Teilnahme wird im Folgenden versucht, aus den ermittelten objektiven Voraussetzungen und weiterer, bislang noch nicht untersuchter Rechtsprechung auf die Verbindung zwischen der Teilnahmehandlung und der Haupttat zu schließen. Die vorherrschende Ansicht in der Literatur fasst die Voraussetzungen der einzelnen Teilnahmeformen wie folgt zusammen und geht dabei auch auf die Frage eines Kausalitätsverhältnisses zwischen Teilnahme und Haupttat ein:

(i) *'procuring' requires causation but not consensus;*

(ii) *'abetting' and 'counselling' require consensus but not causation; and*

(iii) *'aiding' requires actual assistance but neither consensus nor causation.*³⁹⁸

(a) Die fehlende innere Geschlossenheit der Rechtslage

Einhellig und bislang unbestritten ist die Meinung, dass lediglich *abetting* und *counselling* eine Willensübereinstimmung erfordern. Dieser Auffassung ist zuzustimmen, weil sie mit der Rechtsprechung zu diesen Teilnahmemodi im Einklang steht. Als problematisch erweist sich die uneingeschränkte Bejahung eines Verursachererfordernisses bei *procure* und dessen Ablehnung für die übrigen Teilnahmeformen. STEPHEN schreibt dazu:

*An accessory before the fact is one who directly or indirectly counsels, procures, or commands any person to commit any felony or piracy which is committed in consequence of such counselling, procuring, or commandment.*³⁹⁹

Diese Stellungnahme zum Zusammenhang von Teilnahmehandlung und Tatbegehung stellt die Ansicht der überwiegenden Meinung in Frage, denn die Tatbegehung soll eine Folge der Ermunterung zur Tat sein. Hier wird ein Kausalzusammenhang zwischen Teilnahmehandlung und verwirklichtem Delikt vorausgesetzt.

³⁹⁸ SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 10. Auflage London Edinburgh 2002, S. 147, übernommen aus SMITH, J.C.: *Aid, Abet, Counsel or Procure*, in: Glazebrook, P.R. (Hrsg.): *Reshaping the Criminal Law*, London 1978, S. 120ff., 134.

³⁹⁹ STEPHEN, SIR JAMES FITZJAMES: *A Digest of the Criminal Law*, 4. Aufl. London 1877, S. 33.

(b) Der Verursachungsbegriff

Die Beantwortung der Frage nach einem Kausalzusammenhang zwischen der Teilnahmehandlung und der Haupttat wirft vor allem deswegen Probleme auf, weil das englische Konzept des Ursachenzusammenhangs (*causation in fact – causation in law*) sehr eng und unelastisch ist. Wenngleich sich hier Entwicklungen andeuten, die eine Unterbrechung des Kausalverlaufs durch das Handeln Dritter oder des Opfers an engere Voraussetzungen knüpfen (vgl. die mit der Entscheidung in Sachen *Empress Cars* begonnene Linie der Rechtsprechung), als dies bisher der Fall war, so bleibt die prinzipielle Schwierigkeit, eine Teilnahmehandlung als „ursächlich“ für den *actus reus* der Haupttat zu bewerten. Die Bewertung als „ursächlich“ setzt einen Vergleich der wirksam gewordenen Ursachen voraus, deren vom Erfolg weiter entfernte eliminiert werden. Es wirkt die Bedingung der dem *actus reus* nächsten Ursache (*most immediate cause*). Blicke man bei einem solchen und bislang für die Unterscheidung von Täter (*principal*) und Teilnehmer (*accessory*) dienstbar gemachten Verursachungsbegriff stehen, so bedeutete dies im Ergebnis, dass eine Teilnahmehandlung grundsätzlich nicht als ursächlich für die Verwirklichung des *actus reus* angesehen werden kann.⁴⁰⁰

(c) *Attorney General's Reference No. 1 of 1975*

Anders wäre dies freilich bei Verursachung und *procure*. Diese ergibt sich für die Fälle, in denen der Täter ein Erfolgshaftungsdelikt verwirklicht oder es an der *mens rea* des „Täters“ fehlt und der Täter ein eigenhändiges Delikt (*non proxyable offence*) verwirklicht. Das Verhalten des Täters beruht in diesen Fällen nicht auf einem freien Entschluss, der in Kenntnis und unter Einbeziehung der für die Entscheidung maßgeblichen Umstände getroffen worden ist (*free, deliberate and informed intervention*). Ein *novus actus interveniens* wird hier von der englischen Literatur und Rechtsprechung ebenso wenig angenommen wie in Fällen, in denen der Täter durch einen *innocent agent* handelt. Die übrigen vorgestellten Konstellationen, in denen das Verhalten des Teilnehmers als *procure* angesehen werden kann und gleichwohl eine Bezeichnung der Teilnahmehandlung als Ursache nach englischer Terminologie nicht zulassen, weil *procure* hier einer Ermunterung zur Tat entspricht und ein auf freiem Willensentschluss beruhendes Verhalten die Ursachenreihen zwischen Teilnehmer- und Täterhandeln unterbricht, weist auf die prekäre, weil unklare Rechtslage hin. Wie soll die Voraussetzung einer Verursachung (*causation*) hier erfüllt werden? Es ist deutlich geworden, dass die von Widgery LJ erwähnte Verursachung (*causation*) als Voraussetzung von *procure* nicht in allen Fällen die Verursachung im Sinne einer nächsten Ursache (*most immediate cause*) sein kann. Zudem wird nirgends ernstlich erwogen, ob Widgery LJ seine Aussage auf einen bestimmten Fall von *procure* beschränkt wissen wollte. Deshalb

⁴⁰⁰ SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 10. Auflage London Edinburgh 2002, S. 147f.

ist festzustellen, welches von dem bisher dargelegten Verständnis der Verursachung abweichendes Konzept den Zusammenhang zwischen Teilnahmehandlung und Tatbegehung erfassen kann. Die Rechtsprechung bietet hierzu keinen Anhalt, so dass auf Ansichten in der Literatur zurückgegriffen werden muss.

K.J.M. SMITH schlägt vor, im Bereich der Teilnahme das Verständnis von *causation* so abzuändern, dass eine Verursachung der Tat angenommen wird, sobald die Tat durch den Täter nicht in der konkreten Form zu dem konkreten Zeitpunkt hätte begangen werden können, wenn der Teilnehmer sich nicht in der Weise verhalten hätte, wie er es tatsächlich getan hat. Die Teilnahmehandlung müsse dann eine *condicio sine qua non* für die Handlungen des Täters (*principal's actions*) sein.⁴⁰¹ Mit den Worten der englischen Rechtswissenschaft geht es darum, dass der Teilnehmer (*accessory*) den *actus reus* in tatsächlicher Hinsicht verursacht hat (*causation in fact*). Einen Minimalstandard für die Verursachung sieht K.J.M. SMITH als nicht erforderlich an; das *De-minimis-Prinzip* sei durch die relevanten Entscheidungen nicht zu belegen und deshalb nicht anzuwenden. Vor allem Beweisschwierigkeiten machten die Anwendung dieses Prinzips hier ohnehin nicht wünschenswert.

Die Änderung der Voraussetzung, die Ursache müsse die nächste Ursache für die Handlung des Täters sein, führt dazu, dass sich alle Fallgestaltungen von *procure* mit der Aussage WIDGERYS und STEPHENS vereinbaren lassen. Damit wird für diesen Tatbestand die angestrebte Kohärenz der bislang gefällten richterlichen Entscheidungen und der Voraussetzung einer Verursachung der Tat durch die Teilnahmehandlung bei der Anwendung von K.J.M. SMITHS Auffassung erreicht.

(d) Kausalität der Teilnahmehandlung für den Taterfolg – die übrigen Teilnahmeformen

(aa) *Abet* und *counsel*

Der herrschenden Ansicht in der Literatur zufolge ist die Rechtsprechung zu dieser Frage eindeutig so zu verstehen, dass weder für *abet* noch für *counsel* ein Ursachenzusammenhang zwischen Teilnahmehandlung und Verwirklichung der Haupttat zu fordern ist.⁴⁰²

⁴⁰¹ SMITH, K.J.M.: *Complicity and Causation*, in: [1986] *Crim.L.R.* 663, 669; SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 10. Auflage London Edinburgh 2002, S. 148.

⁴⁰² MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 202; HERRING, JONATHAN: *Criminal Law*, Oxford 2004, S. 821ff.; CLARKSON, C.M.V.; KEATING, H.M.: *Criminal Law*, 5. Aufl. London 2003, S. 532 f.; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 203 f.; SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 5. Auflage London Edinburgh 1983, S. 145ff.; WILLIAMS, GLANVILLE: *Criminal Law: The General Part*, 2. Aufl. London 1961, S.381ff.; ders.: *Textbook of Criminal Law*, London 1978, S. 339; einschränkend WILSON, WILLIAM: *Criminal Law*, London New York 2. Aufl. 2003, S. 586ff.

K.J.M. SMITH hingegen ist der Auffassung, Kausalität sei die einzige gemeinsame Voraussetzung aller Teilnahmemodi. Sie allein verleihe dem Recht der Teilnahme eine gewisse innere Geschlossenheit. Dabei sei das Kausalitätserfordernis wie bei der Teilnahmeform *procure* dargestellt, auf die tatsächliche Verursachung beschränkt.⁴⁰³ Diese Auffassung wird durch einige Entscheidungen gestützt.

In *Benford v. Sims*⁴⁰⁴ führte Ridley J zur Frage einer Verursachung der Tat durch eine Teilnahme in Form des Beratens (*counsel*) aus, dass der Magistrate in der ersten Instanz einen zu hohen Maßstab für eine Verurteilung anlegte, als er das Merkmal *counsel* nur als erfüllt ansehen wollte, wenn der Teilnehmer den Erfolg ebenso verursacht habe wie der Täter.

The magistrate has found that the respondent knowingly counselled the owner to cause the act of cruelty to be perpetrated, but that he did not cause it to be perpetrated in the sense in which the word is used in s. 2 of the Cruelty to Animals Act of 1849, for the reason - to quote the magistrate's words - 'that though the advice of the respondent in some degree influenced the owner to cause the animal to be worked, such advice was the remote cause of the cruelty in some degree, and not the proximate cause of the cruelty in any degree, and therefore not the cause of the cruelty within the meaning of the statute'.⁴⁰⁵

It appears to me, therefore, that the magistrate on his findings of fact might have convicted the respondent, he having, according to the magistrate's finding, knowingly counselled the owner to cause the act of cruelty and might under s. 5 of Jervis's Act have found him guilty of the same offence as if he had been a principal offender. In my opinion the case should go back with the intimation of that opinion to the magistrate and a direction to him to convict.⁴⁰⁶

Es ist in dieser Entscheidung die Auffassung des Gerichts, dass der Ratschlag nur eine entfernte Ursache für die Begehung der Tat sein muss. Doch zweifelt Ridley J nicht an der Voraussetzung einer Kausalitätsbeziehung zwischen Teilnahmehandlung und Tat überhaupt.

In *Croft*⁴⁰⁷, einem Fall eines nur einseitig verwirklichten Doppelselbstmordes, galt es, die Frage zu beantworten, ob der Überlebende für seine Beteiligung an der

⁴⁰³ SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 7; 78ff.; 246.

⁴⁰⁴ [1898] 2 Q.B. 641.

⁴⁰⁵ *Benford v Sims* [1898] 2 Q.B. 641, 644.

⁴⁰⁶ *Benford v Sims* [1898] 2 Q.B. 641, 645.

⁴⁰⁷ [1944] 2 All E.R. 483.

Selbsttötung der Frau zu bestrafen sei. Der verheiratete Croft und seine Geliebte beschlossen, sich umzubringen. Dazu beschaffte Croft einen Revolver. Die Geliebte versuchte sich zu erschießen, verletzte sich aber nur. Sie litt aufgrund der Schussverletzung große Schmerzen. Croft ließ daraufhin die Frau zurück, um ärztliche Hilfe zu holen. Gerade als er das Haus verlassen hatte, schoss sich die Frau in den Kopf. Sie war sofort tot.

Das gegen seine Verurteilung wegen Mordes eingelegte Rechtsmittel begründete Croft unter anderem damit, dass er seine Ermunterung zur Tat (*counsel*) sowie die geleistete Hilfe (*aid*) zurückgezogen hatte, indem er die Frau verließ. Das bloße Verlassen erachtete das Gericht als nicht ausreichend:

*We are of the opinion, that the circumstances in this case did not amount, and could not reasonably have been held to amount, to such a clear countermanding or determination of the agreement as would discharge the appellant from liability to a charge of murder if that which occurred was the result of what he had done before... He never said anything to the woman which could have removed from her mind the effect of the counsel which he had previously given her.*⁴⁰⁸

Das Gericht ging hier davon aus, dass der Ratschlag (*counsel*), der in der Verabredung zum gemeinsamen Selbstmord zu sehen ist, ursächlich für den Entschluss der Frau gewesen sei, sich umzubringen („... effect of the counsel ...“).

Schließlich spricht die Unterscheidung Lord Parkers CJ zwischen dem Delikt der nicht akzessorischen Anstiftung (*incitement*) und der Teilnahme in *Assistant Recorder of Kinston-upon-Hull, ex parte Morgan*⁴⁰⁹ dafür, jedenfalls *abet* und *counsel* als Teilnahmeformen zu sehen, die für die Begehung der Tat ursächlich sein müssen:

*It is of the essence of the offence constituted by "counselling, procuring or commanding" that as a result of the counselling, procuring or commanding something should have happened which constituted either the full offence or the attempt, whereas in the Crime of incitement, which is a common law misdemeanour, it matters not that no steps have been taken towards the commission of the attempt or of the substantive offence. It matters not, in other words, whether the incitement had any effect at all. It is merely the incitement or the attempting to incite which constitutes the offence.*⁴¹⁰

⁴⁰⁸ *Croft* [1944] 2 All E.R. 483, 485.

⁴⁰⁹ [1969] 2 Q.B. 58, 61f.

⁴¹⁰ *Assistant Recorder of Kinston-upon-Hull, ex parte Morgan* [1969] 2 Q.B. 58, 61 f.

Danach ist es gerade ein Kennzeichen der Teilnahmeformen *counsel* und *procure*, dass sie ursächlich für die Begehung der Tat sind.

Diese Rechtsprechung ist nicht wieder aufgegriffen worden. Im Gegenteil: In dem zeitlich diesen Entscheidungen nachfolgenden Urteil in der Sache *Attorney General v. Able*⁴¹¹ wurde der Herausgeber einer Broschüre, die Anleitungen zum Selbstmord und Informationen zur Rechtslage der Verwandten eines Selbstmörders enthielt, wegen der Teilnahme in Gestalt der Hilfe und Ermunterung (*assist, encourage*) am Selbstmord eines Dritten gem. s. 2 Suicide Act 1961 angeklagt und verurteilt. Woolf J führte im Rechtsmittelverfahren auf die Einlassung des Rechtsmittelführers, der Ursachenzusammenhang zwischen der Verteilung der Broschüre und der Selbsttötung sei nicht bewiesen, aus:

*There will also be cases where, although the recipient commits suicide, the booklet has nothing to do with the suicide or the attempted suicide ... This does not mean that it has to be shown that the suicide or attempted suicide would not have occurred but for the booklet.*⁴¹²

Mit dem Beispiel, dass auch der, der einem bereits zur Tat entschlossenen Täter sagt, er möge einen Dritten töten, wegen der Teilnahme an dem Mord des Täters zu bestrafen ist, verdeutlichte Woolf J, dass zwischen einer Teilnahme in Gestalt von *aid, counsel* und *abet* und der Haupttat kein Ursachenzusammenhang, nicht einmal eine *causation in fact* zu bestehen bräuchte.⁴¹³

In der gleichen Weise ist der Fall *Calhaem*⁴¹⁴ entschieden worden. Calhaem heuerte den Privatdetektiv Zajac an, damit er ihre Nebenbuhlerin beseitige. Für diesen Auftrag erhielt Zajac £ 5000. Er hatte nach Erhalt des Geldes beschlossen, das Opfer nicht umzubringen. Um aber das Geld behalten zu können, hatte er folgenden Plan gefasst. Er entfernte die Kugeln aus den Schrotpatronen und wollte dann mit der blind geladenen Schrotflinte auf das Opfer schießen. So hätten sein Opfer und seine Auftraggeberin an einen missglückten Mordanschlag geglaubt. Zajac setzte seinen Plan um und begab sich mit der Schrotflinte, die er in einem Geschenkkarton versteckt hatte, einem Hammer und einem Messer zu der Wohnung des Opfers. Sein Opfer schöpfte jedoch Verdacht und begann zu schreien. In einem Anfall von Panik erschlug Zajac sie mit dem Hammer. Calhaem legte Rechtsmittel gegen ihre Verurteilung ein, unter anderem, weil die Ermunterung zur Tat (*counselling*) einen Kausalzusammenhang (*causal connection*) zwischen den Handlungen des Teilnehmers und der Verwirklichung des Delikts voraussetze. Dieser sei aber durch die panische Reaktion Zajacs unterbrochen worden. Der Court of Appeal ging erst gar

⁴¹¹ [1984] 1 All E.R. 277.

⁴¹² *Attorney General v Able* [1984] 1 All E.R. 277, 287.

⁴¹³ *Attorney General v Able* [1984] 1 All E.R. 277, 288.

⁴¹⁴ [1985] 2 All E.R. 266.

nicht darauf ein, ob eine panische Reaktion des Täters überhaupt eine Ursachenreihe unterbrechen könne. Unter Berufung auf die damaligen Auflagen der Lehrbücher von J.C. SMITH⁴¹⁵ und WILLIAMS⁴¹⁶ befand das Gericht, dass ein Ursachenzusammenhang zwischen Teilnahmehandlung und Tat nicht bestehen müsste:

*So long as there is counselling (...), so long as the principal offence is committed by the one counselled and so long as the one counselled is acting within the scope of his authority, ..., we are of the view that the offence is made out.*⁴¹⁷

Für *counsel* und *abet* muss daher gelten, dass diese Teilnahmehandlungen keine Ursache für die Begehung der Haupttat sein müssen. Im Gegensatz zu *procure* findet sich hier kein Ansatzpunkt, aufgrund dessen das Gegenteil angenommen werden könnte. Die vorsichtige Korrektur des Verursachungsbegriffs bei *procure* ist von dem klaren Erfordernis der Rechtsprechung gedeckt. Die Einführung einer Voraussetzung der Kausalität für *counsel* und *abet* stünde im Gegensatz zu der hier aufgezeigten Rechtsprechung.

Allerdings kann der Teilnehmer nicht für seine schlichte Tätigkeit bestraft werden. Eine Ermunterung zur Tat, die dem Täter nicht bewusst wird, reicht für eine Bestrafung nicht aus.⁴¹⁸

(bb) *Aid*

Gleiches gilt für die Teilnahmeform *aid*. Hier fehlt es an jeder Stütze in den maßgeblichen Werken und Entscheidungen, die auf einen Ursachenzusammenhang zwischen der Tat und der Teilnahmehandlung auch nur hindeuten. Eine Ablehnung eines Ursachenzusammenhangs zwischen der Hilfeleistung und der Verwirklichung des *actus reus* enthält zudem explizit *Attorney General v. Able*.

(e) Zusammenfassung zur Beziehung zwischen Teilnahmehandlung und Haupttat

Die verschiedenen Teilnahmemodi weisen verschiedene Beziehungen zur Haupttat auf. Für *procure* konnte festgestellt werden, dass zwischen der Teilnahmehandlung und der Haupttat eine ursächliche Beziehung bestehen muss. Die Qualität dieses Kausalitätsverhältnisses variiert je nach der Fallgestaltung, in der *procure* angewendet wird. Der Minimalstandard dieses Verhältnisses ist, dass die Teilnahmehandlung eine *condicio sine qua non* für die Verwirklichung des *actus reus* ist. Das

⁴¹⁵ SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 5. Auflage London Edinburgh 1983, S. 122.

⁴¹⁶ WILLIAMS, GLANVILLE: *Criminal Law: The General Part*, 2. Aufl. London 1961, S. 381ff.

⁴¹⁷ *Calhaem* [1985] 2 All E.R. 266, 272.

⁴¹⁸ SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 10. Auflage London Edinburgh 2002, S. 146.

ist der Fall, wenn *procure* in seiner Bedeutung als Anstiftung zur Tat Anwendung findet. Tatsächlich kann *procure* aber auch in den Fällen des Hervorbringens eines reinen Erfolgshaftungsdelikts oder eines eigenhändigen Delikts, bei dem dem Täter der Vorsatz zur Begehung fehlt, die Ursache im Sinne der englischen *causation* bilden: Hier fehlt es an der *mens rea* des Täters und kein fremder Willensentschluss unterbricht die Ursachenreihe.

Abet und *counsel* setzen eine Kommunikation mit dem Täter voraus. Es wird eine Willensübereinstimmung mit dem Täter hinsichtlich der Haupttat erzielt. Das setzt voraus, dass der Täter die Ermunterung zur Tat wenigstens wahrnimmt. Die herrschende Ansicht lehnt hier eine Kausalitätsbeziehung zwischen dem Handeln des Teilnehmers und des Täters als Voraussetzung einer Ermunterung zur Tat ab. Allein die Übereinkunft zwischen den Beteiligten, dass die Tat begangen werde, stellt die Verbindung von Teilnahmehandlung und Haupttat her.

Anderes gilt für die Teilnahmeform *aid*. Von der herrschenden Ansicht werden weder eine Willensübereinstimmung zwischen den Beteiligten noch eine Kausalität der Teilnehmerhandlung für die Haupttat als Voraussetzung der Teilnehmerstrafbarkeit erachtet. Als einzig mögliche Verbindung verbleibt die Voraussetzung, dass die Hilfe von dem Täter tatsächlich in Anspruch genommen worden ist.

(7) „Unterlassen“ als strafbegründendes Verhalten des Teilnehmers

Die Beteiligung durch Untätigkeit ist bereits in zwei Formen vorgestellt worden. Die bloße untätige Anwesenheit selbst kann nicht als Ermunterung zur Tat (*encouragement*) oder als Hilfe (*aid*) angesehen werden. Sie ist ein bloßes Indiz für eine Teilnahme und muss von weiteren Umständen begleitet sein, bevor eine Jury oder ein Magistrate wegen einer Teilnahme verurteilen darf: Die Ermunterung zur Tat muss den Täter tatsächlich erreicht haben, wenn der Teilnehmer bestraft werden soll.

Bei Beantwortung der Frage nach der Unterscheidung zwischen den Beteiligten an einem Unterlassungsdelikt ist gezeigt worden, dass die Rechtslage hier nicht ganz klar ist. In der problematischsten Fallgruppe, in der ein Garant den Angriff auf seinen Schutzbefohlenen nicht verhindert, ist die Rechtslage mit einiger Sicherheit so, dass der die Rettungshandlung unterlassende Garant als Teilnehmer an der Tat des Angreifers angesehen wird. Seine Garantstellung qualifiziert ihn nicht zwingend als Täter. Als Begehungsform der Teilnahme wird hier zumeist die Ermunterung zur Tat (*encouragement*) angenommen, jedoch wird auch ein Helfen bei der Tatverwirklichung für möglich gehalten.⁴¹⁹

⁴¹⁹ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 204.

Zwischen diesen Polen der Teilnehmerverantwortlichkeit kennt das englische Strafrecht eine dritte Gruppe. Diese Gruppe wird in der Literatur⁴²⁰ unter dem Schlagwort des „Kontrollrechts“ (*right to control*) geführt. Hier geht es um Konstellationen, in denen eine Person die Möglichkeit hat, das Handeln eines anderen anzuordnen oder zu unterbinden (*legal power to control another's activities oder right to control*). Unterlässt er es angesichts einer kriminellen Handlung des anderen, die Möglichkeit zur Beschränkung dieses Handelns wahrzunehmen und die Begehung des Delikts zu verhindern, so kann er Teilnehmer an der Tat des anderen sein. Im Zusammenhang mit dieser Fallgruppe ist zu erörtern, welche Stellung im Verhältnis zum Täter erforderlich ist, um durch das Nichtverhindern der Tat Teilnehmer zu werden, und welche Voraussetzung die Teilnahmehandlung erfüllen muss, damit der Untätige als Teilnehmer bestraft werden kann. Schließlich soll erörtert werden, welche Funktion diese Fallgruppe im Recht der Teilnahme hat.

(a) *Du Cros v. Lambourne*⁴²¹

Der meistzitierten Entscheidung dieser Fallgruppe, *Du Cros v. Lambourne*,⁴²² lag der folgende Sachverhalt zugrunde. Ein Pkw fuhr mit stark überhöhter Geschwindigkeit. Es bestand Ungewissheit darüber, ob der Eigentümer S oder seine Begleiterin P das Auto in einer Weise gefahren hatte, die eine Gefährdung des Straßenverkehrs begründete. Allein sicher war, dass beide sich zum Tatzeitpunkt in dem Fahrzeug befanden.

Trotz dieser Sachverhaltsungewissheit wurde S wegen Gefährdung des Straßenverkehrs verurteilt, ohne dass eine Unterscheidung hinsichtlich der Art seiner Beteiligung an diesem Delikt gemacht wurde: Wenn er gefahren sein sollte, so war er als Täter strafbar. War aber P gefahren, so hatte S es unterlassen, sein Recht als Eigentümer des Pkw auszuüben und P aufzugeben, den Verkehrsvorschriften entsprechend zu fahren. Dieses Verhalten wurde seitens des Gerichts als Ermunterung zur Tat (*abet*) angesehen.

Eine zum Handeln verpflichtende Stellung wird ferner bei einem Pub-Besitzer gegenüber seinen Gästen angenommen, wenn diese nach der *last order* weitertrinken,⁴²³ bei einem Arbeitgeber gegenüber seinen Angestellten⁴²⁴ und bei einem Aufsichtsrat einer juristischen Person hinsichtlich der Handlungen der Angestellten.⁴²⁵

⁴²⁰ ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 203; HERRING, JONATHAN: Criminal Law, Oxford 2004, S. 825; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, Oxford 2003, S. 205; SMITH, SIR J.C.: Smith and Hogan Criminal Law, 10. Auflage London Edinburgh 2002, S. 150.

⁴²¹ [1907] 1 K.B. 509. Mit ähnlicher Konstellation: *Webster* [2006] EWCA Crim 415.

⁴²² [1907] 1 K.B. 509.

⁴²³ *Tuck v. Robson* [1970] 1 All E.R. 40.

⁴²⁴ *Cassady v. Reginald Morris Transport Ltd* [1975] RTR 470.

⁴²⁵ *J.F. Alford Transport Ltd* [1997] 2 Cr. App.Rep. 326.

Wesentlich ist die Stellung als Eigentümer einer Sache, die für andere eine potentielle Gefahr darstellt⁴²⁶ sowie die Beaufsichtigung Dritter.

Fest steht, dass das Kontrollrecht nicht identisch mit der Handlungspflicht des Garanten (*duty to act*) ist. Die Garantenstellung (*duty to act*) wird im englischen Recht hauptsächlich in Konstellationen angenommen, die denen des Überwachergaranten nach deutscher Dogmatik gleichen. Bei dem Kontrollrecht geht es nach englischem Verständnis im Gegensatz dazu um den Eigentümer eines Autos, den Betreiber eines Pubs oder den Arbeitgeber. Der strukturelle Unterschied zu den Fällen der Teilnahme durch Unterlassen seitens eines Garanten ist, dass ein rechtliches Band nicht zwischen dem Opfer und dem Teilnehmer, sondern allein eine Einwirkungsmöglichkeit des Teilnehmers auf den Täter besteht. Ebenso war es in *Rubie v. Faulkner*⁴²⁷: Rubie hatte einen Fahranfänger bei einer Fahrt begleitet. Gem. reg. 16 (3) Motor Vehicles (Driving Licenses) Regulations 1937 hatte Rubie damit eine Aufsichtsstellung gegenüber dem Fahranfänger inne. Der Fahranfänger führte ein Überholmanöver an einer unübersichtlichen Stelle aus, ohne dass Rubie dagegen einschritt. Er wurde wegen Teilnahme am Delikt falschen Fahrens (*driving a motor vehicle without due care and attention*) gem. s. 12 Road Traffic Act 1930 verurteilt. Seine Verurteilung wurde von der King's Bench Division des High Court aufrechterhalten. Obgleich hier von einer Pflicht (*duty*) des erfahrenen Autofahrers gesprochen wurde, die diesen Fall als Unterlassen eines Garanten erscheinen lässt, interpretierten die Richter die Pflicht des Beifahrers als eine der Allgemeinheit gegenüber bestehende Pflicht.⁴²⁸

Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass für die Fallgruppe des Kontrollrechts (*right to control*) weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung die Möglichkeit einer Täterschaft durch Unterlassen erwogen wurde. Anders bei der Garantenstellung: Hier wird in Literatur und Rechtsprechung die Bestrafung des untätigen Garanten, der gegen einen Angriff eines Dritten nicht einschreitet, als Täter vorgeschlagen.⁴²⁹

(b) Die Sachverhaltsungewissheit und die Voraussetzungen der Teilnahme bei Unterlassen (*right of control*)

Grundsätzlich gilt für die Teilnahme im Wege der Ermunterung (*encouragement* = *abetting, counselling*) zur Tat, dass die Ermunterung den Täter jedenfalls erreicht haben muss. Für die Anklage ist es notwendig zu beweisen, dass der Teilnehmer den Täter tatsächlich zur Tatbegehung ermuntert hat. Der maßgebliche Präzedenz-

⁴²⁶ WILLIAMS, GLANVILLE: Which of You Did It?, in: [1989] M.L.R. 179ff., 182f.

⁴²⁷ [1940] 1 K.B. 571.

⁴²⁸ *Rubie v. Faulkner* [1940] 1 K.B. 571, 574.

⁴²⁹ Für die Literatur: SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 205 f.; WILLIAMS, GLANVILLE: Which of You Did It?, in: [1989] M.L.R. 179ff., 198. Für die Rechtsprechung McArthur J in *Russell* [1933] V.L.R. 59.

fall, *Du Cros v. Lambourne*, weist allerdings auf eine davon abweichende Rechtslage hin. Für eine Verurteilung als Teilnehmer (*encouragement*) hat es hier ausgereicht zu beweisen, dass der Kontrollrechtsinhaber untätig geblieben ist. Ob dies als Ermunterung zur Tat durch den Teilnehmer wahrgenommen wurde, spielte daneben keine Rolle. Diese Auffassung Darlings J⁴³⁰ wurde allerdings von seinen Kollegen relativiert. In diesem Fall sollte nicht versucht werden

... to lay down any general rule or principle, but having regard to these findings of fact, it is, in my opinion, impossible to say that there was in this case no evidence of aiding and abetting ...⁴³¹

Selbst diese Relativierung macht aber keinen Unterschied, weil es über die Tatsache, dass der Eigentümer und seine Begleiterin zusammen in dem Pkw saßen, keine weiteren Beweise für eine Ermunterung zur Tat gegeben hat.

In *Rubie v. Faulkner*⁴³² wurde zur Begründung der Verurteilung des im Auto des Fähranfängers mitfahrenden Autofahrers ausgeführt:

... for him to refrain from doing anything when he could see that an unlawful act was about to be done, and his duty was to prevent an unlawful act if he could, was for him to aid and abet.⁴³³

Auch andere nachfolgende Entscheidungen haben nicht immer klar erkennen lassen, ob die Richter die untätige Anwesenheit haben ausreichen lassen oder ob sie die Ermunterung zur Tat als bewiesen angesehen haben.⁴³⁴ Allein die jüngste dieser Entscheidungen, *Cassady v. Reginald Morris Transport Ltd*⁴³⁵, bleibt ausdrücklich der Voraussetzung treu, dass die Ermunterung zur Tat den Täter erreicht haben muss und dies zu beweisen ist. In dieser Entscheidung wurde die Nichtverhinderung der Tat durch einen Arbeitgeber als bloßer Hinweis auf die Ermunterung zur Tat seines Angestellten angesehen. Ob *Cassady v. Reginald Morris Transport Ltd* die nunmehr gültige Linie in der Rechtsprechung und damit das geltende Recht repräsentiert oder eine vereinzelt Entscheidung ist, bleibt abzuwarten. Die Mehrheit in der Literatur folgt der zuletzt in *Cassady v. Reginald Morris Transport Ltd* Linie der Rechtsprechung.⁴³⁶

⁴³⁰ [1907] 1 K.B. 40, 46f.

⁴³¹ *Du Cros v. Lambourne* [1907] 1 K.B. 40, 46.

⁴³² [1940] 1 K.B. 571.

⁴³³ *Rubie v. Faulkner* [1940] 1 K.B. 571, 575.

⁴³⁴ Vgl. *Thomas v Lindop* [1950] 123 J.P. 331; *Ferguson v Weaving* [1951] 1 K.B. 814, 819; *Harris* [1964] Crim.L.R. 54; *Tuck v Robson* [1970] 1 All E.R. 40.

⁴³⁵ [1975] RTR 470.

⁴³⁶ ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 203; HERRING, JONATHAN: Criminal Law, Oxford 2004, S. 825; SMITH, SIR JOHN: Smith & Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 151; anders SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 206.

Der zum Verständnis dieses Vorgehens der Rechtsprechung und der Bedeutung dieser Fallgruppe notwendige Hintergrund ist folgender: Wenn in einem Prozess gegen zwei Personen lediglich ermittelt werden kann, dass einer von ihnen der Täter gewesen sein muss, so sind beide Personen freizusprechen.⁴³⁷ Kann hingegen bewiesen werden, dass einer der Täter, der andere Teilnehmer an der Tat gewesen sein muss, wobei lediglich unklar ist, wer in welcher Rolle an der Tat beteiligt war, können beide verurteilt werden.⁴³⁸ Die letztgenannte Rechtsregel bildet das Einfallstor für die Bestrafung des Mitfahrers auch in Zweifelsfällen.⁴³⁹

Es geht des Weiteren um die Schließung von Strafbarkeitslücken, da das englische Strafrecht eine Handlungspflicht (*duty to act*), die eine Voraussetzung der täterschaftlichen Begehung durch Unterlassen ist, hauptsächlich in Konstellationen annimmt, in denen der Unterlassende nach deutscher Doktrin als Beschützergarant bezeichnet wird. Das englische Strafrecht kennt die täterschaftliche Unterlassung in Fällen bewusster Vernachlässigung der Überwachung von Gefahrenquellen, die innerhalb des eigenen Herrschaftsbereichs gelegen sind, nicht. Wenigstens im Falle des Handelns eines Dritten, der seinerseits eine Straftat unter Verwendung einer Sache des Eigentümers begeht oder wenn dem Täter gegenüber eine Autoritäts- und Aufsichtsstellung besteht, kann der Pflichtige bestraft werden.

(c) Voraussetzungen der Strafbarkeit eines Garanten als Teilnehmer durch Unterlassen

Vergleiche die Fälle, in denen ein Beschützergarant untätig bei der Misshandlung seines Schutzbefohlenen zugegen ist, als Indiz für die Teilnahme in Form der Ermunterung zur Tat (*encouragement*) angesehen.⁴⁴⁰ Die Entscheidungen in diesem Bereich befassen sich oftmals mit Fällen familiärer Gewalt gegenüber Kindern. Gleichwohl ist die Rechtslage hier nicht sicher.

In der Entscheidung *Marsh and Another v. Hodgson*⁴⁴¹ konnte bewiesen werden, dass sich beide Elternteile in dem Zeitraum in der Wohnung befanden, in dem ihrem Kind Misshandlungen zugefügt wurden. Die Tatsachen, dass die beiden Angeklagten während des in Frage kommenden Zeitraums anwesend waren und eine Garantenstellung innehatten, sprachen aus Sicht des Gerichts für die Schuld der Angeklagten. Das legt es nahe, den *actus reus* in diesen Fällen als bereits dann erfüllt anzusehen, wenn beide Elternteile anwesend sind und der eine die Misshandlung durch den anderen

⁴³⁷ *Richardson* (1785) 1 Leach 387; *Abbott* [1955] 2 Q.B. 497.

⁴³⁸ *Lane and Lane* (1985) 82 Cr.App.R. 5; *Russell and Russell* [1987] Crim.L.R. 494; *Forman and Ford* [1988] Crim.L.R. 677.

⁴³⁹ GRIEW, EDWARD: It Must Have Been One of Them, in: [1989] Crim.L.R. 129ff., 133; WILLIAMS, GLANVILLE: Which of You Did It?, in: [1989] M.L.R. 179ff., 182f.

⁴⁴⁰ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, Oxford 2003, S. 204 m.w.N., die in der Untätigkeit Russells ein Helfen bei der Tat (*aid*) sehen.

⁴⁴¹ [1974] Crim.L.R. 35.

nicht verhindert hat.⁴⁴² In ähnlicher Weise lässt sich das bereits vorgestellte Diktum in der Entscheidung *Gibson and Gibson* verstehen. Hier wurde aus der Anwesenheit beider Elternteile zum Tatzeitpunkt am Tatort auf die Teilnahme selbst geschlossen.⁴⁴³ Zusätzlich wird diese Rechtsauffassung durch die Entscheidung in *Russell* gestützt.⁴⁴⁴

Dieser Gleichsetzung von Anwesenheit und Handlungsmöglichkeit mit dem *actus reus* der Teilnahme stehen aber andere Entscheidungen jüngerer Datums entgegen: In der Entscheidung *Lane and Lane*⁴⁴⁵ wurde festgestellt, dass aus der Garantenstellung nicht auf die Anwesenheit eines Elternteils geschlossen werden und die Jury somit auch keine Teilnahmehandlung annehmen durfte.⁴⁴⁶ Dies stellt einen wichtigen Schritt zur Trennung der rein tatsächlichen Fragen dar (Worauf darf aus der Garantenstellung der Eltern und ihrer Anwesenheit geschlossen werden?) und der rein rechtlichen Fragen (Welche Voraussetzungen müssen Elternteile erfüllen, um wegen der Teilnahme durch Unterlassen an der Misshandlung ihres Kindes strafbar zu sein?).⁴⁴⁷

Ob die Entscheidung in *Forman and Ford*⁴⁴⁸ eine endgültige Wende hin zur Trennung rechtlicher und tatsächlicher Fragen gebracht hat, ist abzuwarten. In diesem Fall war unklar, welcher von zwei in einer Arrestzelle befindlichen Polizisten einen Häftling geschlagen hatte. Der Richter belehrte die Jury, dass sie aus der Anwesenheit beider Polizisten und der geschehenen Körperverletzung nicht auf die Teilnahme des anderen Polizisten schließen dürften. Der Sachverhalt ist allerdings im Vergleich zu den Fällen der Kindesmisshandlung untypisch. Der Häftling wurde unmittelbar nach dem Betreten der Zelle geschlagen, so dass von einer Ermunterung zur Tat (*encouragement*) durch untätige Anwesenheit nicht gesprochen werden konnte.⁴⁴⁹ Zudem ist der Fall *Forman and Ford* von einem Crown Court entschieden worden. Diese Entscheidung hat somit auf die oben dargestellten Fälle, die allesamt vor dem Court of Appeal verhandelt wurden, keinen Einfluss. Die Mehrheit in der Literatur nimmt dennoch an, dass *Forman and Ford* die aktuelle Rechtslage wiedergibt.⁴⁵⁰

⁴⁴² SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, Oxford 2003, S. 206.

⁴⁴³ *Gibson and Gibson* (1985) 80 Cr.App.R. 24, 30.

⁴⁴⁴ [1933] V.L.R. 59, 66.

⁴⁴⁵ (1986) 82 Cr. App.R. 5.

⁴⁴⁶ *Lane and Lane* (1986) 82 Cr. App.R. 5, 6.

⁴⁴⁷ Ähnlich *Russell and Russell* (1987) 85 Cr.App.R. 388, 394, in der nicht von der Garantenstellung beider Eltern auf ein Merkmal des Tatbestandes der Teilnahme geschlossen wurde, sondern von der zeitlich zurückliegenden Verabreichung von Drogen an ein Baby auf das fragliche Delikt.

⁴⁴⁸ [1988] Crim.L.R. 677.

⁴⁴⁹ Smith, Sir J.C.: Kommentar - Forman and Ford [1988] Crim.L.R. 678

⁴⁵⁰ ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 203; HERRING, JONATHAN: Criminal Law, Oxford 2004, S. 825; SMITH, SIR J.C.: Smith and

(d) Zusammenfassung zur Teilnahme durch „Unterlassen“

Das englische Recht unterscheidet drei Formen der Teilnahme durch Untätigkeit. Die bloße untätige Anwesenheit am Tatort hat, sofern nicht weitere Umstände hinzutreten, die den Teilnahmevorsatz und die tatsächliche Ermunterung zur Tat indizieren, keinerlei strafrechtliche Folgen für den Anwesenden.

Allerdings kann sich strafbar machen, wer die Möglichkeit hat, das Handeln anderer zu beschränken, und angesichts eines kriminellen Handelns eines anderen untätig bleibt. Die Möglichkeit, das Handeln anderer zu beschränken, wird vor allem aus der Stellung als Eigentümer einer Sache hergeleitet. Entscheidendes Kriterium ist, dass andere vor einer im weitesten Sinne verstandenen Gefahr, die von der Sache ausgeht, geschützt werden. Die Rechtslage hinsichtlich der Voraussetzungen ist hier nicht ganz sicher. Es muss erwiesen werden, dass die Untätigkeit den Täter zu seiner Tat ermutigt hat. Es finden allerdings auch Entscheidungen, die die bloße untätige Anwesenheit des Inhabers eines „Kontrollrechts“ als *actus reus* der Teilnahme genügen lassen.

Die dritte Gruppe, in der ein Unterlassen strafbare Teilnahme sein kann, ist die des untätigen Garanten. Er wird nach der überwiegenden Ansicht immer als Teilnehmer und nicht Täter anzusehen sein, wenn er seiner Schutzpflicht angesichts eines Angriffs auf den Schutzbefohlenen nicht nachkommt. Wie bei der vorhergehenden Fallgruppe ist insbesondere bei Fällen familiärer Gewalt die wohl herrschende Auffassung, dass allein der Beweis tatsächlich geleisteter Beihilfe für eine Verurteilung ausreicht. Aus der Anwesenheit allein kann nicht auf eine Teilnahme geschlossen werden.

(8) Der nach Beginn der Tatausführung hinzukommende Teilnehmer - sukzessive Teilnahme

Die Rechtslage hinsichtlich der sukzessiven Teilnahme ist der bei der sukzessiven Mittäterschaft ähnlich.

Handelt es sich bei der Tat um ein Erfolgsdelikt (*result crime*), so kann nach Eintritt des Erfolges keine Person mehr an dem Delikt teilnehmen. Hat der Mörder sein Opfer bereits umgebracht und warnt ein anderer den Mörder vor der herannahenden Polizei, so ist er nicht wegen der Teilnahme (*aid*) am Mord zu bestrafen. Gleiches gilt sinngemäß für die Tätigkeitsdelikte (*conduct crimes*). Maßgeblich ist die ältere Entscheidung in der Sache *King*.⁴⁵¹ Ihr lag der folgende Sachverhalt zugrunde. P brach in ein Lagerhaus und stahl dort Butter. Er deponierte sie 30 Yards von der Tür des Lagerhauses entfernt. Dorthin kam A, der ihm beim Weg-

Hogan Criminal Law, 10. Auflage London Edinburgh 2002, S. 150; anders SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal Law, Theory and Doctrine, Oxford 2003, S. 205f.

⁴⁵¹ (1817) R.R.C.C. 332.

schaffen der Butter helfen wollte. A wurde wegen des Vorwurfs der Teilnahme am Diebstahl freigesprochen.⁴⁵² Diese Entscheidung ist in ihrer Bedeutung nicht ganz eindeutig. Für den deutschen Leser stimmt sie nicht mit der herrschenden Ansicht zur sukzessiven Teilnahme im deutschen Recht überein: Der Diebstahl war jedenfalls mit dem Entfernen der Butter (deren Menge nicht mitgeteilt wurde) aus dem Lagerhaus vollendet. Beendet war die Tat nicht, weil es an einem tatsächlichen Abschluss des Tatgeschehens fehlt. Die geringe Entfernung zum Lagerhaus und die Notwendigkeit, die Beute weiter zu sichern, zeigen, dass das Delikt sich noch in der Beendigungsphase befand, als A hinzukam. Eine Teilnahme wäre hier nach Ansicht der deutschen Rechtsprechung⁴⁵³ und der überwiegenden Auffassung in der Literatur⁴⁵⁴ noch möglich. Allein die Beendigungstheorie käme hier zu demselben Ergebnis wie der Richter in der Sache *King*. Diese Entscheidung ermöglicht es jedenfalls nicht, den genauen Zeitpunkt zu bestimmen, von dem an eine Teilnahme nicht mehr möglich ist. Angesichts des Fehlens eines eindeutigen Präzedenzfalls muss auf eine grundsätzliche Überlegung zurückgegriffen werden. Notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für eine Bestrafung eines Teilnehmers ist die Verwirklichung eines *actus reus* durch den Täter. Zu fragen ist somit, wie lange der *actus reus* bei Tätigkeitsdelikten vorliegt.

Eine Antwort ist bislang ausdrücklich nur für die Vergewaltigung (*rape*) gegeben worden. Hier dauert der *actus reus* so lange an, wie der Täter den Geschlechtsakt gegen den Willen des Opfers vollzieht.⁴⁵⁵ Während des Andauerns des *actus reus* muss die Haupttat teilnahmefähig sein.

(9) Zusammenfassung der Ergebnisse des objektiven Tatbestands der Teilnahme

Die objektiven Tatbestände der vier Teilnahmeformen *aid*, *abet*, *counsel* und *procure* erfassen jede denkbare Teilnahme im tatsächlichen Sinn an einer Straftat. Bei Vorliegen eines entsprechenden Vorsatzes werden physische und psychische Beihilfe, die Anstiftung und das Hervorbringen der Tat durch einen vorsatzlos handelnden Täter bestraft. Letztere Fallgruppen haben eine besondere Bedeutung für eine erste Einschätzung der Akzessorietät im englischen Recht der Teilnahme. Ausgehend von dem traditionellen zweigliedrigen Deliktsaufbau, der lediglich zwischen *actus reus* und *mens rea* unterscheidet, kann hier von einer limitierten Akzessorietät gesprochen werden. Allein der *actus reus* einer Straftat reicht als teilnahmefähige „Haupttat“ aus.

Schwierig einzuordnen bleibt die strafbare Teilnahme am Selbstmord eines anderen. Der Selbstmord ist straflos, so dass es im Grunde um eine Teilnahme an etwas

⁴⁵² Mit gleichem Ergebnis *Kelly* (1820) Russ & Ry 421.

⁴⁵³ BGHSt 3, 40, 43f.; 6, 248, 251; 19, 323, 325.

⁴⁵⁴ WESSELS, JOHANNES; BEULKE, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, 32. Auflage Heidelberg 2002, Rn.: 583 m.w.N.

⁴⁵⁵ *Mayberry* [1973] Qd R 211, 229; *Kaitamaki* [1985] AC 147.

geht, bei dem nicht einmal der *actus reus* vorliegt. Stünde nicht der Wortlaut des Gesetzes entgegen, so müsste hier ein verselbständigtes Delikt angenommen werden. Die Akzessorietät ist jedenfalls aufgehoben.

An der Straftat eines anderen kann der Teilnehmer sich auch durch Untätigkeit beteiligen. Drei Konstellationen sind hier nach englischem Verständnis zu unterscheiden: die untätige Anwesenheit, das Unterlassen bei Innehabung einer Position, die es kraft Sachherrschaft oder Autoritäts- und Aufsichtsstellung ermöglicht, das Handeln des Täters zu unterbinden, und schließlich die Teilnahme an einem Delikt durch den untätigen Garanten. Die erste Gruppe lässt die bloße Anwesenheit einer Person am Tatort nicht *per se* für die Erfüllung des *actus reus* ausreichen. Weitere Umstände der Tat müssen hinzukommen, um eine Teilnahme des Anwesenden als bewiesen ansehen zu können. Die Rechtslage bei der zweiten und der dritten Gruppe ist nicht vollends klar. Überwiegend wird angenommen, dass auch hier die Anwesenheit nicht mit dem *actus reus* der Teilnahme gleichgesetzt werden dürfe, sondern es des Beweises bedarf, dass der Täter tatsächlich durch die Untätigkeit der anwesenden Person zur Tatbegehung ermuntert worden ist (*encourage*) oder die Untätigkeit eine Hilfe (*aid*) bei der Tatausführung gewesen ist. Die in diesen Fällen ergangenen Entscheidungen lassen allerdings ein davon abweichendes Verständnis der Voraussetzungen zu. Die Gerichte sind sehr schnell bereit, den Schluss von der untätigen Anwesenheit auf eine tatsächlich geleistete Ermunterung (*encouragement*) zuzulassen. Jüngere Entscheidungen wie *Forman and Ford* und *Lane and Lane* legen es aber nahe, diejenige Auffassung als mit dem geltenden Recht übereinstimmend anzusehen, die die untätige Anwesenheit nicht automatisch mit dem *actus reus* der Teilnahme gleichsetzt.

Mit Ausnahme des Teilnahmemodus *procure* setzt der *actus reus* keine Verursachung der Haupttat durch die Teilnahmehandlung voraus. Auch im Falle von *procure* sind Einschränkungen hinsichtlich des Verursachungserfordernisses zu machen. In seiner Bedeutung einer „Anstiftung oder Ermunterung zur Tat“ kann *procure* nicht eine Ursache für die Haupttat sein. Hier fehlt es für eine Verursachung an der *causation in law*, da der angestiftete Täter aufgrund eines freien Willensentchlusses tätig wird und sein Handeln somit einen *novus actus interveniens* darstellt, der einen Ursachenzusammenhang prinzipiell unterbricht. Mit all dem ist freilich nicht gesagt, dass die Teilnahmehandlung tatsächlich keinen Einfluss auf die Begehung der Haupttat hat. Doch ist das gerade keine Voraussetzung für eine Strafbarkeit des Teilnehmers.

Somit scheint die Strafbarkeit der Teilnahme im englischen Recht auf den ersten Blick hauptsächlich von einem Gefährdungsgedanken beherrscht zu sein. Die Handlung eines Teilnehmers wird als so unerwünscht angesehen, weil sie die Gefahr einer Weiterung des Schadens in sich trägt: Einer Wirkung auf die Begehung der Haupttat für die Bestrafung des Teilnehmers bedarf es nicht. Doch auch dieser Gedanke vermag den Strafgrund der Teilnahme nicht insgesamt zu erfassen. Für die Hilfe (*aid*) wird zudem vorausgesetzt, dass sie von dem Täter in Anspruch ge-

nommen worden ist, wenngleich sie für die Begehung der Tat nicht unerlässlich gewesen sein muss. Eine abschließende Aussage zum Strafgrund der Teilnahme soll an anderer Stelle erfolgen.

(10) Das Opfer als Teilnehmer

Unter der Bezeichnung „Opfer als Teilnehmer“ (*victims as parties to crime*) wird in England und Wales die Frage behandelt, ob eine Person Teilnehmer an einer Tat sein kann, deren Tatbestand dem Schutz der Personengruppe dient, der sie selbst angehört. Es geht um die in der deutschen Dogmatik sogenannten Begegnungsdelikte. Das englische Strafrecht stimmt hier mit der deutschen Ansicht überein. Der maßgebliche Präzedenzfall ist die Entscheidung *Tyrell*⁴⁵⁶. Ein Mädchen, das jünger als sechzehn war, hatte den Erwachsenen P dazu bewogen, mit ihr geschlechtlich zu verkehren. P wurde gemäß s. 5 Criminal Law Amendment Act 1885, des Vorläufers der heutigen s. 6 Sexual Offences Act 1956, wegen Geschlechtsverkehrs mit einem Mädchen zwischen dreizehn und sechzehn Jahren verurteilt. Das Mädchen wurde freigesprochen, da die Norm gerade dem Schutz der unter Sechzehnjährigen dient. Mathew J stimmte der Urteilsbegründung Lord Coleridge, C.J. zu:

*I do not see how it would be possible to obtain convictions under the statute if the contention for the Crown were adopted, because nearly every section which deals with offences in respect of women and girls would create an offence in the woman and the girl. Such a result cannot have been intended by the legislature.*⁴⁵⁷

Eine Bestrafung der geschützten Personengruppe wäre aus seiner Sicht gegen den Willen des Gesetzgebers erfolgt. Obgleich das Urteil ausdrücklich nur dazu Stellung nahm, wird der Grundgedanke als für alle Fälle dieser Art geltend betrachtet.⁴⁵⁸

(11) Teilnahme an der Teilnahme

In der Sache *Bodin*⁴⁵⁹ wurde entschieden, dass es eine nicht akzessorische Teilnahme (*incitement*) an der Teilnahme im englischen Recht nicht geben könne. Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde: D vereinbarte mit X, dass dieser einen Dritten anstiften solle, Y anzugreifen. Der Dritte griff Y aber nicht an. D wurde auf die Anklage wegen Anstiftung des X, einen Angriff auf Y zu begehen,⁴⁶⁰ freigesprochen.

⁴⁵⁶ [1894] 1 Q.B. 710.

⁴⁵⁷ *Tyrell* [1894] 1 Q.B. 710, 712.

⁴⁵⁸ Kritisch zur generellen Anwendung dieser Entscheidung HOGAN, BRIAN: Victims as Parties to Crime, in: Crim.L.R. [1962] 683ff., 688ff.

⁴⁵⁹ [1979] Crim.L.R. 56.

⁴⁶⁰ Diese Anklage richtete sich gegen X als Teilnehmer – die Teilnahmeform muss in der Anklageschrift nicht benannt werden.

Der Grund hierfür wird darin gesehen, dass die Teilnahme keine Tat ist, die selbst einen Unrechtsgehalt in sich trägt. Sie ist nur ein Mittel zur Begehung der Tat (*means of committing the offence abetted*),⁴⁶¹ an der teilgenommen wird. Folglich kann aus ihr keine Ableitung strafrechtlicher Verantwortlichkeit erfolgen, wenn es an der Haupttat fehlt. Diese Ableitung macht aber gerade das Wesen der Teilnahme aus (*derivative nature of complicity*).

Anders ist die Rechtslage, wenn die Tat, zu der D angestiftet hat, tatsächlich begangen wird. In diesem Fall kann die Ableitung der Strafbarkeit im Wege einer Kette bis zum letzten Glied erfolgen. Eine Teilnahme an der Teilnahme ist danach möglich.⁴⁶²

(12) Teilnahme am Versuch

Der Versuch ist im englischen Strafrecht als *inchoate offence* geregelt. Er wird als eigenständiges Delikt betrachtet. Eine Beteiligung am Versuch ist strafbar.⁴⁶³

(13) Versuchte Teilnahme

Die versuchte Teilnahme ist in Übereinstimmung mit den obenstehenden Erörterungen zur *derivative nature of complicity* durch s. 1 (4) (b) Criminal Attempts Act 1981 für straflos erklärt worden. Freilich können hier bestehende Strafbarkeitslücken durch die nicht akzessorische Anstiftung (*incitement*) und die Verabredung zur Deliktsverwirklichung geschlossen werden.

3. *Mens rea*

Die subjektiven Voraussetzungen einer Strafbarkeit der Teilnahme sind im englischen Recht nicht leicht auszumachen. Die Entscheidungen weisen eine Vielfalt von miteinander auf Anhieb schwierig in Einklang zu bringenden Formulierungen auf. Dieses uneinheitliche Bild hat in der Literatur dazu geführt, dass sich kaum zwei Textbooks finden, die bei der Darstellung der Rechtslage zu einem identischen Ergebnis kommen.⁴⁶⁴ Schon jetzt kann darauf hingewiesen werden, dass die wichtigsten Ursachen dieses für den Rechtsanwender unbefriedigenden, weil nicht hinreichend klaren Rechtszustands in der lange Zeit nicht abschließend beantworteten Frage nach den Inhalten der Vorsatzform *intent* und dem nicht geklärten Status der Lehre vom gemeinsamen Tatplan (*doctrine of common purpose*) zu suchen sind. Von diesem Rechtszustand ausgehend, soll zunächst dargestellt werden, was

⁴⁶¹ The Law Commission: Consultation Paper No. 131 – Assisting and Encouraging Crime, 1993 HMSO, S. 6.

⁴⁶² SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 168; WILLIAMS, GLANVILLE: *Textbook of Criminal Law*, 2. Auflage London 1983, S. 335 m.w.N.

⁴⁶³ HERRING, JONATHAN: *Criminal Law*, Oxford 2004, S. 844.

⁴⁶⁴ Beispiele bei HERRING, JONATHAN: *Criminal Law*, Oxford 2004, S. 829.

als durch die Rechtsprechung eindeutig entschieden angesehen werden kann. Darauf wird eine Auseinandersetzung mit den maßgeblichen Entscheidungen und den verschiedenen, auf diese Entscheidungen gegründeten Ansichten zur Bedeutung der Lehre vom gemeinsamen Tatplan erfolgen, um die Bedeutung dieser Erscheinungsform der Beteiligung für das Recht der Teilnahme zu ermitteln.

Die Law Commission stellte in ihrem Arbeitspapier Nr. 131 fest, dass innerhalb des Rechts der Teilnahme zwei Modelle der Verantwortlichkeit eines Teilnehmers zu unterscheiden seien. Sie folgte damit einer in der Rechtsprechung verbreiteten Ansicht, die sich pointiert in der Urteilsbegründung der Sache *Stewart and Schofield*⁴⁶⁵ findet.⁴⁶⁶

*The allegation that a defendant took part in the execution of a crime as joint enterprise is not the same as an allegation that he aided, abetted, counselled or procured the commission of that crime. A person who is a mere aider and abettor, etc is truly a secondary party to the commission of whatever crime it is that the principal committed although he may be charged as a principal. If the principal has committed the crime of murder, the liability of the secondary party can only be a liability for aiding and abetting murder. In contrast, where the allegation is joint enterprise, the allegation is that one defendant participated in the criminal act of another. This is a different principle.*⁴⁶⁷

Inwieweit diese Äußerung die tatsächliche Rechtslage widerspiegelt, soll an anderer Stelle erörtert werden. Die Unterscheidung nach „normalen“ Fällen der Teilnahme und solchen, in denen mehrere Personen im Wege eines gemeinsamen Unternehmens (*joint enterprise*) zusammenwirken, ist jedoch der Darstellung zuträglich und wird deshalb übernommen.

⁴⁶⁵ *Stewart and Schofield* [1995] 3 All ER 159.

⁴⁶⁶ Auch in der Rechtsprechung eines anderen Landes mit common law Tradition, Australien, findet sich diese Trennung: *McAuliffe v R* (1995) 69 ALJR 621.

⁴⁶⁷ *Stewart and Schofield* [1995] 3 All ER 159. Ähnlich S. 165 d - h: In contrast, where the allegation is joint enterprise, the allegation is that one defendant participated in the criminal act of another. This is a different principle. It renders each of the parties to a joint enterprise criminally liable for the acts done in the course of carrying out that joint enterprise...Where the criminal liability of any given defendant depends upon the further proof that he had a certain state of mind, that state of mind must be proved against that defendant. Even though several defendants may, as a result of having engaged in a joint enterprise, be each criminally responsible for the criminal act of one of those defendants done in the course of carrying out the joint enterprise, their individual criminal responsibility will, in such a case, depend upon what individual state of mind or intention has been proved against them. Thus, each may be a party to the unlawful act which caused the victim's death. But one may have had the intent either to kill him or to cause him serious harm and be guilty of murder, whereas another may not have had that intent and may be guilty only of manslaughter.“ Mit gleichem Inhalt S. 170 b - d.

Während die normalen Fälle der Teilnahme dadurch gekennzeichnet sind, dass der Täter die Tat verwirklicht und der Teilnehmer eine nach den vier Teilnahmemodi zu kategorisierende Handlung vornimmt, wobei eine Willensübereinstimmung über das Geschehen nicht vorzuliegen braucht, ist es für Entscheidungen, in denen das Vorliegen eines gemeinsamen Unternehmens (*joint enterprise*) als unerlässlich für eine Verurteilung des Teilnehmers erachtet wurde, kennzeichnend, dass eine ausdrückliche oder stillschweigende Übereinstimmung über das Ziel der gemeinsamen Handlung vorliegt und dass es zur Verwirklichung eines Begleitdelikts (*collateral offence*) kommt, das nicht als Ziel des gemeinsamen Tätigwerdens vereinbart worden war. Soweit es um dieses Begleitdelikt geht, ist der *actus reus* des Teilnehmers allein in der Verabredung zur Tat zu sehen. Dabei muss beachtet werden, dass sich die Vereinbarung gerade nicht auf die Begleittat bezieht.⁴⁶⁸ In der Sache geht es um die Frage, wie weit der Vorsatz aller Beteiligten reichte und ob sie aufgrund dessen für die Begleittat verantwortlich sein können.

Unabhängig davon lassen sich auch Fälle nachweisen, in denen ein gemeinsamer Tatplan bestand und der Teilnehmer eine Teilnahmehandlung im Sinne der s. 8 Aiders and Abettors Act 1861 vorgenommen hat. In diesen Fällen wird von der Rechtsprechung nicht auf die Lehre vom gemeinsamen Unternehmen zurückgegriffen. Sie werden als zu der „normalen“ Teilnahme gehörig angesehen.⁴⁶⁹ Die *mens rea* bei der „normalen“ Teilnahme wird im Folgenden näher betrachtet.

a) Die *mens rea* des Teilnehmers in den „normalen“ Fällen der Teilnahme

Die subjektiven Voraussetzungen des englischen Rechts der Teilnahme entbehren einer gesetzlichen Grundlage. S.8 Aiders and Abettors Act 1861 benennt lediglich die vier Teilnahmemodi. Gleiches gilt für S. 44 Magistrates' Court Act 1981.

Die Rechtsprechung hat die heute geltenden subjektiven Voraussetzungen der Teilnehmerstrafbarkeit in den Entscheidungen *Johnson v. Youden*⁴⁷⁰ und *National Coal Board v. Gamble*⁴⁷¹ benannt:

Before a person can be convicted of aiding and abetting the commission of an offence, he must at least know the essential matters which constitute the offence. He need not actually know that an offence has been committed ... If a person know all the facts and is assisting another person to do certain things, and it

⁴⁶⁸ The Law Commission: Consultation Paper No. 131 – Assisting and Encouraging Crime, 1993 HMSO, S. 62; SMITH, SIR JOHN: Smith & Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 162;

⁴⁶⁹ The Law Commission: Consultation Paper No. 131 – Assisting and Encouraging Crime, 1993 HMSO, S. 62.

⁴⁷⁰ [1950] 1 KB 544; bestätigt in *Churchill v Walton* (1967) 51 Cr.App.R. 212, 231f.; *Mok Wei Tak v R* [1990] 2 A.C. 333, PC; *Roberts* [1997] Crim.L.R. 209.

⁴⁷¹ [1959] 1 QB 11.

*turns out that doing of those things constitute an offence, the person is guilty of aiding and abetting the offence.*⁴⁷²

Eine Präzisierung der *mens rea* des Teilnehmers erfolgte in *National Coal Board v. Gamble*:

*... aiding and abetting is a crime that requires proof of mens rea, that is to say, of intention to aid as well as of knowledge of the circumstances.*⁴⁷³

Danach bezieht sich der Vorsatz des Teilnehmers im englischen Strafrecht zum einen auf die Teilnehmerhandlung als solche, zum anderen auf das Verhalten des Täters und die Tatumstände.⁴⁷⁴ Das gilt zumindest für die Teilnahmeformen *aiding* und *abetting*. Anders als im deutschen Recht ist die Erscheinungsform des subjektiven Elements zumindest dem Wortlaut der Entscheidung in *National Coal Board v Gamble* nach für beide Anknüpfungspunkte eine andere. Die eigene Handlung muss mit Absicht (*intention*) begangen worden sein, hinsichtlich des vom Täter verwirklichten Delikts muss der Teilnehmer die Umstände der Tat kennen (*knowledge*).

Diese zwei Elemente gelten für den Teilnehmer auch dann, wenn der Täter den *actus reus* der Haupttat nur mit bedingtem Vorsatz oder mit bewusster Fahrlässigkeit (*recklessness*) oder gar objektiver Fahrlässigkeit (*negligence*) verwirklicht hat. Der Teilnehmervorsatz ist unabhängig von subjektiven Voraussetzungen der Haupttat.⁴⁷⁵ Hierin ist ein erster Hinweis auf eine gewisse Verselbständigung der Teilnehmerstrafbarkeit und eine Annäherung an die ebenfalls als eigenständig angesehenen Delikte des Versuchs und der Verbrechensverabredung zu sehen.

Nach den allgemeinen Ausführungen zur *mens rea* ist nur noch ergänzend darauf hinzuweisen, dass auch der Teilnehmer den ihm bekannten Sachverhalt nicht juristisch exakt unter die entsprechende Strafnorm subsumiert haben muss, um die Voraussetzungen des subjektiven Strafbarkeitselements zu erfüllen. Es genügt die Bedeutungskennntnis, wie die Entscheidung in *Johnson and Youden* zeigt.⁴⁷⁶

aa) Die *mens rea* hinsichtlich der Haupttat

Nicht mit letzter Sicherheit durch eine höchstrichterliche Entscheidung geklärt ist die Frage, ob hinsichtlich der Haupttat die *mens rea* des Teilnehmers allein aus einem Wissens- (*knowledge*) oder auch einem Willenselement (*intention*) besteht. Die Präzedenzfälle lassen hier zwei verschiedene Deutungsmöglichkeiten zu.

⁴⁷² *Johson v. Youden* [1950] 1 KB 544, 546.

⁴⁷³ *National Coal Board v. Gamble* [1959] 1 Q.B. 11, 20.

⁴⁷⁴ Weiter ausführend der Bericht Nr. 305 der Law Commission "Participating in Crime", S. 206, <http://www.lawcom.gov.uk> (Stand Januar 2008).

⁴⁷⁵ MURPHY, PETER (Hrsg.): *Blackstone's Criminal Practice 2004*, Oxford, A5.2.

⁴⁷⁶ *Johson v. Youden* [1950] 1 K.B. 544, 546.

(1) *Knowledge as to the circumstances of the offence*

Sicher ist, dass der Teilnehmer die Umstände der Tat, die das Verhalten des Täters zu einer strafbaren Handlung machen (*essential matters*), kennen muss (*knowledge*).⁴⁷⁷ Kenntnis (*knowledge*) setzt die positive Kenntnis eines Tatumstandes oder die Überzeugung (*belief*) voraus, dass dieser Tatumstand existiert. Für den Teilnehmer genügt es ferner, dass er in Erkenntnis der Möglichkeit, dass ein bestimmter Tatumstand gegeben ist, seine Augen bewusst vor der Wahrheit verschlossen hat oder weitere Nachforschungen unterlassen hat, weil er an der tatsächlichen Lage kein Interesse hat (*wilfull blindness*).⁴⁷⁸ Wer lediglich argwöhnt, dass mit seiner Hilfe eine Straftat begangen wird, handelt nach bislang vorherrschender Ansicht nicht mit dem für eine Bestrafung erforderlichen Vorsatz. Verkauft ein Waffengroßhändler eine Feuerwaffe an einen Ladenbesitzer, von dem er weiß, dass er keine behördliche Erlaubnis für den gewerbsmäßigen Handel mit Feuerwaffen hat und kommt es dem Großhändler allein auf den Geschäftsabschluss mit dem Ladenbesitzer an, so kann er der Teilnahme am Delikt des Ladenbesitzers nicht für schuldig befunden werden, wenn dieser die Waffe tatsächlich verkauft und nicht bewiesen werden kann, dass der Großhändler im Hinblick auf den Weiterverkauf mehr als nur einen Verdacht hatte.⁴⁷⁹ Der Großhändler hat die Gefahr eines bestimmten Erfolgseintritts gesehen und dennoch weitergehandelt (*recklessness*). Gleichwohl ist die Grenze nicht mit der für den deutschen Leser gewohnten dogmatischen Schärfe zu ziehen: Es obliegt dem Laien der Jury, aufgrund einer Belehrung mit dem eben dargestellten Inhalt über den Vorsatz des Teilnehmers zu befinden.

(2) *Recklessness* – Die Entscheidung in der Sache *Carter v. Richardson*⁴⁸⁰

(a) Ansicht der Law Commission

Die Law Commission hat in ihrem Arbeitspapier Nr. 131 *Assisting and Encouraging Crime* die Ansicht vertreten, dass die Rechtsprechung zum subjektiven Strafbarkeitselement der Teilnahme eine Bestrafung auch des Teilnehmers nicht ausschließt, der es bloß für möglich gehalten hat, dass die die Haupttat begründenden Tatumstände vorliegen könnten und dennoch weiter gehandelt hat.⁴⁸¹ Sie erachtet den Standard von *recklessness* als für das subjektive Element ausreichend. Die Entscheidung in *Carter v Richardson* stützt nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur diese Auffas-

⁴⁷⁷ *Ackroyds Air Travel v. DPP* [1950] 1 All E.R. 933; *Thomas v. Lindop* [1950] 1 All E.R. 966; *Ferguson v. Weaving* [1951] 1 K.B. 814; *Bullock* [1955] 1 W.L.R. 1; *Smith v. Jenner* [1968] Crim.L.R. 99; *Patel* [1970] Crim.L.R. 274.

⁴⁷⁸ *D. Stanton & Sons Ltd v. Webber* [1973] R.T.R. 86 (DC).

⁴⁷⁹ Das Beispiel ist SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 214, entnommen.

⁴⁸⁰ [1974] Crim.L.R. 190.

⁴⁸¹ The Law Commission: *Consultation Paper No. 131 – Assisting and Encouraging Crime*, 1993 HMSO, S. 36.

sung.⁴⁸² Der Entscheidung liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Carter beaufsichtigte während einer Autofahrt Collin, der eine vorläufige Fahrerlaubnis besaß. Es kam zu einem Unfall. Wahrheitswidrig behauptete Carter zunächst, er habe den Wagen gesteuert. Erst auf wiederholtes Nachfragen hin gab Carter zu, dass Collin den Wagen gesteuert hatte. Eine Blutprobe ergab, dass Collin zum Zeitpunkt des Unfalls fahruntüchtig gewesen war. Collin hatte den Tatbestand des Fahrens im fahruntüchtigen Zustand (*being in charge of a motor vehicle with excess alcohol in breath, blood or wine*) gem. s. 6(1) Road Traffic Act 1972 erfüllt. Carter wurde wegen Teilnahme (*aiding, abetting, counselling and procuring*) am Delikt des Collin angeklagt und verurteilt: Zwar hatte der Angeklagte nicht die genaue Blutalkoholkonzentration des Collin kennen können. Es wurde aber für eine Verurteilung wegen der Teilnahme an der Tat des Collin als hinreichend erachtet, dass Carter sich dessen zu hoher Blutalkoholkonzentration bewusst gewesen sei oder dass er sich die Gefahr einer zu hohen Blutalkoholkonzentration erkannt und die Fahrt dennoch nicht unterbunden habe. Diese Merkmale erfüllen lediglich die Voraussetzungen der *recklessness*. Carter legte gegen seine Verurteilung Rechtsmittel zum Divisional Court des High Court ein. Das Urteil wurde vom Divisional Court aufrechterhalten.

(b) Kritik

Das Ergebnis dieses Rechtsmittelverfahrens ist der Ausgangspunkt einer Entwicklung, die der Ansicht, *recklessness* reiche als *mens rea* des Teilnehmers aus, zu weiter Verbreitung verholfen hat. Diese Ansicht findet aber keine ausreichende Stütze in der Entscheidung des Divisional Court. Der knappe Bericht über dieses Urteil in [1974] C.L.R. 190, 191 zeichnet ein anderes, keineswegs eindeutiges Bild dieser Entscheidung. Dort wird vermerkt, dass die Richter des Divisional Court dem erstinstanzlichen Urteil in zwei Punkten beigetreten sind. Zum einen haben sie bestätigt, dass es für den Teilnehmer nicht erforderlich sei, die genaue Blutalkoholkonzentration des Täters zu kennen. Wenn er sich bewusst sei (... *the defendant was aware...*), dass der Täter jedenfalls zu viel getrunken habe, so reiche dies aus, um die für die Bestrafung des Teilnehmers erforderliche *mens rea* anzunehmen. Zweitens sei in der Tatsacheninstanz von dem wankelmütigen Verhalten des Täters nach der Polizeikontrolle zu Recht der Schluss auf sein

⁴⁸² HERRING, JONATHAN: Criminal Law, Oxford 2004, S. 838, setzt *foresight* mit *recklessness* gleich; JEFFERSON, MICHAEL: Criminal Law, 6. Aufl. 2003 Harlow, S. 210, der *recklessness* nur bei Teilnahme an Erfolgshaftungsdelikten als hinreichende Voraussetzung sieht; SIMESTER, A.P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 214, setzen *foresight* mit *recklessness* gleich; WILSON, WILLIAM: Criminal Law, London New York 2. Aufl. 2003, S. 594; ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 209, setzt in diesem Zusammenhang *contemplation* mit *recklessness* gleich. Zweifelnd: SMITH, SIR JOHN: Smith & Hogan Criminal Law 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 155 Anm. 3, 156, die anstatt von *recklessness* von *awareness of probability* sprechen wollen. Gegen *recklessness* als hinreichende Voraussetzung MURPHY, PETER (Hrsg.): Blackstone's Criminal Practice, Oxford 2004, A5.3; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 215; *Bullock* [1955] 1 W.L.R. 1, 3; *Giorgani v. R* [1985] 156 Crim.L.R. 473.

Wissen um die möglicherweise zu hohe Blutalkoholkonzentration gezogen worden (... *to infer that the defendant knew that C had been ... drinking to such an extent that it was probable that his blood alcohol was above the permitted limit ...*). Diese Äußerungen des Gerichts sprechen gegen die Ansicht, *recklessness* sei durch die Entscheidung *Carter v. Richards* zur vollwertigen Alternative für *knowledge* geworden.

Wenn beide Aussagen des Divisional Court richtig berichtet wurden, so ist die zweite Aussage, die tatsächlich den Standard der Vorsatzform *recklessness* wiedergibt, bloßes Diktum und hat keine Bindungswirkung, weil bereits die Billigung der Rechtsauffassung ausreiche, wenn der Teilnehmer sich einer zu hohen Blutalkoholkonzentration des Täters bewusst gewesen sei (*was aware*), trägt die Entscheidung. In der Tatsacheninstanz wurde der Schluss aus dem Verhalten des Teilnehmers auf diese Bewusstseinslage gezogen und als gegeben der Entscheidung zugrundegelegt. Daneben trägt die Aussage, auch *recklessness* reiche zur Bestrafung des Teilnehmers aus, nichts zur Begründung der Entscheidung bei, weil als erwiesen angesehen worden ist, dass der Teilnehmer im Bewusstsein zu hoher Blutalkoholkonzentration des Täters die Fahrt nicht unterbrochen habe.⁴⁸³ Weiß der Täter um die erhöhte, möglicherweise zu hohe Blutalkoholkonzentration, so kann er verurteilt werden. Ob es daneben auch ausreicht, dass er nur die Voraussetzung der *recklessness* erfüllt, trägt zur Begründung der Entscheidung nichts bei. Sie kommt ohne diese Aussage aus.

Außerdem bedeutet die Verwendung des Wortes *aware* nicht, dass die Richter hiermit die Vorsatzform *recklessness* gemeint haben. Niemand ist in der Lage, die Blutalkoholkonzentration eines anderen ohne technische Hilfsmittel oder Berechnungen so genau zu bestimmen, dass man sagen könnte, er kenne den genauen Promilleanteil Alkohol im Blut seines Gegenüber. Dass hier kein positives Wissen, welches mit dem Verb *know* zu bezeichnen wäre, angenommen werden kann, ist selbstverständlich. Die Verwendung von *aware* beugt einer sprachlichen Verzerrung vor und drückt zugleich einen hohen Grad von Überzeugung aus, der mit dem Konzept der *recklessness* nicht übereinstimmt. Schließlich spricht entscheidend gegen die in der Literatur vorherrschende Interpretation dieser Entscheidung, dass ihr abweichende Urteile höherer Gerichte entgegenstehen und dass sie seither ausschließlich in Dikta, die in ihrer Qualität als solche unbestritten sind, wieder aufgegriffen wurde.⁴⁸⁴

Es gilt somit: Eine Gleichsetzung von *recklessness* und *knowledge* als hinreichende Voraussetzung für die Strafbarkeit des Teilnehmers ist durch die englische Rechtsprechung nicht vorgenommen worden.⁴⁸⁵ Wie in der Darstellung der Entwicklung

⁴⁸³ Zur Ermittlung der *ratio decidendi* vgl. Goodhart: *Determining the ratio decidendi of a case*, in: (1931) 40 *Yale Law Journal* 161ff.; auch mit WAMBAUGH's Test kommt man im vorliegenden Fall zu keinem anderen Ergebnis.

⁴⁸⁴ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 214 Anm. 126 m.w.N.

⁴⁸⁵ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law – Cases and Materials*, 8. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 227f.; SMITH, K.J.M.: *A Modern Treatise of the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 67 Anm. 48.

und der Inhalte der Absicht (*intention*) gezeigt wurde, nimmt die englische Rechtsprechung vor dem Hintergrund des auf eine Beteiligung rechtlicher Laien abgestellten Beweisrechts und des davon beeinflussten materiellen Rechts eine klare Abgrenzung zwischen der Definition und den Tatsachengrundlagen, von denen auf das Vorliegen des Vorsatzes geschlossen werden kann, oftmals nicht vor. Man wird vor diesem Hintergrund sagen können, dass *recklessness* dann an die Stelle der positiven Kenntnis (*knowledge*) tritt, wenn die Umstände des Falls einen Schluss auf sein Bewusstsein (*awareness*) hinsichtlich der Umstände der Tat zulassen.

(3) *Foresight*

Die überwiegenden Teile der Literatur kommen offenbar zu ebendiesem Ergebnis, indem sie die Verwendung des Terminus technicus *recklessness* umgehen und unspezifischere Begriffe wie *foresight* verwenden. In der Sache kann hier aber nicht von einem anderen Standard der *mens rea* gesprochen werden, wie soeben gezeigt wurde.

(4) *Knowledge of essential matters / circumstances*

Das positive Wissen des Teilnehmers oder seine *recklessness* muss sich auf die Art des vom Täter verwirklichten Delikts (*type of crime*) beziehen. Zudem muss der Täter wissen, dass der Täter den für das fragliche Delikt vorausgesetzten Vorsatz hat und dennoch weiterhandeln. Im Zusammenhang mit den beiden hier maßgeblichen Entscheidungen *Bainbridge*⁴⁸⁶ und *Maxwell v. DPP for Northern Ireland*⁴⁸⁷ muss erörtert werden, ob *knowledge* der allein gültige Maßstab auch für den Teilnehmer sein kann, der vor der Begehung der Haupttat den *actus reus* der Teilnahme verwirklicht.

Unter dem Terminus *knowledge of type of crime* wird von der englischen Rechtsprechung zweierlei behandelt. Es geht dabei um die Reichweite des Teilnehmervorsatzes und die damit zusammenhängende Frage, wieweit der Täter von den Vorstellungen des Teilnehmers abweichen kann, bevor er mangels Vorsatzes nicht mehr als verantwortlich für die Teilnahme an der Tat angesehen wird.

(a) Die Bestimmung der Art der Straftat (*type of crime*)

Die Bestimmung, welche unterschiedlichen Delikte zu einer vom Vorsatz des Teilnehmers insgesamt umfassten Art von Straftat gehören und welche als *delicti sui generis* anzusehen sind, ist im englischen Strafrecht zumeist im Zusammenhang mit willentlichen Abweichungen des Täters bei Vorliegen eines gemeinsamen Tatplans (*joint enterprise*) erörtert worden. So kommt es, dass sich erst in jüngerer Zeit Entscheidungen finden, die diese Problematik vor dem Hintergrund von Sachverhalten behandeln, die nicht Konstellationen einer gemeinsamen Unternehmung sind.

⁴⁸⁶ (1959) 3 All ER 200 (CA).

⁴⁸⁷ (1979) 68 Cr.App.R. 128.

Bis zu der Entscheidung in *Bainbridge*⁴⁸⁸ war für das englische Recht nicht geklärt, mit welcher Genauigkeit der Teilnehmer die Umstände der Tat kennen oder voraussehen musste. Der Sachverhalt dieser Entscheidung lautet wie folgt: Bainbridge kaufte in Anwesenheit eines der späteren Täter ein Schweißgerät. Er gab es an den weiter, der es zusammen mit anderen für einen Einbruchsdiebstahl in einer Bank verwendete. Bainbridge gab zu, bereits beim Kauf gemutmaßt zu haben, dass dieses Gerät dafür gedacht gewesen sei, bereits erbeutetes Stehlgut zu öffnen. An einen Einbruchsdiebstahl habe er nicht gedacht. Der Richter am Central Criminal Court belehrte die Jury, dass sie den Angeklagten für schuldig befinden könnten, wenn sie es als bewiesen ansähen, dass der Angeklagte die Art des vom Täter beabsichtigten Verbrechens (*type of crime*) kannte. Hingegen müsse nicht bewiesen werden, dass der Täter den genauen Ort und Zeitpunkt der Haupttat kannte, als er das Schweißgerät für den Täter kaufte. Die Jury befand Bainbridge für schuldig. Er legte Rechtsmittel zum Court of Appeal ein und rügte, dass die Belehrung der Jury fehlerhaft gewesen sei. Der Teilnehmer könne nur dann verurteilt werden, wenn er die genauen Tatumstände (*precise details of the intended offence*) gekannt habe. Der Court of Appeal wies das Rechtsmittel zurück. Für eine Verurteilung sei es nicht erforderlich, dass der Teilnehmer die Straftat in allen Einzelheiten gekannt habe. Andererseits genüge es für eine Verurteilung aber auch nicht, dass der Teilnehmer lediglich wisse, der Täter werde irgendeine rechtswidrige Tat verwirklichen.

Damit war die Bandbreite der Vorstellungen, innerhalb derer der Teilnehmer sich halten musste, um verurteilt werden zu können, grob umrissen. Ebenso war nun angedeutet, welche Voraussetzungen eine Tat erfüllen musste, damit sie zu einer bestimmten Art von Straftaten gehörte. Präzisierend führte Lord Parker C.J. in einem Diktum aus:

*The converse of course is that, if the principal does not totally and substantially vary the advice or the help and does not wilfully and knowingly commit a different form of felony altogether, the man who has advised or helped, aided or abetted, will be guilty as an accessory before the fact.*⁴⁸⁹

Ein Teilnehmer hat auch dann um die maßgeblichen Umstände der Tat „gewusst“, wenn der Täter nicht vollkommen oder wesentlich von den Vorstellungen des Teilnehmers über die Umstände der Tat abweicht.⁴⁹⁰ Zu einer Art von Straftat (*type of crime*) gehören demnach Taten, die sich nicht fundamental und wesentlich voneinander unterscheiden. Dazu ist es erforderlich, die wesentlichen Merkmale einer Straftat zu bestimmen und mit der einer anderen Tat zu vergleichen. Wie diese Gruppenbildung vorgenommen wird, ist in der Rechtsprechung bislang nicht

⁴⁸⁸ [1959] 3 All ER 200 (CA).

⁴⁸⁹ *Bainbridge* [1959] 3 All E.R. 200, 202.

⁴⁹⁰ *Baker* (1909) 28 N.Z.L.R. 536; *HM Advocate v Johnston* 1926 J.C. 89; *McLeod and Georgia Straight Publishing Co. Ltd.* (1970) 75 W.W.R. 161.

bestimmt worden. Lord Hailsham war der Ansicht, dass terroristische Angriffe mit Schusswaffen, Bomben oder Brandsätzen zu der gleichen Art von Straftaten gehörten, ohne allerdings zu erläutern, wie er diese Art von Straftat gebildet hat. Möglich ist, dass hier der terroristische Hintergrund das gemeinsame wesenbestimmende Merkmal der Delikte ist.⁴⁹¹

Zwei Entscheidungen liefern weitere Hinweise auf die Vorgehensweise bei der Bestimmung, welche Delikte zu derselben Art von Taten gehören und so als vom Wissen des Teilnehmers umfasst angesehen werden. In der Entscheidung des Privy Council *Thambiah v. R*⁴⁹² hatte Thambiah selbst und über einen Strohmann wiederholt versucht, ein Konto für Ralahamy unter falschem Namen eröffnen zu lassen. Er hatte schließlich Erfolg. R löste später einen gefälschten, zum Zeitpunkt der Kontoeröffnung noch nicht existierenden Scheck zur Gutschrift auf diesem Konto ein. Thambiah wurde wegen der Teilnahme an der betrügerischen Verwendung eines gefälschten Schecks verurteilt. In der Rechtsmittelinstanz vor dem Privy Council stellte sich die Frage, ob von den Tatsachen darauf geschlossen werden konnte, dass Thambiah wusste, welches Delikt der R begehen würde.

*If therefore one must reasonably assume some profitable fraud as the object, the most reasonable hypothesis is that which the learned judge assumed, namely that the account was intended to be used for paying in forged cheques, as it was in fact used. The only other possible profitable fraud would seem to be the use of invalid cheques drawn on the account.*⁴⁹³

Lord Pearce ging davon aus, dass Thambiah gewusst habe, R werde einen Betrug (*fraud*) begehen. Dieser Oberbegriff erfasste nach seiner Auffassung auch Betrügereien durch die Einlösung eines gefälschten und eines ungültigen Schecks. Es kam hier auf die Täuschung und den Erhalt von Geld als wesensbestimmende Merkmale an.

In *Patel*⁴⁹⁴ gab der Court of Appeal einem Rechtsmittel statt, nachdem Patel wegen der Beihilfe zum Besitz einer gefährlichen Droge verurteilt worden war. Der Belehrung des Tatrichters zufolge war es für einen Schuldspruch notwendig, dass die Anklage das positive Wissen des Angeklagten bewiesen habe, Drogen oder eine sonstige gefährliche Sache kurzzeitig in seinem Besitz gehabt zu haben. Der Court of Appeal hob das Urteil wegen des fehlerhaften zweiten Teils der Belehrung auf. Eine Verurteilung komme nur dann in Frage, wenn der Rechtsmittelführer gewusst habe, dass er allein eine gefährliche Droge zumindest kurzzeitig in seinem Besitz gehabt habe. Obgleich der Rechtsmittelführer ein Element des *actus reus* (*possession*) gekannt hatte, war das für eine Verurteilung nicht ausreichend. Der Besitz verschiede-

⁴⁹¹ SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 168 Anm. 31.

⁴⁹² [1965] 3 All E.R. 661.

⁴⁹³ *Thambiah v. R* [1965] 3 All E.R. 661, 665 C (P.C.).

⁴⁹⁴ [1970] Crim.L.R. 274.

ner gefährlicher Sachen gehört danach nicht zu derselben Art von Straftat. Die Sache selbst wurde als prägendes Element für die Art der Tat angesehen.⁴⁹⁵

Eine Erweiterung⁴⁹⁶ der *type of crime*-Rechtsprechung brachte die Entscheidung des House of Lords in der Sache *Maxwell v. DPP for Northern Ireland*.⁴⁹⁷ Hier stellte sich die Frage, ob Kenntnis (*knowledge*) vorliegt, wenn der Teilnehmer zwar nicht weiß, welche Straftat der Täter begehen möchte, aber annimmt, der Täter werde eines aus einer Gruppe von Verbrechen begehen. Maxwell führte Mitglieder der protestantischen Terrororganisation *Ulster Volunteer Force* zu einem Pub, der von Katholiken betrieben wurde. Da ihm die Vorgehensweise der *Ulster Volunteer Force* bekannt war, vermutete er, dass ein Terroranschlag verübt werden würde, und zwar wahrscheinlich unter Verwendung von Explosivmitteln. Es wurde eine Rohrbombe gelegt, die aber niemanden verletzte. A wurde unter anderem Beihilfe zum Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion (*doing an act with intent to cause an explosion likely to endanger life or cause serious injury to property*) und zum Besitz von Sprengstoff (*possession of explosive substances with intent to endanger life or cause serious injury to property*) zur Last gelegt. Er wurde in auch in diesen beiden Anklagepunkten für schuldig befunden und verurteilt.

Er legte Rechtsmittel ein und rügte die fehlerhafte Anwendung geltenden Rechts. Die Ansicht des Tatrichters, dass positives Wissen um das Vorhandensein von Sprengstoff die alleinige Voraussetzung für die Bejahung der *mens rea* sei und dass das Wissen, dass möglicherweise gefährliche Sachen und Substanzen mitgeführt würden, ausreiche.⁴⁹⁸ Das House of Lords wies das gegen seine Verurteilung eingelegte Rechtsmittel endgültig zurück.

The facts found here show that the appellant, as a member of an organisation which habitually perpetrates sectarian acts of violence with firearms and explosives, must, as soon as he was briefed for his role, have contemplated the bombing of the Cross-keys Inn as not the only possibility but one of the most obvious possibilities among the jobs which the principals were likely to be undertaking and in the commission of which he was intentionally assisting he was therefore in just the same situation, so far as

⁴⁹⁵ Ähnlich *Dunning and Graham (unreported)*, zit. nach SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 159. Vom Vorsatz des Teilnehmers ist auch die Zerstörung eines Autos durch Inbrandsetzung gedeckt, wenn die Anstiftung auf eine Brandstiftung am Haus gerichtet war. Maßgeblich und typbestimmend waren hier die Merkmale „Inbrandsetzen“ und „fremdes Eigentum“.

⁴⁹⁶ Die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur sieht *Bainbridge* nicht als durch *Maxwell v. DPP for Northern Ireland* überholt an. Das ist richtig, da sich keiner der Law Lords gegen die Kategorisierung nach dem Modell *type of crime* gewandt hat, SMITH, K.J.M.: *A Modern Treatise of the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 165f. m.w.N.

⁴⁹⁷ (1979) 68 Cr.App.R. 128.

⁴⁹⁸ *Maxwell v. DPP for Northern Ireland* (1979) 68 Cr.App.R. 128, 134.

*guilty knowledge is concerned, as a man who had been given a list of jobs and told that one would be carried out. And so he is guilty of the offence ...*⁴⁹⁹

Der Täter habe zwar nicht gewusst, welches Delikt hier begangen werden sollte. Er war aber von mehreren möglichen Sachverhaltsvarianten ausgegangen, von denen eine verwirklicht wurde. Dies reichte aus, um die Voraussetzungen der *mens rea* zu bejahen. Danach gilt: Ein Teilnehmer wird verurteilt, wenn er eine Mehrzahl verschiedener Verbrechen als möglich erwogen hat und eines davon tatsächlich begangen wird. Zugleich enthält diese Ausweitung der Rechtsprechung nach Bainbridge auch eine wichtige Einschränkung:

*The relevant crime must be within the contemplation of the accomplice and only exceptionally would evidence be found to support the allegation that the accomplice had given the principal a completely blank cheque.*⁵⁰⁰

Nur unter außergewöhnlichen Umständen kann angenommen werden, dass der Teilnehmer dem Täter einen Blankoscheck zur Begehung jeder denkbaren Straftat ausgestellt hat. Kann das nachgewiesen werden, so ist er der Teilnahme an jedem vom Täter verwirklichten Delikt schuldig, auch wenn er sich keine konkreten Vorstellungen über die Tat gemacht hat. Ansonsten muss Kenntnis des Teilnehmers von den Umständen gegeben sein, die die Voraussetzungen des *actus reus* und der *mens rea* erfüllen. Im Rückgriff auf die Erörterung, ob auch *recklessness* als *mens rea* des Teilnehmers ausreicht, spricht diese Aussage dafür, dass die *mens rea* in den Fällen normaler Beteiligung nach wie vor *knowledge* sein muss. Dient die *mens rea* auch der Strafbegrenzung, so ist eine solche hier nicht mehr erforderlich. Der Teilnehmer trägt alle Taten des Täters mit und hat sich insoweit auch alle Taten als durch den Täter begangen vorgestellt. Zudem setzt die Ausstellung eines solchen Blankoschecks eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten voraus, die den Sachverhalt dann aber zu einer Konstellation eines *joint enterprise* macht.

Danach lässt sich die Rechtslage wie folgt zusammenfassen: Die Ermittlung der Reichweite des Teilnehmervorsatzes hinsichtlich der Haupttat vollzieht sich in zwei Schritten. In dem ersten Schritt wird ermittelt, welche Umstände der Haupttat der Teilnehmer gekannt oder als möglich angesehen hat. Sind diese identisch mit dem, was tatsächlich geschehen ist, so treten keine Schwierigkeiten auf und der Teilnehmer kann bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen schuldig gesprochen werden. Problematisch und den zweiten Schritt bedingend sind jedoch Konstellationen, in denen keine völlige Deckungsgleichheit zwischen der Vorstellung des Teilnehmers und dem Täterverhalten bewiesen werden kann. Hier ist so zu verfahren, dass die Vorstellungen des Teilnehmers vom Richter daraufhin untersucht

⁴⁹⁹ *Maxwell v. DPP for Northern Ireland* (1979) 68 Cr.App.R. 128, 141.

⁵⁰⁰ *Maxwell v. DPP for Northern Ireland* (1979) 68 Cr.App.R. 128, 141.

werden, welche Voraussetzung sie für andere Straftaten bieten. Auf dieser Grundlage wird dann die Art der Straftat ermittelt, die noch vom Teilnahmevorsatz gedeckt gewesen ist. Fällt die Haupttat in diese Gruppe, kann der Teilnehmer verurteilt werden (*Bainbridge*). Je nach Sachverhalt kann sich der Teilnehmer eine Gruppe verschiedener Delikte als Haupttat vorgestellt haben. Er mag sich gedacht haben, dass der Täter alternativ eine Bombe legen wird, mit einer Schusswaffe schießen oder einen Brand legen wird. In diesem Fall, in dem der Teilnehmer dem Täter die Möglichkeit gibt, aus einer Menge von Straftaten zu wählen, welches Delikt er verwirklichen könnte, und ihn dabei weiterhin an seinem Tun teilnehmen lässt, hat er seine Teilnahmehandlung mit der erforderlichen *mens rea* vorgenommen, wenn der Täter ein Delikt dieser Gruppe verwirklicht.⁵⁰¹

(b) Kritik

Unbefriedigend an dieser Rechtslage ist, dass nicht ausdrücklich geklärt ist, wie eine bestimmte Art von Straftat (*type of crime*) zu ermitteln ist.⁵⁰² Allerdings tritt dieses Problem in den Hintergrund, wenn dem Täter nachgewiesen werden kann, dass er sich mehrere Delikte vorgestellt hat. Die in der Literatur aufgezeigten besonderen Schwierigkeiten bei Delikten mit überschießender Innentendenz (*ulterior intent*)⁵⁰³ erscheinen dann als leicht lösbar, wenn man beachtet, dass der Teilnehmer auch um die *mens rea* des Täters wissen muss. Zudem hält die Behandlung von Fällen der gemeinsamen Unternehmung (*joint enterprise*) hier einige Lösungsansätze bereit. Ob sie auf die Fälle der „normalen Teilnahme“ angewendet werden können, wird untersucht werden.

(c) *Foresight / contemplation*: Der Grad der Überzeugung des Teilnehmers

Unsicher ist, welchen Grad der Überzeugung der Teilnehmer gewonnen haben muss, um den Standard der *mens rea* zu erfüllen. Prinzipiell ist in der Rechtsprechung daran festgehalten worden, dass der Teilnehmer positives Wissen (*knowledge*) hinsichtlich der Umstände der Tat haben muss. *Recklessness* reicht nach diesen Entscheidungen nicht aus.⁵⁰⁴ Zugleich wird darauf hingewiesen, dass es eine sprachliche Verzerrung bedeuten und die Strafbarkeitsschwelle unnötig erhöhen würde, wenn man für den Teilnehmer, der vor der Haupttat den *actus reus* der Teilnahme verwirklicht, ebenfalls positives Wissen fordern wollte. Der Teilnehmer, der dem Täter bei der Tatausführung hilft oder ihn währenddessen zur Tatbe-

⁵⁰¹ SMITH, K.J.M.: *A Modern Treatise of the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 167f.

⁵⁰² The Law Commission: *Consultation Paper No. 131 – Assisting and Encouraging Crime*, 1993 HMSO, S. 43f.

⁵⁰³ ALLEN MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 210f.; SEAGO, P.; REED, A.: *Criminal Law* 2. Auflage London 2002, S. 139; SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law* 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 158.

⁵⁰⁴ The Law Commission: *Consultation Paper No. 131 – Assisting and Encouraging Crime*, 1993 HMSO, S. 43.

gehung ermutigt, könne durchaus positives Wissen aller Umstände der Tat haben. Das Gleiche gelte aber nicht für den vor der Tat handelnden Teilnehmer, da niemand künftiges Geschehen positiv kennen könne.

Entsprechend äußerten sich die Law Lords zustimmend zu der Ansicht der Anklage, dass in diesen Konstellationen die Voraussetzung anders gefasst werden sollte:

*The word 'contemplated' is perhaps the most appropriate to use; a man is an accessory before the fact if he gives assistance beforehand to the principal for the purpose of the principal carrying out an offence which he then contemplates.*⁵⁰⁵

Höchstrichterliche Aussagen zum Inhalt von *contemplate* fehlen und Erwägungen in der Literatur reichen über Spekulationen nicht hinaus.⁵⁰⁶ Allein bei der Behandlung von Konstellationen eines gemeinschaftlichen Unternehmens (*joint enterprise*) hat die Rechtsprechung genauere Kriterien hervorgebracht.

(5) Das Wissen des Teilnehmers bei Erfolgshaftungs-, erfolgsqualifizierten und Fahrlässigkeitsdelikten

Zu den wesentlichen Umständen der Tat gehört die *mens rea* des Täters. Der Teilnehmer muss zumindest voraussehen, dass der Täter die Tat vorsätzlich begeht, wenn er wegen der Teilnahme bestraft werden soll.⁵⁰⁷ Nur wenn der Teilnehmer beispielsweise auch den *ulterior intent* des Täters kannte, kann er wegen der Teilnahme am Delikt des Täters schuldig gesprochen werden.⁵⁰⁸

Wie verhält es sich in Fällen, in denen ein Element oder der gesamte *actus reus* nicht von der *mens rea* des Täters getragen zu sein braucht (*offences of strict liability*) oder das vom Vorsatz getragene Verhalten des Täters durch einen objektiv fahrlässigen Erfolg verursacht worden ist (*offences of constructive liability*)?

(a) Die Haupttat ist ein Erfolgshaftungsdelikt (*offence of strict liability*)

Wie bereits oben angedeutet, ist die *mens rea* des Teilnehmers in der bislang dargestellten Form Voraussetzung der Teilnahmestrafbarkeit unbeschadet geringerer subjektiver Voraussetzungen der Haupttat (*intent, knowledge*). In der Sache *Callow v. Tillstone*⁵⁰⁹ begutachtete ein Veterinär das Fleisch eines Widders, das ein Metzger in seinem Geschäft anbieten wollte. Er befand das Fleisch für unbedenk-

⁵⁰⁵ *Maxwell v DPP for Northern Ireland* (1979) 68 Cr.App.R. 128, 139.

⁵⁰⁶ Vgl. SMITH, K.J.M.: A Modern Treatise of the Law of Complicity, Oxford 1991, S. 173f., 177.

⁵⁰⁷ *Quick and Paddison* [1973] Q.B. 910, 923.

⁵⁰⁸ JEFFERSON, MICHAEL: Criminal Law, 6. Aufl. 2003 Harlow, S. 211; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 218 m.w.N.

⁵⁰⁹ (1900) 83 LT 411.

lich und für den menschlichen Verzehr geeignet. Tatsächlich aber war das Fleisch ungenießbar, da der Widder Eibennadeln gefressen hatte. Der Schlachter, der das Fleisch zum Verkauf anbot, wurde wegen Feilbietens ungenießbaren Fleisches verurteilt. Dieses Delikt ist ein Erfolgshaftungsdelikt. Der Veterinär hatte lediglich objektiv fahrlässig gehandelt und wurde vom Vorwurf der Teilnahme freigesprochen. Für eine Verurteilung fehlte es an der *mens rea* des Veterinärs, der nach der damaligen Rechtslage hätte positiv wissen müssen, dass das Fleisch ungenießbar war.

(b) Die Haupttat ist ein durch einen Erfolg qualifiziertes Delikt (*constructive liability offence*) oder ein Delikt objektiver Fahrlässigkeit (*offence of negligence*)

Kommt es infolge des von der *mens rea* des Teilnehmers umfassten Verhaltens des Täters zu einem Erfolg, der nicht von der *mens rea* des Täters erfasst zu sein braucht, so wird der Erfolg grundsätzlich nicht als wesentlicher Tatumstand (*essential matter*) angesehen. Weiß der Teilnehmer darum, dass er den Täter bei einer Gefährdung des Straßenverkehrs (*dangerous driving*) unterstützt, so wird er wegen der Teilnahme an der Gefährdung des Straßenverkehrs mit Todesfolge (*aiding, abetting etc., dangerous driving causing death*) verurteilt, auch wenn er keine Vorstellung von der Todesfolge hatte.⁵¹⁰ Hier kommt es zu einer Angleichung der subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen für Täter und Teilnehmer. Dies gilt auch, wenn der qualifizierende Erfolg dem Delikt eine gegenüber dem Grunddelikt völlig andere Prägung gibt, obwohl hier der Boden der *type of crime*-Rechtsprechung verlassen wird. Die gleiche Rechtslage gilt entsprechend für die Teilnahme an Delikten, deren *actus reus* lediglich objektiv fahrlässig (*negligently*) verwirklicht worden ist. Der Gleichlauf der Rechtslage ergibt sich daraus, dass bei den durch einen Erfolg qualifizierten Delikten die Gefährlichkeit der Handlung von einem objektiven, vernünftigen Dritten erkannt sein musste.

(6) Das Willenselement hinsichtlich der Haupttat

Bislang ist dargelegt worden, dass die *mens rea* des Teilnehmers mit Ausnahme der auf das eigene Verhalten gerichteten Absicht nur aus einem Wissenselement besteht. Diese Voraussetzungen sind durch die ständige Rechtsprechung gefestigt und werden in der Literatur nicht angezweifelt. Anders ist dies bei der Frage, ob der Teilnehmer die Verwirklichung der Haupttat angestrebt haben muss.

(a) *Lynch v. DPP for Northern Ireland*⁵¹¹

Aus der Rechtsprechung ergibt sich nach der ganz überwiegenden Ansicht in der Literatur nicht die Voraussetzung, dass der Teilnehmer die Verwirklichung des

⁵¹⁰ *Robert Millar (Contractors) Ltd* [1970] 2 Q.B. 54; *Harris* [1964] Crim.L.R. 54.

⁵¹¹ [1975] 1 All E.R. 913.

Delikts durch den Täter angestrebt haben muss.⁵¹² In der Sache *Lynch v. DPP for Northern Ireland*⁵¹³ hatte das House of Lords darüber zu befinden, ob der Teilnehmer mit überschießender Innentendenz (*ulterior intent*, „willingness“) hinsichtlich der Verwirklichung der Haupttat gehandelt haben müsse. Lynch hatte auf Befehl eines bekannten Killers der Irish Republican Army mehrere Männer in die Nähe eines Polizeipostens gefahren. Er ging dabei fest davon aus, dass es bei dieser Unternehmung Tote geben würde, lehnte innerlich die Tötung von Polizisten aber ab. Dennoch unternahm er die Fahrt. Er wurde verurteilt und legte Rechtsmittel ein, unter anderem, weil er den Mord an dem Polizisten nicht gewollt hatte. Das House of Lords wies das Rechtsmittel in diesem Punkt zurück. Die Urteilsbegründung spiegelt die Ansicht der Mehrheit der mit dem Fall befassten Law Lords wieder:

*If in the present case the jury were satisfied that the car was driven towards the garage in pursuance of a murderous plan and that the appellant knew that that was the plan he could be held to have aided and abetted even though he regretted the plan or indeed was horrified by it.*⁵¹⁴

Der Teilnehmer ist auch dann zu bestrafen, wenn er das Delikt des Haupttäters abgelehnt hat, sofern er nur beabsichtigt, die Teilnahmehandlung auszuführen.⁵¹⁵ Die vorherrschende Ansicht in der Literatur ist wegen dieser sowie weiterer Entscheidungen⁵¹⁶ der Auffassung, dass das englische Strafrecht für die Strafbarkeit des Teilnehmers ein Willenselement allein hinsichtlich der Teilnahmehandlung voraussetzt. Hinsichtlich der Haupttat genügt ein Wissenselement. Der Teilnehmer muss die Umstände der Haupttat kennen. Insoweit kann von einem unvollkommen doppelten Vorsatz des Teilnehmers im englischen Strafrecht gesprochen werden.

(b) Abweichende Entscheidungen

Laut der Gegenansicht weist eine Reihe von Präzedenzfällen darauf hin, dass die Rechtsprechung die auf die Verwirklichung der Haupttat gerichtete Absicht des Teil-

⁵¹² ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 217; CARD, RICHARD: *Card, Cross and Jones – Criminal Law*, 16. Aufl. 2004, London Edinburgh, S. 838f.; HERRING, JONATHAN: *Criminal Law*, Oxford 2004, S. 837; JEFFERSON, MICHAEL: *Criminal Law*, 6. Aufl. 2003 Harlow, S. 211; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 208f.; SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law* 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 153; SMITH, K.J.M.: *A Modern Treatise of the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 148ff.

⁵¹³ [1975] 1 All E.R. 913.

⁵¹⁴ *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] 1 All E.R. 913, 924, Absätze e und f.

⁵¹⁵ *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] 1 All E.R. 913.

⁵¹⁶ *De Marny* [1907] 1 K.B. 388; *Cook v Stockwell* (1915) 84 L.J.K.B. 2187; *Cafferata v. Wilson* [1936] 2 All ER 149; *Poultry World Ltd v Conder* [1957] Crim.L.R. 803; *National Coal Board v. Gamble* [1959] 1 Q.B. 11; *Ladbroke Ltd V. Perrett* [1971] 1 W.L.R. 110.

nehmers für eine Bejahung der *mens rea* voraussetzt.⁵¹⁷ Maßgeblich für dieses Verständnis der *mens rea* des Teilnehmers streite die Entscheidung *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*⁵¹⁸. In diesem Verfahren ging es um die Frage, ob es rechtmäßig sei, wenn ein Arzt einer Minderjährigen Verhütungsmittel verschreibe, oder ob er Teilnehmer an dem Sexualdelikt eines Volljährigen gem. Sexual Offences Act 1956, s. 6 sei, der in der Gewissheit, keine Folgen befürchten zu müssen, mit der Minderjährigen geschlechtlich verkehrt. Das House of Lords befand, dass letzteres nicht der Fall sei, weil der Arzt nicht mit der erforderlichen Absicht gehandelt habe. Lord Scarman und Lord Bridge schlossen sich der Meinung des Tatrichters an, dass es dem Arzt darum gegangen sei, eine mögliche Infektion des Mädchens mit AIDS zu verhindern.⁵¹⁹ Diese Entscheidung steht nicht allein. In der lange vor *Gillick* ergangenen Entscheidung *Fretwell*⁵²⁰ bat eine ungewollt schwangere Frau ihren Liebhaber, ihr eine ätzende Flüssigkeit mit abortiver Wirkung zu überlassen. Sie drohte damit, sich zu töten, sollte sie diese nicht erhalten. Der Liebhaber beugte sich den Drohungen der Frau. Sie wendete die Substanzen an und verstarb dabei. Er hatte um die Gefährlichkeit der Substanzen gewusst, aber gehofft, die Frau werde sie nicht anwenden. Er wurde wegen der Teilnahme an dem zu dieser Zeit noch als Straftat geltenden Selbstmord (*felo de se*) der Frau angeklagt, aber freigesprochen. Erle C.J. führte zu seiner Urteilsbegründung aus:

*In the present case the prisoner was unwilling that the deceased should take the poison; it was at her instigation and under the threat of self-destruction that he procured it and supplied it to her;... and it might well be that the prisoner hoped and expected that she would not resort to it.*⁵²¹

Der Entscheidung des Court of Appeal in der Sache *Fretwell* wurde allerdings die Bindungswirkung (*stare decisis*) aufgrund der besonderen Sachverhaltsgestaltung in der Zivilsache *Attorney General v. Able*⁵²² abgesprochen (*restrictive distinguishing*).⁵²³

Wiederum dem ärztlichen Umfeld zuzuordnen ist die Entscheidung in der Sache *Salford Health Authority, es parte Janaway*. Sie ist aber mit der Besonderheit behaftet, dass es hier um einen Fall des *procurement* geht. Die Bedeutung dieser Ent-

⁵¹⁷ DENNIS, I. H.: The mental element for accessories, in: Peter, Smith (Hrsg.): Criminal Law – Essays in Honour of J C Smith, London 1987, S. 40ff.; ders.: Intention and Complicity: A Reply, in: [1988] Crim.L.R. 649ff.; ders. Letter to the Editor, in: [1989] Crim.L.R. S. 168ff; WILSON, WILLIAM: Criminal Law, London New York 2. Aufl. 2003, S. 588ff.

⁵¹⁸ [1986] A.C. 112, 811 Absatz F.

⁵¹⁹ [1986] A.C. 112, 190, 194.

⁵²⁰ 169 E.R. 1345, 1346; (1862) 9 Cox C.C. 152.

⁵²¹ *Fretwell* (1862) 9 Cox C.C. 152, 154.

⁵²² [1984] 1 Q.B. 795.

⁵²³ *Attorney General v Able* [1984] 1 Q.B. 795, 811 unter Verweis auf die Ansicht in SMITH, SIR JOHN: Smith & Hogan Criminal Law, 5. Aufl. London Edinburgh 1983, S. 127f.

scheidung muss im Hinblick auf die abweichenden Voraussetzungen der *mens rea* für *procurement* an anderer Stelle erörtert werden.

Der Gegenansicht ist zuzugeben, dass der Arzt die in Frage stehende Teilnahmehandlung, die Verschreibung von Kondomen, absichtlich vornimmt. Sein Verhalten erfüllt jedenfalls die Voraussetzungen der *direct intention*. Danach handelt absichtlich, wem es auf den Erfolgseintritt selbst ankommt. Es ist gerade das erklärte Ziel des Arztes gewesen, der Minderjährigen Verhütungsmittel zu verschaffen. Das erste Element des Teilnehmervorsatzes ist somit gegeben. Die Absicht, dass ein Erwachsener mit der Minderjährigen verkehren solle, kann hingegen nicht als durch die Verschreibung indiziert angesehen werden. Eine mögliche Erklärung für die Ansicht des House of Lords ist somit, dass die Lordrichter die auf die Verwirklichung der Haupttat gerichtete Absicht als Element der *mens rea* des Teilnehmers ansehen.

(c) Kritik der Literaturmeinung und eigene Auffassung

In der Literatur wird versucht, die Entscheidung *Gillick* zu rechtfertigen. So wird teils behauptet, der Fall müsse als Anwendung der Notstandsregeln verstanden werden.⁵²⁴ Dem Arzt komme es gerade darauf an, der Minderjährigen die Verhütungsmittel zu verschreiben. Deswegen müsse es einen anderen Grund geben, warum er nicht bestraft werden könne, und dieser sei darin zu sehen, dass der Arzt keinen Vorsatz gehabt habe, weil er sich in einem Notstand befunden habe: Es galt, jegliche Gesundheitsgefährdung der Patientin, die sich aus einem ungeschützten Geschlechtsverkehr ergeben hätte, zu verhindern.

Diese Ansicht ist seit den Entscheidungen in *Lynch*⁵²⁵ und *Howe*⁵²⁶ aber nur schwer mit dem Urteil in Übereinstimmung zu bringen. Das House of Lords hat in *Gillick* explizit befunden, dass es dem Arzt in der vorliegenden Fallgestaltung am Vorsatz mangle. Nach den Ausführungen des House of Lords in *Lynch* und *Howe* ist der Notstand von seiner Wirkung her betrachtet aber mit einem Strafbefreiungsgrund nach deutscher Dogmatik zu vergleichen. Zwar hat der Täter alle strafbegründenden Elemente, vor allem auch die *mens rea*, verwirklicht und wird dennoch nicht bestraft.

Dementsprechend gehen andere von einer vorgreiflichen Berücksichtigung mutmaßlichen Juryverhaltens bei dieser Entscheidung aus. Keine Jury würde aufgrund dieses Sachverhalts den Arzt der Teilnahme für schuldig befinden.⁵²⁷ Das House of Lords habe somit allein ergebnisorientiert entschieden. Alternativ wird darauf hingewiesen, dass dieser Entscheidung arzt- und familienrechtliche Fragestellungen

⁵²⁴ ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 176; Smith & Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 152; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 209.

⁵²⁵ [1975] A.C. 653.

⁵²⁶ [1987] Crim.L.R. 417.

⁵²⁷ MURPHY, PETER (Hrsg.): Blackstone's Criminal Practice 2004, Oxford, A5.4.

zugrundegelegen haben. Die Entscheidung sollte deshalb in ihrer Bedeutung für das Strafrecht jedenfalls nicht als allgemeingültige Aussage angesehen werden.⁵²⁸ Diesen Ansichten ist im Hinblick auf die Entscheidungen in *Lynch* und *Howe* der Vorzug zu geben.

Es ist somit festzuhalten, dass die Absicht des Teilnehmers in bestimmten Ausnahmefällen, die dem medizinischen Bereich zuzuordnen sind und die den Teilnehmer einem gewissen Zwang aussetzen, ohne dass die Schwelle des Notstandes (*duress*) überschritten ist, bei der Bewertung des Verhaltens des Teilnehmers als vorsätzlich eine Rolle spielt. Grundsätzlich findet es bei der Beurteilung, ob die *mens rea* des Teilnehmers zu bejahen ist, aber keine Berücksichtigung.⁵²⁹

(d) Leistungspflicht und die Absicht des Teilnehmers, die Teilnahmehandlung auszuführen

Die Entscheidung in *National Coal Board v. Gamble*⁵³⁰ stellt eine weitere Modifikation der bislang dargestellten Grundsätze hinsichtlich der *mens rea* des Teilnehmers auf. Diese Entscheidung erging auf der Grundlage des folgenden Sachverhalts: Der von der Firma W beschäftigte Fahrer M holte bei einer Zeche des National Coal Board mit seinem Lastkraftwagen Kohle für seinen Auftraggeber, einen Stromversorger, ab. Nachdem sein Lkw mit Kohle beladen worden war, fuhr M seinen Lkw auf eine Fahrzeugwaage. Die Wägung ergab, dass das Fahrzeug mit Kohle überladen war und dass das Gewicht das höchstzulässige Gesamtgewicht um mehr als 4 t überschritt. Der Bediener der Waage H machte M darauf aufmerksam. M erwiderte, er würde das Risiko, mit dem überladenen Lkw zu fahren, auf sich nehmen. Er nahm die Wiegebescheinigung an sich und verließ das Zechengelände. Auf der Fahrt zu seinem Bestimmungsort wurde er von der Polizei kontrolliert und sein Arbeitgeber wegen eines Verstoßes gegen die Motor Vehicles (Construction and Use) Regulations, 1955 verurteilt. Das National Coal Board wurde wegen Teilnahme an der Tat der Firma W durch ihren Angestellten H angeklagt und verurteilt. In seiner Zurückweisung des gegen die erstinstanzliche Verurteilung eingelegten Rechtsmittels führte Devlin J aus:

A person who supplies the instrument for a crime or anything essential to its commission aids in the commission of it; and if he does so knowingly and with intent to aid, he abets it as well and is therefore guilty of aiding and abetting. I use the word "supplies" to comprehend giving, lending, selling or any other transfer of the right of property. In a sense a man who gives up to a

⁵²⁸ HERRING, JONATHAN: Criminal Law, Oxford 2004, S. 838 Anm. 76.

⁵²⁹ Vgl. *Lomas* (1913) 9 Cr. App. R. 220. Diese Entscheidung wurde in *Bainbridge* [1959] 3 All E.R. 200 ausdrücklich als nicht mehr anzuwendendes Recht befunden.

⁵³⁰ [1959] 1 Q.B. 11.

criminal a weapon which the latter has a right to demand from him aids in the commission of the crime as much as if he sold or lent the article, but this has never been held to be aiding in law (see R. v. Lomas (1913), 110 L.T. 239, and R. v. Bullock [1955] 1 All E.R. 15). The reason, I think, is that in the former case there is in law a positive act and in the latter only a negative one. In the transfer of property there must be either a physical delivery or a positive act of assent to a taking; but a man who hands over to another his own property on demand, although he may physically be performing a positive act, in law is only refraining from detinue. Thus in law the former act is one of assistance voluntarily given and the latter is only a failure to prevent the commission of the crime by means of a forcible detention, which would not even be justified except in the case of felony. Another way of putting the point is to say that aiding and abetting is a crime that requires proof of mens rea, that is to say, of intention to aid as well as of knowledge of the circumstances, and that proof of the intent involves proof of a positive act of assistance voluntarily done.

... If the property had passed before the Coal Board knew of the proposed crime, there was nothing they could legally do to prevent the driver of the lorry from taking the overloaded lorry out on to the road. If it had not, then they sold the coal with knowledge that an offence was going to be committed.⁵³¹

Zu beachten ist dabei, dass nach englischem Recht, das kein Trennungsprinzip kennt, das Eigentum mit dem Abschluss des Kaufvertrages übergeht, soweit die Kaufsache bestimmt ist und sich die Parteien über den Übergang einig sind.⁵³² Eine gesonderte Übergabe ist nicht erforderlich. Das Eigentum ist in dem Augenblick übergegangen, als durch die Waage die genaue Menge der geladenen Kohle ermittelt und worden war und der Bediener der Fahrzeugwaage dem Fahrer die Bescheinigung über die genaue Menge der Kohle aushändigte. Der Bediener der Waage wusste vor dem Übergang des Eigentums, der noch die Konkretisierung durch Mitteilung der Kohlenmenge erforderte, um die Umstände der Tat.

Devlin J war der Ansicht, dass bei Bestehen einer Rechtspflicht zur Herausgabe von Eigentum des Täters der der Teilnahme Beschuldigte ohne *mens rea* handle.⁵³³ Anders ist die Strafbarkeit dessen zu bewerten, der dem Täter eine Sache gibt, ob-

⁵³¹ *National Coal Board v Gamble* [1959] 1 Q.B. 11, 20.

⁵³² Sale of Goods Act 1979, s. 17 Property passes when intended to pass: (1) Where there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred.

⁵³³ Hier macht sich wiederum die jedenfalls zum Zeitpunkt der Entscheidung fehlende Rechtsfertigungslehre bemerkbar.

gleich keine Rechtspflicht zur „Übergabe“ besteht. Handelt er absichtlich in Kenntnis der Umstände der Tat, die der Täter verwirklicht, so ist er als Teilnehmer an dem Delikt des Täters zu bestrafen. Die Einheitlichkeit der Rechtsordnung ist zugunsten der Regelung des Zivilrechts hergestellt worden, wengleich an dieser Vorgehensweise selbst der dritte beteiligte Richter Slade J zweifelte und abweichende Rechtsauffassung (*dissenting opinion*) vertrat, die sich freilich nur auf den Inhalt der *intention* bezog und zusätzlich eine Motivation des Teilnehmers aus dem Wunsch heraus forderte, die Tat zu unterstützen.

In Teilen der Literatur sind die Gründe Devlins J heftig kritisiert worden, vor allem, weil das nach der Auffassung einiger Autoren strafwürdige Verhalten des Teilnehmers durch das Gericht zu Unrecht nicht geahndet worden sei. Wenn jemand im Wissen um die Tat des Täters diesem eine Sache übergebe, die die Tatausführung erleichterte, so müsse der Helfer in jedem Falle dafür bestraft werden, gleich ob eine Verpflichtung zur Übergabe bestehe oder nicht.⁵³⁴ Sein Verhalten sei in beiden Fällen gleichermaßen als vorsätzlich anzusehen.⁵³⁵

Die Zweifel an der weiteren Geltung der Entscheidung in der Sache *National Coal Board v. Gamble* werden in der Literatur durch die Entscheidung in *Garrett v. Arthur Churchill (Glass) Ltd*⁵³⁶ als begründet angesehen. Hier erwarb der Geschäftsführer einer britischen Firma in verdeckter Stellvertretung für einen amerikanischen Staatsbürger einen antiken Kelch. Der Vertretene wies den Geschäftsführer an, den Kelch einem Freund mitzugeben, obgleich noch keine Ausfuhr genehmigung vorlag. So geschah es. Der Geschäftsführer wie seine Firma wurden wegen der Umgehung der Ausfuhrbestimmungen vor einem Magistrates' Court angeklagt und mit dem aus der Entscheidung *National Coal Board v. Gamble* bekannten Argument freigesprochen, dass der Geschäftsführer in Erfüllung einer bestehenden zivilrechtlichen Verpflichtung gehandelt habe.⁵³⁷ Der Divisional Court of High Court verwies die Sache zur Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Divisional Court zurück an den Magistrates' Court. Dabei wurde darauf hingewiesen, dass in einem Fall wie diesem der Auftraggeber keinen Anspruch

⁵³⁴ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 154; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 210. Anders WILLIAMS, GLANVILLE: *Criminal Law: The General Part*, 2. Aufl. London 1961, S. 373; ders.: *Textbook of Criminal Law*, London 1978, S. 341ff., 345 f. der bei Verkehrsgeschäften der zivilrechtlichen Verpflichtung zur Übergabe generell Vorrang vor der Verhütung von Straftaten einräumt, soweit es sich um alltägliche Güter handelt. Dagegen SMITH & HOGAN a.a.O.

⁵³⁵ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 210.

⁵³⁶ [1970] 1 Q.B. 92.

⁵³⁷ *Garrett v. Arthur Churchill (Glass) Ltd* [1970] 1 Q.B. 92, 93.

aus einer Vertragsverletzung geltend machen könnte. Allerdings fehlte jeder Hinweis auf die Entscheidung in der Sache *National Coal Board v. Gamble*.⁵³⁸

Die Entscheidung *National Coal Board v. Gamble* ist trotz der Entscheidung in der Sache *Garrett* als nach wie vor geltendes Recht anzusehen: Handelt der Teilnehmer mit der Übergabe einer Sache, die bei der Verwirklichung des Delikts vom Täter eingesetzt wird, in Erfüllung einer Rechtspflicht gegenüber dem Täter, so fehlt ihm nach Ansicht der englischen Rechtsprechung die notwendige Absicht zur Vornahme der Teilnahmehandlung.

(e) Variation der Voraussetzung des subjektiven Elements beim *procurement*?

Eingedenk der objektiven Inhalte der vier verschiedenen Teilnahmemodi stellt sich die Frage, ob die dargestellten Voraussetzungen der *mens rea* für alle diese Modi gleich sind. Hinsichtlich *aid*, *abet* und *counsel* sind in der Rechtsprechung keine Zweifel an der Einheitlichkeit der subjektiven Voraussetzungen für die Strafbarkeit des Teilnehmers geäußert worden. Anders ist dies bei *procure*, was die hier vertretene Sonderstellung dieser Teilnahmeform nur weiter betont. *Procure* erfordert nach der Definition Widgery LJ ein Hervorbringen einer Tat im Wege einer bewussten Unternehmung. Die Sonderstellung von *procure* im Hinblick auf besondere Voraussetzungen der *mens rea* wird in der Literatur durch eine Reihe von Entscheidungen als belegt angesehen. Der erste hier zu besprechende Fall ist *Beatty and Gillbanks*⁵³⁹. Diese Entscheidung wird in der Literatur teilweise den Fällen, die sich mit dem Inhalt von *procure* befassen, zugerechnet.⁵⁴⁰ Der Sachverhalt lässt sich wie folgt zusammenfassen: In einer englischen Stadt hatte es wiederholt Aufmärsche der Heilsarmee gegeben. Diese waren ebenso regelmäßig Anlass für Tumulte und Straßenschlachten in dieser Stadt gewesen. Träger dieser Unruhen und Straßenkämpfe waren die Anhänger der Skeleton Army, einer antichristlichen, der Heilsarmee feindlich gesonnenen Organisation. Aufgrund dieser Erfahrungen erließen zwei Friedensrichter ein Aufmarschverbot für die Heilsarmee. Die Offiziere der Heilsarmee B und G wollten aber wiederum einen Aufmarsch abhalten. Sie wussten, dass dies eine Reaktion der Skeleton Army provozieren könnte. Des Weiteren nahmen sie an, dass die Reaktion der Skeleton Army gewaltsam sein würde. So kam es. B und G wurden angeklagt, sich widerechtig und in aufrührerischer Weise mit anderen versammelt zu haben, um die öffentliche Ruhe und Ordnung zu stören. Sie wurden freigesprochen.

Nach der Ansicht WILLIAMS hatten B und G hier eine zur Tat anreizende Situation für die Anhänger der Skeleton Army geschaffen. Diese fühlten sich durch den Aufmarsch der Heilsarmee provoziert und ließen es zu Straßenkämpfen kommen.

⁵³⁸ *Garrett v. Arthur Churchill (Glass) Ltd* [1970] 1 Q.B. 92, 93.

⁵³⁹ (1882) 9 Q.B.D. 308.

⁵⁴⁰ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law* 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 148.

Die Straßenkämpfer erfüllten den Tatbestand des Delikts, an dem G und B vorgeworfen wurde, beteiligt gewesen zu sein. Allerdings sei ihr Wissen, dass es aufgrund ihres Aufmarsches zu Ausschreitungen kommen könnte, als für eine Verurteilung nicht ausreichend erachtet worden.⁵⁴¹

Leider geht diese Auslegung an den Inhalten der Urteilsbegründung vorbei. Entscheidend ist, dass Field J mit keinem Wort auf die mögliche Teilnahme der Offiziere der Heilsarmee an den Taten der Skeleton Army eingeht. Seinen Urteilsgründen ist vielmehr zu entnehmen, dass B und G deshalb nicht verurteilt werden sollten, weil sie einer nicht verbotenen Organisation angehörten, die sich rechtmäßig verhalten hatte.

*What has happened here is that an unlawful organization has assumed to itself the right to prevent the appellants and others from lawfully assembling together, and the finding of the justices (die die Versammlung der Heilsarmee im Vorfeld für rechtswidrig erklärt hatten, C.R.) amounts to this, that a man may be convicted for doing a lawful act if he knows that his doing it may cause another to do an unlawful act. There is no authority for such a proposition ...*⁵⁴²

Die besondere Betonung und Gegensatzbildung zwischen *lawful* und *unlawful* legt es nahe, dass Field J hier die Voraussetzungen der Teilnahme an den Taten anderer bestimmt hat, sondern die generelle Frage nach dem Recht, eine Versammlung abzuhalten, beantwortet hat. In dieser Entscheidung einen Präzedenzfall für die Bestimmung der Inhalte von *procure* zu sehen, ist schon allein wegen des Fehlens jeglicher Bezugnahme auf diese Teilnahmeform, aber auch wegen der übrigen Formulierung der Urteilsgründe verfehlt.

In neuerer Zeit wurde die Frage, ob einem Angeklagten, dem Teilnehmerschaft im Wege des *counselling* und *procuring* vorgeworfen wird, eine andere *mens rea* nachzuweisen sei als einem *aider* oder *abettor*, explizit in der Entscheidung *Ferguson v. Weaving*⁵⁴³ gestellt. Doch ließ der Divisional Court der King's Bench Division die Frage ausdrücklich offen.

Die Entscheidung *Attorney General's Reference (No. 1 of 1975)*⁵⁴⁴ ist bereits unter dem Gesichtspunkt des *actus reus* der Teilnahme besprochen worden. Entscheidend für die mit dem *actus reus* korrespondierende *mens rea* ist die folgende Passage aus der Entscheidung:

⁵⁴¹ WILLIAMS, GLANVILLE: Textbook of Criminal Law, 2. Auflage London 1983, S. 338.

⁵⁴² *Beatty and Gillbanks* (1882) 9 Q.B.D. 308, 314.

⁵⁴³ [1951] 1 K.B. 814.

⁵⁴⁴ [1975] Q.B. 773.

*You procure a thing by setting out to see that it happens and taking appropriate steps to produce that happening.*⁵⁴⁵

Wird hierin schon Lord Widgery's Vorstellung eines zielgerichteten Verhaltens des Teilnehmers deutlich, der mit *direct intention* handelt, so gilt dies für seine Subsumtion des Sachverhalts ebenso:

*We think that there was a case to answer and that the trial judge should have directed the jury that an offence is committed if it is shown beyond reasonable doubt that the defendent knew that his friend was going to drive, and also knew that the ordinary and natural result of the additional alcohol added to the friends drink would be to bring him above the recognised limit of 80 milligrammes per 100 millitres blood.*⁵⁴⁶

Die von Lord Widgery verwendete Terminologie weist darauf hin, dass der der Teilnahme Angeklagte hier gewusst hat, dass die Verwirklichung des Delikts eine natürliche Folge seines Verhaltens sein würde, wenngleich es ihm wohl nicht darauf ankam, seinen Freund eine Straftat verwirklichen zu lassen. Er handelt mit *indirect intent*, wie dieser in der zeitgleichen Entscheidung *Hyam*⁵⁴⁷ als Erscheinungsform der *intention* definiert wurde.⁵⁴⁸

In der zivilrechtlichen Entscheidung *R v. Salford Health Authority, Ex parte Janaway*⁵⁴⁹ beehrte eine bei der Beklagten angestellte Sekretärin im Wege einer Kündigungsschutzklage die Feststellung der Nichtigkeit ihrer Entlassung. Sie hatte sich wiederholt geweigert, Überweisungen für Frauen zu schreiben, die eine Abtreibung vornehmen lassen wollten, und verwies dazu auf ihr Gewissen. Sie wurde entlassen. Im Rechtsmittelverfahren vor dem Court of Appeal galt es die Frage zu erörtern, ob die Sekretärin eine Straftat begangen hätte, wenn sie die Briefe geschrieben hätte. Im Hinblick auf die Beteiligung an einer rechtswidrigen Abtreibung im Wege des *procurement* wurde dies verneint, weil ihr die auf eine Abtreibung gerichtete Absicht gefehlt hätte. Sie hätte lediglich gehandelt, um die Pflichten aus ihrem Arbeitsverhältnis zu erfüllen.⁵⁵⁰

Wie bereits dargestellt, beruht die Entscheidung *Blakely and Sutton v. DPP* auf einem ähnlich bizarren Sachverhalt wie *Attorney General's Reference (No. 1 of 1975)*.⁵⁵¹ Die Fakten seien noch einmal kurz in Erinnerung gerufen: B hatte eine Affäre mit dem verheirateten T. Sie trafen sich mit der Freundin der B in einem

⁵⁴⁵ *Attorney General's Reference (No. 1 of 1975)* [1975] Q.B. 773, 779.

⁵⁴⁶ *Attorney General's Reference (No. 1 of 1975)* [1975] Q.B. 773, 780.

⁵⁴⁷ [1975] A.C. 55.

⁵⁴⁸ *Hyam* [1975] A.C. 55, 73f.

⁵⁴⁹ [1988] 2 W.L.R. 442.

⁵⁵⁰ *R v. Salford Health Authority, Ex parte Janaway* [1988] 2 W.L.R. 442, 452 Absatz B.

⁵⁵¹ [1991] Crim LR 763.

Pub. T erklärte, er wolle nach Hause zu seiner Frau fahren. B und S versetzten daraufhin das Tonic Water des T mit Wodka. Sie wollten ihn fahruntüchtig machen und ihn vor Fahrtantritt über seine Fahruntüchtigkeit aufklären. Sie gingen davon aus, dass T nicht mit seinem Auto gefahren wäre, wenn er um seine Fahruntüchtigkeit gewusst hätte. T verließ den Pub aber unbemerkt von B und S. Er wurde von der Polizei kontrolliert und wegen Fahrens im fahruntüchtigen Zustand verurteilt. Vor dem Magistrates' Court wurden ebenfalls B und S verurteilt, weil sie das Delikt des T im Wege der Teilnahmeform *procure* hervorgebracht hatten. Hinsichtlich der *mens rea* war der Magistrate der Ansicht, dass *caldwell-type recklessness* ausreichend sei. Da ein besonnener Dritter an Stelle von B und S die Gefahr einer Trunkenheitsfahrt hätte erkennen können, stand einer Verurteilung unter diesen Voraussetzungen nichts entgegen. Der Court of Appeal hob den Schuldspruch auf und erkannte in einer nicht ganz eindeutig formulierten ratio, dass allein *intention* in diesem Fall für eine Verurteilung ausgereicht hätte.⁵⁵² B und S wollten aber gerade nicht, dass T mit seinem Wagen fährt.

Nach diesen Entscheidungen ist jedenfalls für die Teilnahmeform *procuring* anzunehmen, dass es dem Teilnehmer gerade darauf ankommen muss, die Haupttat durch den Täter begehen zu lassen.⁵⁵³ Für Fälle, in denen der Teilnehmer den Täter angestiftet hat, existieren keine entsprechenden Entscheidungen, doch wird in der Literatur angenommen, dass die auf die Begehung der Haupttat gerichtete Absicht (*intention*) des Teilnehmers das Wissen (*knowledge*) ersetzt.⁵⁵⁴

(7) Die *mens rea* hinsichtlich der Teilnahmehandlung

Das zweite Element des Teilnahmevorsatzes bezieht sich auf das Verhalten des Teilnehmers selbst und soll zufälliges (*accidental*), objektiv fahrlässiges (*negligent*) sowie bewusst fahrlässiges und bedingt vorsätzliches (*reckless*) Verhalten als Voraussetzung der Bestrafung wegen Teilnahme ausscheiden. Der Teilnehmer muss die Teilnahmehandlung daher absichtlich (*intentionally*) vorgenommen haben. Er muss gerade die Handlung vornehmen wollen, die sich als Helfen, Anstiften, Bestärken des Tatentschlusses oder Hervorbringen der Tat erweist (*direct intention*) oder er muss erkennen, dass sein Verhalten zwangsläufig dazu führt, den Täter zu seinem Tun anzustiften, ihn zu bestärken oder ihm zu helfen, auch wenn das kein Ziel seines Handelns ist (*oblique intention*)⁵⁵⁵. *Recklessness* reicht nicht aus. Ist also der „Teil-

⁵⁵² May J, zit. nach SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law – Cases and Materials*, 8. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 228.

⁵⁵³ HERRING, JONATHAN: *Criminal Law*, Oxford 2004, S. 842; JEFFERSON, MICHAEL: *Criminal Law*, 6. Aufl. 2003 Harlow, S. 211.

⁵⁵⁴ SMITH, K.J.M.: *A modern Treatise on the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 173.

⁵⁵⁵ *Hancock* [1986] A.C. 905. Die Law Commission meint, der Teilnehmer müsse nur erkennen, dass seine Handlung geeignet ist, dem Täter zu helfen oder ihn anzustiften, Bericht Nr. 305 der Law Commission *Participating in Crime*, S. 196, <http://www.lawcom.gov.uk> (Stand Januar 2008). Das lässt sich insbesondere anhand der Entscheidung *Hancock* nicht nachvollziehen.

nehmer“ unsicher, ob seine Handlung den Täter erreichen werde, so ist er nicht zu bestrafen. In Literatur und Rechtsprechung besteht Einigkeit über diese Voraussetzung, wenngleich sie verschiedenartig beschrieben wird.⁵⁵⁶

(8) *Mens rea* bei Teilnahme durch Unterlassen (Konstellationen des *right to control*)

Grundsätzlich gilt das oben für die Voraussetzungen der *mens rea* des Teilnehmers Gesagte für Fälle, in denen der Teilnehmer nicht handelt und ein Kontrollrecht (*right to control*) hinsichtlich der Handlungen des Täters hat:

*What mattered was knowledge of the principal offence, ..., and the deliberate decision to refrain from doing so. We accept in the context of the present case it would have to be proved that the defendant under the consideration intended to do the acts which he knew to be capable of assisting or encouraging the commission of the crime, but he need not have intended that the crime be committed.*⁵⁵⁷

Wenngleich dieser Entscheidung nur die Teilnahme durch *encouragement* zugrunde lag, kann diese Aussage vorbehaltlich der zur Teilnahme durch *procurement* gemachten Ausführungen für alle übrigen Teilnahmemodi gelten.

b) Die Lehre vom gemeinschaftlichen Unternehmen (*doctrine of joint enterprise*)⁵⁵⁸ und die *mens rea* der Beteiligten

In der englischen Rechtsprechung sind immer wieder Entscheidungen ergangen, in denen Konstellationen eines *joint enterprise* als ein aliud zu den Fällen der Teilnahme angesehen wurden, in denen es keine Abstimmung der Beteiligten vor der Tat gegeben hatte. Etwa seit Mitte der achtziger Jahre werden diese Konstellationen teils explizit als andere rechtliche Erscheinungsform der Beteiligtenstrafbarkeit bezeichnet, teils werden die ihnen zugrundeliegenden Sachverhalte von den normalen Konstellationen abweichend – zumindest mit einer anderen Terminologie – gewürdigt. Dies trifft insbesondere auf die subjektiven Voraussetzungen der Beteiligtenstrafbarkeit zu. Aufgabe des folgenden Abschnitts soll es deshalb sein, zunächst die Konstellationen darzustellen, die typischerweise unter der Bezeichnung „*joint enterprise*“ zusammengefasst werden. Ihre rechtliche Behandlung wird dann der von Fällen „normaler“ Teilnahme gegenübergestellt. In einem letzten Schritt muss dann die Frage beantwortet werden, ob die herausgearbeiteten Voraussetzungen der *mens rea*

⁵⁵⁶ HERRING, JONATHAN: Criminal Law, Oxford 2004, S. 838, Anm. 78 will hier Unterschiede erkennen. Diese sind jedoch allein terminologischer, nicht inhaltlicher Natur.

⁵⁵⁷ *J. F. Alford Transport Ltd* [1997] 2 Cr.App.R. 326, 334f., Absätze G und A.

⁵⁵⁸ Wird wahlweise als *doctrine of common purpose*, *common design* oder *common pursuit* bezeichnet.

in ihrer Anwendung auf die Konstellationen des *joint enterprise* beschränkt sind oder ob sie ebenfalls auf die normalen Fälle der Teilnahme anzuwenden sind. Im Kern geht es bei dieser letzten Frage darum, ob das englische Recht eine vom Recht der Teilnahme (*law of complicity*) gesonderte Lehre des gemeinsamen Unternehmens (*doctrine of common purpose*) kennt oder ob die Konstellationen des gemeinsamen Tatplans lediglich eine Variante des Rechts der Teilnahme ist, so dass eventuell bestehende Besonderheiten auf alle Teilnahmekonstellationen übertragen werden können.

aa) Sachverhaltscharakteristika der Konstellation eines *joint enterprise*

Die bereits oben skizzierten Merkmale eines *joint enterprise* sollen im Folgenden präzisiert werden. Bei der Charakterisierung eines *joint enterprise* ist von dem typischen Sachverhalt und den ebenso typischen Einlassungen der Beteiligten auszugehen. Drei Beteiligte A, B und C haben sich auf die Begehung einer Straftat X im Wege arbeitsteiligen Vorgehens geeinigt. Bei der Tat X handelt es sich zumeist um Raub (*robbery*) oder Einbruchdiebstahl (*burglary*). In der Umsetzung dieser Vereinbarung hat C gelegentlich eine weitere Straftat Y (*collateral offence*, im Folgenden Begleittat genannt) verwirklicht. Fast immer wird eine Person getötet. Die Straftat X kann ebenfalls begangen worden sein, doch ist das gleichgültig. A, B und C werden sowohl Straftat X als auch Straftat Y zur Last gelegt. Im Prozess berufen sich A und B darauf, dass die Verwirklichung der Straftat Y nicht Gegenstand der Vereinbarung gewesen sei und sie folglich von der Verwirklichung des Delikts gar nichts gewusst hätten. Es geht hier im Kern immer um die Frage, ob die Tat Y noch vom Vorsatz von A und B umfasst gewesen ist.

Entscheidend wichtig für die Einordnung eines Sachverhalts unter Beteiligung mehrerer als *joint enterprise* ist eine gemeinsame Vereinbarung, ein intellektueller Kontakt zwischen allen Beteiligten (*agreement, arrangement, understanding*). Im Wege dieses Kontakts muss vereinbart werden, dass sie ein gemeinsames Ziel (*common purpose*) verfolgen wollen. Die Verwirklichung dieses Ziels beinhaltet die Begehung einer Straftat im Wege eines gemeinsamen Vorgehens (*concert, community of purpose*).⁵⁵⁹ Die Vereinbarung kann ausdrücklich, aber auch stillschweigend getroffen werden. Es genügt dabei, dem jeweils anderen zu bedeuten, man erkenne, was er vorhabe, und handle mit dem gleichen Ziel.⁵⁶⁰

Es ist bislang keine Entscheidung der höheren Gerichte ergangen, in der einer Vereinbarung, die getroffen wurde, nachdem einer der Beteiligten bereits mit den tatbestandlichen Ausführungshandlungen begonnen hatte, die Wirkung zuerkannt wurde, ein *joint enterprise* zwischen den Beteiligten zu begründen. Dennoch soll

⁵⁵⁹ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 220, Anm. 158.

⁵⁶⁰ MOLAN, MICHAEL T.: Criminal Law, 3. Auflage London 2001, S. 379.

eine sukzessive Beteiligung an einem *joint enterprise* möglich sein.⁵⁶¹ Die Grenze muss hier wohl ebenso wie bei den „normalen Fällen“ der Teilnahme gezogen werden. Ist ein Erfolg eingetreten, so kann er nicht mehr durch den anderen Beteiligten mit der Wirkung gebilligt werden, dass der Beteiligte wegen dieser Tat neben dem Täter zu bestrafen ist. Hingegen kann eine spontane Übereinkunft zwischen den Beteiligten noch am Tatort, aber vor Beginn der tatbestandlichen Ausführungshandlungen getroffen werden. Ob diese Vereinbarung getroffen worden ist, ist Tatsachenfrage und von der Jury zu beantworten. Das Zusammenwirken am Tatort kann jedenfalls ein Indiz sein, von dem die Jury auf das Vorliegen eines gemeinsamen Tatplans schließen kann.⁵⁶²

Handeln mehrere Personen am Tatort zusammen, ohne dass ein gemeinsamer Tatplan vorliegt, so können sie selbst Täter und Teilnehmer an der Tat des anderen sein, indem sie ihn durch ihre Anwesenheit und ihr Verhalten zu seiner Tat ermutigen. Das ist aber kein Fall eines *joint enterprise*, sondern normale Teilnahme.⁵⁶³

Ob die Anwesenheit am Tatort bei der Ausführungshandlung im Konzept des *joint enterprise* eine neue Bedeutung gewonnen hat, nachdem die Anwesenheit als wichtiges Merkmal zur Unterscheidung zwischen dem *principal of the first degree* und den *accessories* mit der Abschaffung dieser Klassifizierung irrelevant geworden ist, kann nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden. Einerseits deuten die Sachverhalte der Entscheidungen *Stewart and Schofield* und *Powell and another; English* darauf hin, dass die Anwesenheit aller Beteiligten konstituierendes Element eines *joint enterprise* ist. Andererseits haben die englischen Gerichte ein gemeinschaftliches Unternehmen auch angenommen, wenn nicht alle durch einen Tatplan miteinander verbundenen Beteiligten am Tatort anwesend gewesen sind.⁵⁶⁴ Die Anwesenheit ist zumindest keine unerlässliche Voraussetzung eines gemeinschaftlichen Unternehmens. Ob die Beteiligten in einem *joint enterprise* verbunden waren, ist Tatsachenfrage und muss somit der Jury zur Beurteilung vorgelegt werden. Der Richter hat die Jury dahingehend zu belehren, dass sie ein *joint enterprise* annehmen können, wenn sie überzeugt sind, dass die Teilnehmer ein gemeinsames Ziel verfolgt haben und wenn sie mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung durch ihr Handeln konkludent eine Vereinbarung getroffen haben.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 220. In der Sache *Grundy* (1989) 89 Cr. App. Rep. 333 war ein Sachverhalt zu beurteilen, in dem die Beteiligten einen gemeinsamen Tatplan vereinbarten, nachdem es bereits zu tatbestandlichen Ausführungshandlungen gekommen war.

⁵⁶² *Uddin* [1998] 2 All E.R. 744, 751; dazu BEAUMONT, JOHN: *Accomplices and Liability for Joint Enterprises*, in: (1999) 63 J.C.L. 166ff., 168f.

⁵⁶³ *Uddin* [1998] 2 All E.R. 744, 751; vgl. *Greatrex* [1999] Cr.App.R. 126, 138 (C.A.).

⁵⁶⁴ *Rook* [1994] 97 Cr.App.R. 327 (CA).

⁵⁶⁵ *Peters and Parfitt* [1995] Crim.L.R. 501.

bb) Besonderheiten des *actus reus*

Das Recht der Teilnahme hält nach traditionellem Verständnis ausschließlich die vier in s. 8 Aiders and Abettors Act 1861 genannten Teilnahmemodi bereit: *aid*, *abet*, *counsel* und *procure*. Aufgrund der Entscheidung in *Stewart and Schofield*⁵⁶⁶ ist vertreten worden, dass im Falle eines *joint enterprise* der *actus reus* auch in anderen Formen vorliegen kann.

Der Court of Appeal führte in seiner Urteilsbegründung aus:

*The allegation that a defendant took part in the execution of a crime as a joint enterprise is not the same as an allegation that he aided, abetted, counselled or procured the commission of that crime. A person who is a mere aider or abettor etc is truly a secondary party to the commission of whatever crime it is that the principal has committed although he may be charged as a principal. If the principal has committed the crime of murder, the liability of the secondary party can only be a liability for aiding and abetting murder. In contrast, where the allegation is joint enterprise, the allegation is that one defendant participated in the criminal act of another. This is a different principle. It renders each of the parties to a joint enterprise criminally liable for the acts done in the course of carrying out that joint enterprise.*⁵⁶⁷

Diese Ausführungen sind wichtig, weil mit ihnen ein neuer Typ der Beteiligtenverantwortlichkeit begründet zu werden scheint. Ausdrücklich unterscheidet das Gericht zwischen einer Teilnahme im Wege des *aid*, *abet* *counsel* und *procure* und der Beteiligung im Wege eines *joint enterprise*. Die Gegensatzbildung im Urteil zwischen einer Person, die wirklich als Teilnehmer anzusehen ist (... *is truly a secondary party to the commission of whatever crime* ...), und einer solchen, die an der Straftat eines anderen beteiligt ist, zeigt, dass hier nach der Vorstellung des Gerichts zwei verschiedene Haftungskonzepte wirksam sein sollen. Implizit schließt das Gericht mit seiner Aussage aus, dass der *actus reus* des *joint enterprise* dieselben Voraussetzungen hat wie der der Teilnahme. Denn es handelt sich um einen anderen Vorwurf (*allegation*) als den, dem Täter vor oder während der Tat physisch oder psychisch Hilfe geleistet, ihn angestiftet oder seine Tat hervorgebracht zu haben.

Nach den getroffenen Feststellungen und der Einordnung des *joint enterprise* als ein *aliud* zu der Teilnahme im Wege des *aiding* und *abetting* bleibt hier als von Stewart und Schofield verwirklichter *actus reus* hinsichtlich des Totschlags allein die Verabredung des gemeinsamen Tatplans und die Mitwirkung bei der Ausführung dieses Tatplans übrig. Eine tatsächliche Hilfeleistung oder Ermutigung zur Tat

⁵⁶⁶ *Stewart and Schofield* [1995] 3 All E.R. 159.

⁵⁶⁷ *Stewart and Schofield* [1995] 3 All E.R. 159, 165 d, e.

wird im Rahmen eines *joint enterprise* nicht vorausgesetzt.⁵⁶⁸ Die vier Teilnahmeformen *aid*, *abet*, *counsel* und *procure* werden dementsprechend in den Urteilsbegründungen der höchsten Gerichte nicht erwähnt, wenn eine Konstellation eines *joint enterprise* angenommen worden ist.⁵⁶⁹ Hingegen werden die Beteiligten wie die Teilnehmer in den Fällen normaler Teilnahme (*accessories*) bezeichnet.⁵⁷⁰

Zur Verdeutlichung sei nochmals angemerkt, dass es hier auch nicht um eine Form der Mittäterschaft geht. Die Terminologie ist von den Gerichten bewusst gewählt worden. Das englische Recht erkennt mit seinem grundsätzlich restriktiven Täterbegriff die Möglichkeit der Mittäterschaft nur bei einer zumindest teilweisen Verwirklichung der *actus reus* durch jeden der Mittäter an. Gerade das ist in den vorliegenden Konstellationen nicht der Fall.

cc) Die *mens rea* der Beteiligten an einem *joint enterprise*

In den Fällen der normalen Teilnahme sind die Absicht des Teilnehmers und die eigene Teilnahmehandlung vorzunehmen. Außerdem soll auch das Wissen über die den *actus reus* des Delikts ausfüllenden Umstände, die als Voraussetzungen der *mens rea* des Teilnehmers identifiziert worden sind, geprüft werden. Der Teilnehmer muss wissen, dass der Täter ein Delikt einer bestimmten Art von Straftaten (*type of offence*) oder ein Delikt aus einer bestimmten Gruppe von Delikten (*shopping list*) verwirklichen wird. Zudem muss er wissen, dass der Täter mit der für das Delikt vorausgesetzten *mens rea* handeln werde. *Recklessness* selbst reicht nicht aus, um an die Stelle der Kenntnis zu treten, doch kann sie die Kenntnis des Teilnehmers indizieren.

(1) *Foresight / contemplation* des täterischen Verhaltens

Grundsätzlich wird in den Konstellationen des *joint enterprise* die Annahme einer Gefahr, dass ein bestimmter Erfolg eintreten oder der Täter in bestimmter Weise handeln werde (*foresight*), als hinreichend erachtet, um die Voraussetzungen der *mens rea* zu erfüllen.

⁵⁶⁸ Ebenso der High Court of Australia: *McAuliffe v R* (1995) 69 ALJR 621.

⁵⁶⁹ Vgl. Lord Lane in *Hyde* (1991) 92 Cr.App.R. 131, 135, 139: ... As Professor Smith points out, B has in those circumstances lent himself to the enterprise and by so doing he has given assistance and encouragement to A in carrying out an enterprise which B realises may involve murder. Außerdem *Betty* (1964) 48 Cr.App.R. 6, 8: Der Tatrichter ging hier davon aus, dass die Anwesenheit *encouragement* sei. Diese Entscheidungen sind aber vor der in ihren Formulierungen sehr deutlichen Entscheidung in *Stewart and Schofield* [1995] 3 All E.R. 159 ergangen. Danach finden sich keine solchen gemischten Anwendungen beider Lehren mehr.

⁵⁷⁰ *Powell and another* [1996] 1 Cr.App.R. 14.

(a) *Chan Wing-siu*⁵⁷¹

Der vorgenannte Grundsatz wurde in der Sache *Chan Wing-siu*⁵⁷² aufgestellt und seither in zahlreichen Entscheidungen bestätigt.⁵⁷³ Der Entscheidung liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Drei Personen A, B und C begaben sich zum Haus eines vierten D. Jeder der drei hatte ein Messer bei sich. Sie wollten D ausrauben und klingelten an dessen Wohnungstür, die von der Ehefrau des D geöffnet wurde. C bewachte die Ehefrau des D, während A und B den D in die Küche drängten, wo sie ihn erstachen. Beim Verlassen der Wohnung verletzten sie Ds Frau mit ihren Messern am Kopf. Nur A und B gestanden der Polizei gegenüber, sie hätten gewusst, dass alle drei bewaffnet gewesen wären. Alle drei wurden wegen Mordes (*murder*) und schwerer Körperverletzung (*wounding with intent to do grievous bodily harm*) angeklagt. Der Richter belehrte die Jury, dass sie alle drei wegen beider Anklagepunkte für schuldig befinden könnten, wenn die drei Angeklagten damit gerechnet hatten (*contemplate*), dass ein Messer im Verlauf des Geschehens eingesetzt werden könnte. Nach erfolgloser Rechtsmitteleinlegung zum Court of Appeal of Hongkong wandten sich die Rechtsmittelführer an den Privy Council. Sie machten geltend, dass, wenn drei Personen sich verabredet hätten, einen Raub zu begehen, alle nur dann für einen von einem von ihnen verwirklichten Mord bestraft werden könnten, wenn sich alle nicht nur der Möglichkeit (*possibility*), sondern der größer als fünfzigprozentigen Wahrscheinlichkeit (*probability*) bewusst gewesen seien, dass unter bestimmten Bedingungen der Mord von einem der Teilnehmer verwirklicht würde und sie dennoch weiter im Rahmen der gemeinschaftlichen Unternehmung gehandelt hätten.⁵⁷⁴ Das sei aber nicht der Fall gewesen, da sie einen Mord und eine Körperverletzung als unwahrscheinlich angesehen hätten.

Der Privy Council wollte dieser komplizierten und praktisch nur schwer handzuhabenden Ansicht der Verteidigung nicht folgen:

In considering that argument it should first be recalled that a person acting in concert with the primary offender may become a party to the crime, whether or not present at the time of its commission, by activities variously described as aiding, abetting, counselling, inciting or procuring it. In the typical case in that class, the same or the same type of offence is actually intended by all the parties acting in concert. In view of the terms of the directions to the jury here, the Crown does not seek to support the present convictions on that ground. The case must depend rather on

⁵⁷¹ [1985] A.C. 168.

⁵⁷² [1985] A.C. 168.

⁵⁷³ *Hui Chi Ming v. R* (1992) 94 Cr.App.R. 236; *Roberts* (1993) 96 Cr.App.R. 291; *Rook* (1993) 97 Cr.App.R. 327, 331; *Day*, zit. nach *Powell and another* [1996] 1 Cr.App.R. 14, 19 A (CA); *O'Brien* [1995] 2 Cr.App.R. 649.

⁵⁷⁴ *Chan Wing-Siu v. The Queen* (P.C.) [1985] 1 A.C. 168, 171 B – E.

the wider principle whereby a secondary party is criminally liable for acts by the primary offender of a type which the former foresees but does not necessarily intend.

That there is such a principle is not in doubt. It turns on contemplation or, putting the same idea in other words, authorisation, which may be express but is more usually implied. It meets the case of a crime foreseen as a possible incident of the common unlawful enterprise. The criminal culpability lies in participating in the venture with that foresight.⁵⁷⁵

Where a man lends himself to a criminal enterprise knowing that potentially murderous weapons are to be carried, and in the event they are in fact used by his partner with an intent sufficient for murder, he should not escape the consequences by reliance upon a nuance of prior assessment, only too likely to have been optimistic.⁵⁷⁶

Im Zusammenhang mit der Frage, welches Verhalten des Täters noch vom Vorsatz des Teilnehmers gedeckt ist, so dass auch der Teilnehmer für die strafbaren Handlungen des Täters verantwortlich ist, hat der Privy Council die *mens rea* des Teilnehmers an einem *joint enterprise* abweichend von den normalen Fällen der Teilnahme definiert. Diese Entscheidung und mit ihr viele weitere⁵⁷⁷ setzen für die *mens rea* des Teilnehmers am *joint enterprise* voraus, dass der Teilnehmer ein tatsächliches Risiko der Deliktsverwirklichung durch den Täter vorausgesehen oder erwogen hat. Unerheblich ist, ob dieses Risiko als möglich oder als wahrscheinlich erkannt wurde.

Grundlage der Entscheidung *Hyde and Others*⁵⁷⁸ des Court of Appeal war der folgende Sachverhalt, dessen Entscheidung die Voraussetzungen einer Teilnahme strafbarkeit bei einem *joint enterprise* präzisiert. Die drei Rechtsmittelführer Hyde, Sussex und Collins hatten vor einem Pub gemeinsam den Gallagher getreten. Gallagher erlitt Kopfverletzungen, die schließlich zu seinem Tod führten. Alle drei wurden des Mordes angeklagt und für schuldig befunden, wobei unklar war, wer den tödlichen Tritt ausgeführt hatte. Bei der Belehrung der Jury führte der Richter aus:

We may summarise it shortly by saying that if all three intended to do grievous bodily harm, then that is that, they are all guilty of murder. If they did not but one of them decided to do it,

⁵⁷⁵ *Chan Wing-Siu v. The Queen* (P.C.) [1985] 1 A.C. 168, 175 F und G.

⁵⁷⁶ *Chan Wing-Siu v. The Queen* (P.C.) [1985] 1 A.C. 168, 176 D.

⁵⁷⁷ *Ward* [1987] Crim.L.R. 338; *Slack* [1989] 3 All E.R. 90; *Wakely* [1990] Crim.L.R. 119; *Hyde* [1991] Crim.L.R. 133; *Rook* (1993) 97 Cr.App.R. 14; *O'Brien* [1995] 2 Cr.App.R. 649.

⁵⁷⁸ [1991] 1 Q.B. 134 (CA).

*then if either of the others can be shown to have had the same intention, inasmuch as he foresaw the real possibility that that might be the result of the fight which he was putting in train, then he too shares in the responsibility as in common sense he must.*⁵⁷⁹

Der Richter forderte hier ein tatsächliches Risiko der Verwirklichung einer gefährlichen Handlung.

In gleicher Weise wurde der Fall *Wan and Chan*⁵⁸⁰ entschieden. Die Rechtsmittelführer griffen hier ihre Verurteilung an, weil der Richter die Jury nicht belehrt hatte, dass eine Verurteilung nur möglich sei, wenn die Angeklagten nicht wenigstens vorausgesehen hatten, dass ein handfestes Risiko bestanden habe, die Schläger würden der Frau schwere Verletzungen zufügen.

(b) *Powell and another; English*⁵⁸¹

In der Entscheidung *Powell and another; English*⁵⁸² wurden die Voraussetzungen der *mens rea* des an einem gemeinschaftlichen Unternehmen Beteiligten weiter präzisiert. Diese Doppelentscheidung des House of Lords ist als maßgeblich für die dort behandelten Zweifelsfragen, insbesondere für die Bestimmung der Reichweite der *mens rea* der Beteiligten bei gemeinschaftlichen Unternehmungen, anzusehen.⁵⁸³ Der ersten dieser beiden Entscheidungen lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Powell und Daniels hatten sich in Begleitung eines Dritten zu einem Dealer begeben, um Drogen zu kaufen. Sie wussten, dass der Dritte mit einer Pistole bewaffnet war, und hatten es als möglich angesehen, dass der Dritte mit dieser Pistole auch töten würde. Der Dritte erschoss den Dealer, als dieser die Tür öffnete. Powell und Daniels wurden des Mordes für schuldig befunden und legten nach Zurückweisung ihres Rechtsmittels durch den Court of Appeal ein weiteres Rechtsmittel zum House of Lords ein. Die Law Lords befanden, dass es für eine Verurteilung wegen Mordes im Wege eines gemeinsamen Unternehmens⁵⁸⁴ ausreiche, wenn der Beteiligte die tatsächliche Möglichkeit der Verwirklichung einer im gemeinsamen Tatplan nicht als Ziel des gemeinsamen Tätigwerdens vereinbarten Straftat vorausgesehen habe.⁵⁸⁵ Insoweit wurde die seit *Chan Wing-Siu* bestehende Rechtsprechung zum Vorsatz des Teilnehmers bestätigt. Der Teilnehmer hat mit der erforderlichen *mens rea* gehandelt, wenn er die nicht vom Tatplan erfasste Straftat als möglichen Zwischenfall bei der Umsetzung des Tatplans erkannt habe,

⁵⁷⁹ *Hyde* [1991] 1 Q.B. 134, 137 H.

⁵⁸⁰ *Wan and Chan* [1995] Crim.L.R. 297, 298.

⁵⁸¹ [1997] 4 All E.R. 545 (HL).

⁵⁸² [1997] 4 All E.R. 545 (HL).

⁵⁸³ RICHARDSON, P. J. (Hrsg.): Archbold, London 2004, Rz. 19-23.

⁵⁸⁴ Lord Hutton sieht den Drogenkauf als gemeinschaftliches Unternehmen an, *Powell and another* [1997] 4 All E.R. 545, 553 a (HL).

⁵⁸⁵ *Powell and another* [1997] 4 All E.R. 545, 551 b (HL).

... unless the risk was so remote that the jury take the view that the secondary party genuinely dismissed it as altogether negligible.⁵⁸⁶

Der Teilnehmer hat sich, wenn er die Möglichkeit eines solchen Verhaltens des Täters erwogen hat, lediglich dann nicht strafbar gemacht, wenn er sie nach Überzeugung der Jury als völlig fernliegend verworfen hat.⁵⁸⁷

Das House of Lords befand, dass die Urteile gegen die Rechtsmittelführer in den Vorinstanzen diesen Grundsätzen entsprächen und somit zu Recht ergangen seien. Die Möglichkeit eines Mordes hätten Powell und Daniels nachweislich erkannt und seien deshalb rechtsfehlerfrei verurteilt worden. Der Minimalstandard der *mens rea* im Falle eines gemeinsamen Unternehmens ist das Erkennen einer Möglichkeit oder einer Gefahr, dass der Täter die Handlung begehen werde, die den *actus reus* der Begleittat erfüllt. Der Teilnehmer kann aufgrund dieser Rechtsprechung wegen der Teilnahme an einem Mord zu einer ebenso hohen Strafe verurteilt werden wie der Täter, obgleich die Anklage nicht den für den (täterschaftlich begangenen) Mord erforderlichen Vorsatz nachgewiesen hat: Ein Schuldspruch wegen eines täterschaftlich begangenen Mordes (*murder*) kann ergehen, wenn der Angeklagte den Tod eines Menschen absichtlich (*intentionally*) oder mit der Absicht, ihm eine schwere Verletzung (*serious bodily harm*) zuzufügen, verursacht hat. Für die Verurteilung des Beteiligten, dem die Beteiligung an einem Mord im Wege eines *joint enterprise* vorgeworfen wird, reicht es hingegen aus, dass er den gemeinsamen Tatplan billigt und die Gefahr sieht, der andere werde töten, und sich in Erkenntnis diese Gefahr dennoch weiter an dem gemeinsamen Unternehmen beteiligt.⁵⁸⁸ Die Voraussicht dieser Gefahr braucht er dem Täter gegenüber nicht ausdrücklich oder konkludent geäußert zu haben. Vor allem aber muss er keine Handlung im Sinne eines *aiding* oder *abetting* im Hinblick auf die Begleittat vorgenommen haben.

(c) Indizien für die Voraussicht des am *joint enterprise* Beteiligten: Die Belehrung der Jury und die Voraussetzungen der *mens rea*

Oftmals wird es so sein, dass der an einem *joint enterprise* Beteiligte nicht vorausgesehen hat, dass der Täter möglicherweise ein bestimmtes Delikt verwirklichen wird. In diesem Fall kann er sich nicht auf fehlenden Vorsatz berufen, indem er geltend macht, er habe nicht gewusst, dass der Täter gerade dieses Delikt verwirklichen werde. Abweichend von Teilnahmefällen reicht es für eine Bejahung der *mens rea* bei den Konstellationen eines *joint enterprise* aus, dass der Teilnehmer die Gefahr gesehen hat, der Täter werde möglicherweise eines von einer bestimmten Art von

⁵⁸⁶ *Powell and another* [1997] 4 All E.R. 545, 566 g (HL).

⁵⁸⁷ Ebenso *Roberts* (1993) 96 Cr.App.R. 291.

⁵⁸⁸ Vgl. dagegen die nun gegenstandlosen Entscheidungen *Barr* (1989) 88 Cr.App.R. 362; *Smith* [1988] Crim.L.R. 102 die zumindest für gemeinschaftliche Unternehmungen die Voraussetzung statuierten, Täter und Teilnehmer müssten mit der gleichen *mens rea* gehandelt haben.

Handlung (*type of act*) begehen.⁵⁸⁹ Vor dem Hintergrund des Sachverhalts der zweiten Entscheidung in *Powell and another; English*⁵⁹⁰ entwickelte das House of Lords einen Grundsatz, nach dem bestimmt werden kann, welche Art von Handlung als noch von der Vorstellung des Teilnehmers umfasst angesehen werden kann. In *English* hatten English und Weddle gemäß ihrer Verabredung einen Polizisten mit Holzpfeilen angegriffen. English ging davon aus, dass sie den Polizisten zusammenschlagen wollten. Er wusste nicht, dass Weddle ein Messer bei sich hatte, mit dem er den Polizisten im Verlauf ihres gemeinsamen Angriffs erstach. Beide wurden wegen Mordes angeklagt. English legte erfolglos Rechtsmittel zum Court of Appeal ein und wandte sich dann an das House of Lords. Problematisch war die Tatsache, dass die Verwendung der Holzpfeile zwar nicht typischerweise, aber bei entsprechender Einsatzart wie zum Beispiel bei Schlägen gegen den Kopf des Opfers, ebenso wie die Verwendung eines Messers die Gefahr in sich trug, tödliche Verletzungen zuzufügen. Allein vom möglichen Erfolg her betrachtet, konnte kein Unterschied zwischen dem bestehen, was English für möglich gehalten hatte und was dann tatsächlich eingetreten war. Dennoch hatte Englishs Rechtsmittel Erfolg. Lord Hutton stimmte der Rechtsauffassung der Verteidigung zu:

*(T)he secondary party must foresee an act of the type which the principal party commits, and in the instant case the use of a knife is fundamentally different to the use of a wooden post.*⁵⁹¹

Der Teilnehmer ist dann nicht mehr verantwortlich, wenn eine Handlung „grundsätzlich verschieden“ (*fundamentally different*) von dem ist, was er sich als möglich vorgestellt hat. Englishs Rechtsmittel war erfolgreich, weil er ohne die erforderliche *mens rea* für die Teilnahme am Mord schuldig gesprochen worden war.

Die verwendeten Werkzeuge oder Waffen sind ein wichtiger Faktor bei der Beurteilung, ob das in Frage stehende Handeln des Täters von dem Teilnehmer als möglicher Zwischenfall der Verwirklichung des Tatplans erkannt worden ist. Weiß der Teilnehmer um das Vorhandensein von Holzknüppeln, mit denen je nach Einsatzart auch tödliche Verletzungen zugefügt werden können, hat aber ein anderer an dem *joint enterprise* Beteiligter ein Messer bei sich und ersticht das Opfer, so sind die anderen, die von dem Messer nichts wussten, nicht wegen der Tötung zu bestrafen. Die Verwendung des Messers ist eine andere Art von Handlung als das Verprügeln des Opfers mit Holzknüppeln. Hat ein Teilnehmer nur von den Holzknüppeln gewusst, so hat er sich ohne den notwendigen Vorsatz an dem gemeinschaftlichen Unternehmen beteiligt, bei dem schließlich Messer eingesetzt werden.

⁵⁸⁹ *Chan Wing-Siu v The Queen* (P.C.) [1985] 1 A.C. 168, 175

⁵⁹⁰ [1997] 4 All E.R. 545 (HL).

⁵⁹¹ *Powell and another; English* [1997] 4 All E.R. 545, 564 c (HL).

Sieht der Teilnehmer die Gefahr, dass der andere einen bestimmten Gegenstand verwenden werde, verwendet der andere aber eine anderen, typischerweise ebenso gefährlichen Gegenstand, so steht das der Bejahung der *mens rea* nicht entgegen:

*... if the weapon used by the primary party is different to, but equally as dangerous as the weapon which the secondary party contemplated he might use, the secondary party should not escape liability for murder because of the difference in the weapon, for example if he foresaw that the primary party might use a gun to kill and the latter used a knife to kill, or vice versa.*⁵⁹²

Maßgeblich für eine Charakterisierung ist danach nicht allein der Erfolg einer Handlung (z.B. Tötungsdelikt), sondern die Begehungsweise und die ihr typischerweise innewohnende Gefahr eines Erfolgseintritts.⁵⁹³

In *Uddin*⁵⁹⁴ wurden Leitlinien für die Belehrung der Jury im Hinblick auf die Feststellung der *mens rea* des Teilnehmers entwickelt. Bei der Belehrung der Jury kann auf die Art der verwendeten Waffen abgestellt werden, deren Vorhandensein dem Teilnehmer bekannt ist. Konsequenz ist die Anwendung dieser Regel im Zusammenspiel mit der gleichen Bestrafung aller Beteiligten, wenn ungewiss ist, wer von den am *joint enterprise* Beteiligten den *actus reus* des Begleitdelikts verwirklicht hat. In diesem Fall kann die Jury alle Beteiligten des Begleitdelikts für schuldig befinden, wenn sie es als erwiesen ansieht, dass alle die Handlung als möglich vorausgesehen haben, die zur Verwirklichung des Begleitdelikts geführt hat.⁵⁹⁵

Ebenso ist es nicht Voraussetzung der *mens rea* des Teilnehmers an einem gemeinschaftlichen Unternehmen, dass er weiß, wer von den anderen Beteiligten möglicherweise die Handlung, die die Merkmale des *actus reus* des Begleitdelikts erfüllt, vornehmen wird.⁵⁹⁶

(d) Verantwortlichkeit für Erfolge/Handlungen, die der Teilnehmer nicht vorhergesehen hat?

Formulierungen in einer Reihe von Entscheidungen legen es nahe, dass die Voraussetzung der *mens rea* für die Verantwortlichkeit des Teilnehmers durch eine rein objektive Prüfung ersetzt werden kann.⁵⁹⁷ So ist in diesen Entscheidungen die

⁵⁹² *Powell and another; English* [1997] 4 All E.R. 545, 566 e (HL).

⁵⁹³ BEAUMONT, JOHN: *Accomplices and Liability for Joint Enterprises*, in: (1999) 63 J.C.L. 166ff., 168.

⁵⁹⁴ [1999] 1 Cr.App.R. 319.

⁵⁹⁵ Eine ähnliche, wenngleich abstrakter gehaltene Belehrung findet sich in *Rahman* [2007] EWCA Crim 342.

⁵⁹⁶ *Nelson* [1999] 6 Archbold News 2, CA (9801747 Z5).

⁵⁹⁷ *Smith*, 6.11.1961 (*unreported*) (CA); *Betty* (1964) 48 Cr.App.R. 6; *Reid* (1976) 62 Cr.App.R. 109, *Powell and another* [1997] 4 All E.R. 545 (HL).

Strafbarkeit des Teilnehmers bejaht worden, wenn ein besonnener Dritter an Stelle des Teilnehmers hätte erkennen können, dass die Verfolgung des gemeinsamen Tatplans zu dem verwirklichten Delikt führen würde, auch wenn die Verwirklichung dieses Begleitdelikts nicht angestrebt worden war.⁵⁹⁸ Objektive Fahrlässigkeit würde in einem solchen Fall ausreichen, um den Teilnehmer hinsichtlich aller Erfolge haften zu lassen. Paradigmatisch ist die Entscheidung in der Sache *Stewart and Schofield*.⁵⁹⁹ Die Äusserungen Hobhouse LJ erscheinen wie eine Wiedergabe des englischen Sprichworts *In for a penny, in for a pound*. Wer einmal die bestimmenden Wesenmerkmale eines gemeinschaftlichen Unternehmens erkannt und durch Zustimmung zum Tatplan gebilligt hat, ist für die im Laufe dieses Unternehmens verwirklichten Delikte und die eingetretenen Erfolge verantwortlich. Stewart und Schofield war bekannt, dass ein Laden überfallen und ausgeraubt werden sollte. Dieser Raub war durch das Mitführen von Gegenständen gekennzeichnet, die im Fall ihres Einsatzes geeignet waren, tödliche Verletzungen zuzufügen. Aus der Sicht des House of Lords reichte dies für eine Verantwortlichkeit der Rechtsmittelführer aus. Das höchste englische Gericht ging damit sogar über die Belehrung des Tatrichters hinaus.

Allerdings erscheint es wahrscheinlicher, dass diese Formulierungen als auf das den Beteiligten vorgeworfene Delikt beschränkt anzusehen ist. Die Beteiligten, die den Tatbestand nicht eigenhändig verwirklicht haben, sind des Totschlags für schuldig befunden worden. Es sei in Erinnerung gerufen, dass die Voraussetzungen dieses Delikts nach der Definition in *Church*⁶⁰⁰ erfüllt sind, wenn der Täter eine von einem vernünftigen Dritten an der Stelle des Handelnden als gefährlich einzuschätzende Handlung vornimmt und diese Handlung den Tod des Opfers herbeiführt. Gleiches gilt für die Entscheidungen in den Sachen *Smith*⁶⁰¹, *Betty*⁶⁰², *Reid*⁶⁰³ und *Powell and Daniels*⁶⁰⁴. Auch hier waren die Verurteilungen der Rechtsmittelführer wegen *manslaughter* durch den Court of Appeal überprüft worden.

Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen Hobhouse LJ als Ausführungen zur Frage nach der Verantwortlichkeit der an einem *joint enterprise* Beteiligten für den Fall anzusehen, dass ein durch einen Erfolg qualifiziertes Delikt verwirklicht wird, dessen Erfolg nicht in den Tatplan aufgenommen war.⁶⁰⁵ Tritt dieser Erfolg ein, so gilt der Grundsatz des *in for a penny, in for a pound*. Die Rechtslage in Kons-

⁵⁹⁸ PARSONS, SIMON: Criminal Liability for the Act of Another: Accessorial Liability and the Doctrine of Joint Enterprise, in: [1998] C.L.J. 352ff, 355.

⁵⁹⁹ [1995] 1 Cr.App.R. 441 (CA).

⁶⁰⁰ [1966] 1 Q.B. 59 (CA).

⁶⁰¹ Urt. v. 6.11.1961 (unreported) (CA).

⁶⁰² [1964] 48 Cr.App.R. 6.

⁶⁰³ [1976] 62 Cr.App.R. 109.

⁶⁰⁴ [1996] 1 Cr.App.R. 14 (CA); [1997] 4 All E.R. 545 (HL).

⁶⁰⁵ So Lord Taylor in *Powell and another* [1996] 1 Cr.App.R. 14, 21 B (CA).

tellationen eines *joint enterprise* entspricht somit der in den Fällen der „normalen“ Teilnahme. Dort gilt der das Delikt qualifizierende Erfolg als nicht typbestimmend.

In der gesamten Diskussion wird das bereits aus der Darstellung der Vorsatzform *intention* bekannte Problem virulent, dass ein Hinweis auf die Beweiswürdigung den Blick für die Voraussetzungen der *mens rea* selbst verstellt. Die Teilnahme an einem *joint enterprise* kann den Vorsatz der Teilnehmer hinsichtlich aller verwirklichten Taten indizieren, wenn bewiesen ist, dass ein gemeinsamer Tatplan von den Beteiligten aufgestellt worden ist. Dies bedeutet aber nicht, dass die *mens rea* nicht Voraussetzung der Strafbarkeit jedes einzelnen Beteiligten ist.

(2) Einschränkung des Vorsatzerfordernisses

Schließlich muss noch bemerkt werden, dass entgegen den Äußerungen in einigen älteren Entscheidungen⁶⁰⁶ der Wille des Teilnehmers nicht darauf gerichtet sein muss, gleichsam alle anderen Beteiligten zu ihrem Tun zu ermächtigen (*authorisation*) oder ihr Tun zu billigen.⁶⁰⁷ Dieses Willenselement ist kein Bestandteil der *mens rea*. Zur Illustration dient das folgende Beispiel⁶⁰⁸: Weiß der an einem gemeinschaftlichen Einbruchdiebstahl (*burglary*) beteiligte A, dass der B ein Messer bei sich und eine Veranlagung hat, zur Überwindung jeden Widerstands sofort zuzustechen, so ist auch er des Mordes schuldig, wenn der Täter einen anderen absichtlich ersticht. Wäre eine Ermächtigung des Täters durch den Teilnehmer auch eine Voraussetzung der *mens rea*, so könnte sich der Teilnehmer darauf berufen, dass er ohne die erforderliche *mens rea* gehandelt habe, weil er das Tun des anderen als möglich erkannt, es aber nicht gewollt habe.

c) Unterschiede der Rechtslage bei den gemeinschaftlichen Unternehmungen und den „normalen“ Fällen der Teilnahme

Der *actus reus* der Teilnahme kann gem. Aiders and Abettors Act 1861, s. 8 durch die vier Teilnahmemodi *aid*, *abet*, *counsel* und *procure* erfüllt werden. Die Inhalte dieser Modi sind oben dargelegt worden. Hingegen setzt die Beteiligung an der Begleittat, die infolge eines gemeinschaftlichen Unternehmens verwirklicht wird, keine dieser Verhaltensweisen voraus. Vor allem ist im Rahmen eines *joint enterprise* eine Beteiligung im Wege des *procurement* nur in sehr eingeschränktem Umfang denkbar. Ein intellektueller Kontakt zwischen Täter und Teilnehmer ist in dieser Begehungsform gerade keine Voraussetzung.

⁶⁰⁶ *Anderson and Morris* [1966] 2 Q.B. 110, 118 f; *Chan Wing-Siu v R* [1985] A.C. 168, 175.

⁶⁰⁷ *Hui Chi-Ming v. R* [1992] 1 A.C. 34, (PC); *Powell and another / English* [1997] 4 All E.R. 545, 556ff. (HL); *Day* [2001] Crim.L.R. 984.

⁶⁰⁸ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 222.

Unterschiede ergeben sich auch im Hinblick auf die *mens rea* der Teilnahme. Der Teilnehmer in den klassischen Teilnahmekonstellationen muss mit der auf seine eigene Handlung gerichteten Absicht handeln und dabei im Falle seiner Anwesenheit wissen (*know*) oder im Falle der Teilnahme vor der Haupttat voraussehen (*foresee*) oder damit rechnen (*contemplate*), dass die die Voraussetzungen der Haupttat erfüllenden Umstände vorliegen. Dazu gehören je nach Art des Delikts bestimmte inkriminierte Zustände, Verhaltensweisen, Taterfolge und die *mens rea* des Täters, soweit diese Voraussetzung der Strafbarkeit ist. Ist der Teilnehmer, dem ein gemeinsamer Tatplan mit dem Täter nicht nachgewiesen werden kann, nur dann wegen der Teilnahme am Mord zu bestrafen, wenn er wusste, dass der Täter mit der Absicht zu töten oder der Absicht, das Opfer schwer zu verletzen, die für den Tod des Opfers ursächliche Handlung vornimmt, ist das für die *mens rea* des Teilnehmers an einem *joint enterprise* nicht erforderlich.

Mit welchem Grad der Überzeugung ein Teilnehmer, der vor Verwirklichung der Haupttat tätig wird, diese Umstände annehmen muss, kann anhand der Rechtsprechung nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden. Der Wortsinn der von der Rechtsprechung verwendeten Terminologie verhilft ebensowenig zu der gewünschten Klarheit wie Lösungsvorschläge seitens der Literatur, die mangels Hinweisen in der Rechtsprechung normativer Natur sind und die Rechtslage nicht wiedergeben.

Hingegen muss der Teilnehmer im Rahmen eines *joint enterprise* es lediglich als möglich voraussehen oder in Erwägung ziehen, der Täter der Begleittat werde eine Handlung vornehmen, die die Gefahr der Deliktsverwirklichung in sich trägt. Der Grad der Wahrscheinlichkeit, mit der der Teilnehmer an einem *joint enterprise* die Gefahr, dass die Handlung begangen wird, die die Voraussetzungen des *actus reus* der Begleittat erfüllt, ist nach der verwendeten Terminologie geringer als der für die *mens rea* der normalen Teilnahme vorausgesetzte. In der Entscheidung *Chan Wing-Siu*⁶⁰⁹ wurde es als ausreichend erachtet, dass der Teilnehmer die Möglichkeit der Gefahr einer Handlung vorausgesehen habe. Die Möglichkeit darf jedoch nicht so fernliegend sein, dass der Teilnehmer sie sofort wieder verwirft. Die nachfolgenden Entscheidungen haben teilweise einen höheren Standard der Überzeugung benannt, sich dabei aber auf die Entscheidung *Chan Wing-Siu* berufen und sie bestätigt. Danach muss der dort festgelegte Maßstab als weiterhin verbindliches Minimum an Überzeugung gelten. Demgegenüber legt der natürliche Wortsinn der in den Fällen normaler Teilnahme verwendeten Terminologie (*know*, *contemplate*, *foresee*) eine größere Sicherheit und Überzeugung des Teilnehmers nahe. Vor allem wird hier auf die gewundene und indirekte Formulierung verzichtet, der Teilnehmer müsse die Gefahr für möglich gehalten haben, dass der Täter eine Handlung begehen werde, die die Voraussetzungen des Begleitdelikts erfülle. Gleichwohl muss gesagt werden, dass eine klare und prägnante Entscheidung zum Grad der Überzeugung des Teilnehmers in den Fällen normaler Teilnahme bislang fehlt.

⁶⁰⁹ *Chan Wing-Siu v. The Queen* (P.C.) [1985] 1 A.C. 168.

d) Bewertung

Die in den verschiedenen Entscheidungen zu Tage tretenden Unterschiede bei den Voraussetzungen für eine Teilnehmerstrafbarkeit haben ebenso wie das bereits mehrfach zitierte Urteil von Hobhouse LJ in der Sache *Stewart and Schofield* (*It is a different allegation ...*) auf Seiten der Literatur Anlass zu der Frage gegeben, ob anhand der Konstellationen eines gemeinschaftlichen Unternehmens eine neue, vom Recht der Teilnahme (*law of complicity*) zu unterscheidende Lehre vom gemeinschaftlichen Unternehmen (*doctrine of joint enterprise oder doctrine of common purpose*) durch die Rechtsprechung entwickelt worden sei. Diese Frage nach dem Status einer Lehre vom gemeinschaftlichen Unternehmen ist eng mit der für eine Darstellung der Rechtslage wichtigsten Frage nach der Geltung der Voraussetzungen für die Strafbarkeit des Teilnehmers an einem gemeinschaftlichen Unternehmen für das Recht der Teilnahme insgesamt und der Frage nach einem abweichenden Strafgrund verbunden.

Die Frage nach dem Status der Lehre vom gemeinschaftlichen Unternehmen wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Die Pole des Meinungsspektrums werden einerseits von J.C. SMITH und andererseits von A.P. SIMESTER und G.R. SULLIVAN repräsentiert.

(aa) Die Ansicht J.C. SMITHS

J.C. SMITH ist der Auffassung, dass die Konstellationen des gemeinschaftlichen Unternehmens und ihre rechtliche Behandlung Bestandteil des Rechts der Teilnahme sind.⁶¹⁰ Ausgangspunkt und wichtigstes Argument für diese Ansicht ist seine Kritik an der Äußerung des Richters Hobhouse LJ in der Entscheidung *Stewart und Schofield*:⁶¹¹

*The allegation that a defendant took part in the execution of a crime as joint enterprise is not the same as an allegation that he aided, abetted, counselled or procured the commission of that crime ... In contrast, where the allegation is joint enterprise, the allegation is that one defendant participated in the criminal act of another.*⁶¹²

J.C. SMITH wirft die Frage auf, wie sich eine dritte Form der Beteiligung mehrerer an einer Straftat neben der Teilnahme und der Mittäterschaft bei eigenhändiger Verwirklichung des *actus reus* darstellen sollte. Er entwickelt den Beispielfall von A und B, die verabreden, eine Frau zu vergewaltigen. Wenn A die Frau vergewal-

⁶¹⁰ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 168.

⁶¹¹ [1995] 3 All ER 159.

⁶¹² *Stewart and Schofield* [1995] 3 All ER 159, 165 d,e.

tigt, in welcher Form sollte dann B an dem Geschlechtsverkehr des A teilnehmen, wenn nicht, indem er durch eine der vier Teilnahmeformen *aid*, *abet*, *counsel* oder *procure*⁶¹³ an dessen Tat teilnimmt. Das Recht der Teilnahme lässt sich nach SMITH wie folgt strukturieren: Es sei zwischen den Sachverhalten der Teilnahme zu unterscheiden, in denen die Beteiligten nicht durch einen gemeinsamen Tatplan miteinander verbunden seien, und solchen, in denen die Beteiligten aufgrund eines gemeinsamen Planes tätig werden. Die erste Gruppe setze für die Strafbarkeit des Teilnehmers einen *actus reus* voraus, der sich unter den Tatbestand der s.8 Aiders and Abettors Act 1861 subsumieren lasse. Die *mens rea* setze Absicht hinsichtlich der Teilnahmehandlung und positives Wissen oder Voraussicht hinsichtlich aller Tatumstände der Haupttat voraus. Abweichend von der hier vertretenen Auffassung will J.C.SMITH aber nicht die Möglichkeit ausschließen, dass auch *recklessness* des Teilnehmers hinsichtlich der Tatumstände ausreiche.⁶¹⁴

Die Sachverhaltskonstellationen, in denen Täter und Teilnehmer einen gemeinsamen Tatplan entwickelt und zu dessen Umsetzung gehandelt haben (*joint enterprise*), unterteilt er weiter in zwei Gruppen. Die Erste sei dadurch gekennzeichnet, dass das gemeinschaftliche Unternehmen genauso umgesetzt wird wie im Tatplan vorgesehen. Der Teilnehmer beabsichtige seine Teilnahmehandlung, die einem der Teilnahmemodi entspreche. Der Täter werde wegen der täterschaftlichen Begehung, der Teilnehmer wegen seiner Teilnahmehandlung bestraft. Diesen Fall nennt J.C. SMITH den Grundfall der Teilnehmerstrafbarkeit (*basic accessory liability*).⁶¹⁵ In der zweiten Gruppe, die er als parasitäre Teilnehmerstrafbarkeit (*parasitic accessory liability*) bezeichnet, ist der Teilnehmer auch für die Begleittat verantwortlich. Er hat hinsichtlich dieser Tat keine Teilnahmehandlung vorgenommen, die einem der vier Teilnahmemodi entspricht, und wollte diesbezüglich auch keine Teilnahmehandlung vornehmen. Allerdings wusste er, dass das Risiko bestand, der Täter werde in einer Weise handeln, die zur Verwirklichung des *actus reus* der Begleittat geführt hat. Mit diesem Wissen hat er an der Verwirklichung des Tatplans weiter mitgewirkt. Der Teilnehmer sei nur dann nicht mehr verantwortlich, wenn das Verhalten des Täters grundsätzlich von dem Verhalten verschieden ist, das er sich vorgestellt hat. Die *doctrine of joint enterprise* weist nach seiner Auffassung allein die Besonderheit auf, dass die Anklage nicht die Beweispflicht für den *actus reus* der Teilnahmehandlung hat. Der gemeinsame Tatplan ersetzt diese Voraussetzung.⁶¹⁶ Entsprechend nimmt J.C. SMITH an, dass die Regeln der von ihm sogenannten parasitischen Teilnehmerstrafbarkeit auf das gesamte Recht der Teilnahme an-

⁶¹³ Mit den oben genannten Einschränkungen.

⁶¹⁴ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 162.

⁶¹⁵ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 162.

⁶¹⁶ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 161.

zuwenden seien. Das bedeutet, dass auch ohne einen gemeinsamen Zweck der Teilnehmer wegen des Begleitdelikts zu bestrafen ist, wenn er wenigstens die Möglichkeit vorausgesehen habe, dass der Täter in einer Weise handle, die zur Verwirklichung des *actus reus* des Begleitdelikts, getragen von der vorausgesetzten *mens rea* führen werde.⁶¹⁷ Diese Ansicht stütze die Entscheidung in der Sache *Reardon*.⁶¹⁸

(bb) Die Ansicht A.P. SIMESTERS und G.R. SULLIVANS

SIMESTER und SULLIVAN widersprechen der Ansicht J.C. SMITHS.⁶¹⁹ Es handelt sich ihrer Ansicht nach bei der gemeinschaftlichen Unternehmung nicht um einen Unterfall des Rechts der Teilnahme. Zugunsten ihrer Ansicht führen sie ins Feld, dass in Konstellationen des gemeinschaftlichen Unternehmens (*joint enterprise*) andere Voraussetzungen für die Strafbarkeit des Teilnehmers bestünden als in Fällen der normalen Teilnahme. Es seien keine Teilnahmehandlungen in Form des *aid*, *abet*, *counsel* oder *procure* vonnöten. Eine sich in einem gemeinsamen Tatplan manifestierende Zwecksetzung sei in Fällen der normalen Teilnahme dem Teilnehmer nicht nachzuweisen. Diese gemeinsame Zwecksetzung senke andererseits die Anforderungen an das Wissenselement hinsichtlich der Umstände der Tat. Der Teilnehmer an einem gemeinsamen Unternehmen müsse lediglich die Gefahr erkennen, dass der Täter sich in einer Weise verhalten werde, die zur Verwirklichung des Delikts führt.

Der Grund für diese veränderten Anforderungen liege in der anderen Position des Teilnehmers an einem gemeinschaftlichen Unternehmen. Er wird zum Bestandteil einer Gruppe, die eine Straftat verwirklicht. Diese Position sei auch in „moralischer“ Hinsicht eine andere als die des Teilnehmers, der ohne gemeinsame Zwecksetzung an der Tat des Täters teilnimmt. Eigenständigkeit sei dessen wichtigstes Kennzeichen zur Abgrenzung gegen den Teilnehmer an einem gemeinschaftlichen Unternehmen. Die Gruppenbildung gelte zum Zwecke der Deliktsverwirklichung, und die Deliktsverwirklichung in der Gruppe werde im englischen Recht als größeres Unrecht angesehen als die Tat des Einzelnen. Gruppen stellen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar, die durch eine Verfolgung und Bestrafung der Gruppenmitglieder allein als Individuen nur unzureichend erfasst werde. Der Unwertgehalt des Handelns in der Gruppe sei höher als der, des strafbaren Verhaltens eines Einzelnen.

Gemeinschaftliche Unternehmen seien darüber hinaus „strukturell“ von den Fällen der normalen Teilnahme zu unterscheiden. SIMESTER und SULLIVAN weisen darauf hin, dass ein gemeinschaftliches Unternehmen im Gegensatz zur Teilnahme in den normalen Fällen zwei Delikte beinhalte: Das Delikt, auf dessen gemeinsame Verwirklichung man sich im Tatplan geeinigt habe, und das Begleitdelikt. An der Bege-

⁶¹⁷ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 163.

⁶¹⁸ [1999] *Crim.L.R.* 392 (CA).

⁶¹⁹ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 219 ff.

hung des Letzteren sei der Teilnehmer nur indirekt beteiligt, weil ihm allein die Eingehung einer Verabredung vorgeworfen werden kann, gelegentlich deren Umsetzung die Begleittat verwirklicht wird. Im Gegensatz dazu solidarisiere sich der Teilnehmer in den Fällen der normalen Teilnahme ganz unmittelbar mit dem Unrecht der Haupttat, indem er gerade an dieser einen Tat teilnimmt.⁶²⁰

(cc) Stellungnahme und eigene Ansicht

Eingangs der eigenen Stellungnahme soll zunächst gesagt werden, was die Teilnahme im Wege eines *joint enterprise* nicht ist. Soweit Hobhouse LJ Äußerung in *Stewart and Schofield*,⁶²¹ die Beteiligung an einem *joint enterprise* sei keine Form der Teilnahme, dahingehend zu verstehen ist, dass die Beteiligten an einem gemeinschaftlichen Unternehmen nicht als Täter und Teilnehmer verantwortlich sind, sondern alle als Täter zu betrachten sind, ist dem entgegenzutreten. Wie oben gezeigt wurde, ist trotz einiger, aber bislang eng begrenzter Ausnahmen, das Kriterium der Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer die Kausalität oder die Eigenhändigkeit des Handelns. Während Täter nur sein kann, wer für den Erfolg in dem Sinne unmittelbar ursächlich geworden ist, dass kein *novus actus interveniens* zwischen das Verhalten des Täters und den Erfolg getreten ist, muss der Teilnehmer – je nach Art der Teilnahme – gar nicht für den Erfolg ursächlich gewesen sein (*aid, abet, counsel*) oder sein Verhalten braucht nicht unmittelbar kausal gewesen sein.⁶²² Die Anforderungen an die Kausalität des Täters für den Erfolgseintritt oder die Eigenhändigkeit der Verwirklichung des *actus reus* sind bei dem, der an einem *joint enterprise* teilnimmt, aber das Begleitdelikt nicht selbst verwirklicht, nicht erfüllt. Er kann nicht aufgrund der Beteiligung als Täter bestraft werden. In dieser Hinsicht ist der Ansicht J.C. SMITHS zuzustimmen. Freilich behaupten auch SIMESTER und SULLIVAN nicht, dass in Konstellationen des gemeinschaftlichen Unternehmens die Verantwortlichkeit aller Beteiligten als Täter begründet sei.

(1) Kritik

Nicht beizupflichten ist J.C. SMITH in seiner Ansicht, dass die Regeln des *joint enterprise*, insbesondere die niedrigeren Voraussetzungen an die *mens rea*, auf das Recht der Teilnahme insgesamt Anwendung finden. J.C. SMITH führt als Beleg für

⁶²⁰ Die Verwendung des Verbs „solidarisieren“ soll keine Nähe zu dem in der deutschen Dogmatik vertretenen Strafgrund der Solidarisierung mit fremdem Unrecht suggerieren, da aus diesem Strafgrund gänzlich andere Voraussetzungen für eine Teilnahme abgeleitet werden als im englischen Strafrecht, wie zum Beispiel die Forderung, der Gehilfe müsse die Tat gerade unter dem Aspekt gefördert haben, der den Kern ihres Unrechts ausmache, vgl. SCHÖNKE, ADOLF: Strafgesetzbuch: Kommentar, 26. Aufl. München 2001, Vorbem. §§ 25ff. Rn. 18 (Cramer/Heine).

⁶²¹ [1995] 3 All ER 159, 165 d, e.

⁶²² Eine Ausnahme besteht hier für die Teilnahmeform *procure*, wenn die Haupttat ein reines Erfolgshaftungsdelikt ist: *Attorney General's Reference* (No 1 of 1975) [1975] Q.B. 773.

diese Behauptung die Entscheidung des Court of Appeal in der Sache *Reardon*⁶²³ an.⁶²⁴ Allerdings steht dieser Argumentation zweierlei entgegen. Erstens kann seine Deutung dieser Entscheidung nicht überzeugen, zweitens hat der Court of Appeal in der neueren Entscheidung *Concannon*⁶²⁵ in einem Diktum die Trennung zwischen den rechtlichen Konzeptionen der Teilnahme (*law of complicity*) und des gemeinschaftlichen Unternehmens (*joint enterprise*) anerkannt.

Der Entscheidung in *Reardon* lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Reardon hielt sich zusammen mit seinem Vater P und seinem Onkel M und T in einem Pub auf. Ebenfalls waren F und C anwesend. Diesen beiden schoss M mit einer Pistole in den Kopf. Beide erlitten tödliche Verletzungen, waren aber noch nicht tot. Reardon und die übrigen Anwesenden halfen M, die tödlich verletzten Opfer in den Hinterhof des Pubs zu tragen und kehrten an die Bar zurück. M folgte etwas später und sagte zu Reardon, dass einer der beiden noch lebe und er ihm sein Messer leihen sollte. M stach mit dem geliehenen Messer jedem der Opfer mehrfach ins Herz, worauf sie verstarben.

Reardon wurde wegen des Mordes sowohl des F als auch des C angeklagt. Die Jury stellte eine Frage an den Richter, dessen Antwort Gegenstand des eingelegten Rechtsmittels ist. Die Frage lautete:

*Bearing in mind the comment 'One of those cunts is still alive', is it correct, should Sean Reardon be found guilty that intent is proven on both counts of murder, where murder is the only conclusion we can reach from the handing over of the knife?*⁶²⁶

Der Jury war unklar, ob sie wegen der ausdrücklichen Benennung nur eines der Opfer den Angeklagten wegen beider Morde verurteilen durften. Der Richter belehrte die Jury daraufhin erneut:

... That is what I said to you in the course of the summing-up. Going specifically to the question which you ask, the position is this. If Sean Reardon handed over the knife realising or contemplating that with it Murray would kill or inflict really serious bodily injury, and Murray does in fact use it to kill or cause really serious injury intending to cause really serious injury, then

⁶²³ <http://www.lexis.nexis.com//professional>. Eine kurze Fassung findet sich in [1999] Crim.L.R. 392.

⁶²⁴ Hinsichtlich der gleichfalls angeführten Entscheidung *Gilmour* [2000] Crim.L.R. 763 (NI CA) genügt der Hinweis, dass eine Zwangssituation oder gar ein Nötigungsnotstand (*duress*) nicht die *mens rea* entfallen lässt. Die Einlassung des Rechtsmittelführers, er habe nur widerwillig mitgemacht, reicht nicht aus, um einen gemeinsamen Zweck zu negieren.

⁶²⁵ [2002] Crim.L.R. 213.

⁶²⁶ <http://www.lexis.nexis.com//professional>. Die Unterstreichungen entsprechen den Unterstreichungen auf dem Originalschriftstück der Jury.

*Sean Reardon was responsible for consequences of Murray's action and if Murray kills two people then Sean Reardon is guilty of murder on both Counts 1 and 2.*⁶²⁷

Reardon legte Rechtsmittel zum Court of Appeal ein. Er begründete das Rechtsmittel unter anderem damit, dass

*what Murray did with the knife was so far outside what was contemplated by the appellant in handing the knife over for use by Murray that it was not part of any concerted action for which the appellant could be found guilty.*⁶²⁸

Der Court of Appeal wies das eingelegte Rechtsmittel zurück und bezog sich dabei auf die *joint enterprise* – Entscheidungen *Chan Wing-Siu*⁶²⁹ und *Powell and Daniels*,⁶³⁰ deren Anwendung durch den Tatrichter hier zu Recht erfolgt sei.

J.C. SMITH ist der Auffassung, dass die Äußerung des M, nur noch einer der beiden sei am Leben, eine Strafbarkeit des Rechtsmittelführers auf Grundlage eines *joint enterprise* hier ausschliesse und der Tatrichter wie der Court of Appeal davon ausgegangen sei, hinsichtlich des zweiten Toten wäre kein gemeinschaftliches Unternehmen angenommen worden. Dennoch seien die Voraussetzungen an die *mens rea* in Konstellationen eines *joint enterprise* geprüft worden. Der Court of Appeal hätte damit die Vereinheitlichung der Rechtsregeln vollzogen.

Dieser Auffassung ist entgegenzutreten. Die Belehrung entspricht den Voraussetzungen an die *mens rea* eines Beteiligten, wie sie in den Entscheidungen *Chan Wing-Siu* und *Powell and Daniels* aufgestellt worden sind. Diese Entscheidungen hatten Konstellationen eines gemeinschaftlichen Unternehmens zum Gegenstand. Die Begründung des Rechtsmittels enthält einen expliziten Verweis auf ein gemeinschaftliches Unternehmen. Die Frage nach einem *joint enterprise* war somit auch Gegenstand des Verfahrens. Schließlich ist die Belehrung der Jury und ihre Billigung durch den Court of Appeal vor den Besonderheiten des Sachverhalts zu verstehen. Der Richter wollte nicht ausschließen, dass trotz dieser Aussage dennoch ein gemeinsamer Zweck zwischen den Beteiligten vereinbart worden war. Diese Deutung erhält vor dem Hintergrund besonderes Gewicht, dass M und der Rechtsmittelführer in einem engen verwandtschaftlichen Verhältnis standen und der Rechtsmittelführer dem M bei der Beseitigung der Opfer aus dem Gastraum geholfen hatte. Zudem wird in der Entscheidung an keiner Stelle ausgeschlossen, dass es sich um ein *joint enterprise* gehandelt hat.

Selbst wenn diese Deutung des Urteils nicht zutreffen sollte, so hat der Court of Appeal hier nicht entschieden, dass Teilnahme und gemeinschaftliche Unterneh-

⁶²⁷ <http://www.lexis.nexis.com/professional>.

⁶²⁸ <http://www.lexis.nexis.com/professional>.

⁶²⁹ [1985] 1 A.C. 168.

⁶³⁰ [1997] 4 All E.R. 545.

men den gleichen Voraussetzungen unterliegen. In der Entscheidung *Concannon*⁶³¹ befand der Court of Appeal, dass die in *Powell and Daniels* zur Behandlung des *joint enterprise* aufgestellten Regelungen nicht gegen Artikel 6 Europäische Menschenrechtskonvention verstoßen, insbesondere nicht die im Verhältnis zum Täter geringeren Anforderungen an die *mens rea* des Teilnehmers an einem Mord (*murder*). Es handele sich um materielles Recht, das in keiner Weise die Fairness des Prozesses beeinflusse.

Der Court of Appeal befand:

*that Parliament had intervened from time to time, e.g. in relation to provocation and diminished responsibility, but had elected not to do so in relation to joint enterprise or secondary participation ...*⁶³²

Diese Formulierung lässt eher an eine vollständige Trennung beider Konstellationen im Sinne *Hobhouse LJ* als an eine inhaltliche Verschmelzung denken.

J.C. SMITHS Argumente für eine völlig gleiche Behandlung des gemeinschaftlichen Unternehmens und den normalen Fällen der Teilnahme können nicht überzeugen. Die Entscheidung in *Reardon* steht im Gegensatz insbesondere zu *Stewart and Schofield* sowie *O'Brien*.⁶³³ Die Aussage, in Fällen eines gemeinschaftlichen Unternehmens sei der Schuldnachweis leichter zu führen als in den Fällen der normalen Teilnahme, ist richtig. Doch sein Wahrheitsgehalt liegt nicht darin, dass es sich um eine Beweisregel handelt, sondern darin, dass die Strafbarkeit des Teilnehmers andere Voraussetzungen hat. Es bleibt dabei, dass je nach Sachverhaltsgestaltung die Voraussetzungen an die Strafbarkeit des Teilnehmers variieren.

(2) Eigene Ansicht

Es bleibt noch die Frage zu beantworten, ob die abweichenden Voraussetzungen der Teilnehmerstrafbarkeit in Konstellationen des gemeinschaftlichen Unternehmens Ausdruck eines anderen als des Haftungsprinzips sind, das der Strafbarkeit des Teilnehmers in den Fällen der normalen Teilnahme zugrunde liegt. Auf die Unterschiede der Voraussetzungen ist hinreichend hingewiesen worden.

Hingegen kann für beide Konstellationen kein unterschiedlicher Strafgrund ausgemacht werden. Nach der hier vertretenen Ansicht ist in der Teilnahme des englischen Strafrechts ein verselbständigtes Teilnehmerdelikt zu sehen, das im Hinblick auf den Strafgrund den unvollständigen Delikten (*inchoate offences*) angenähert ist. Dies gilt nach der Argumentation SIMESTERS und SULLIVANS noch viel mehr als das gemeinschaftliche Unternehmen, dessen Unwertgehalt in der besonderen Gefährlich-

⁶³¹ [2002] Crim.L.R. 213.

⁶³² *Concannon* [2002] Crim.L.R. 213, 214.

⁶³³ *O'Brien* [1995] 2 Cr.App.R. 649.

keit der Bildung von Vereinigungen gesehen und nur noch in geringem Umfang mit der Haupttat in Verbindung gebracht wird. Hier ist die Akzessorietät rein faktischer Natur. Allerdings bestehen die von SIMESTER und SULLIVAN betonten strukturellen Unterschiede. SMITH zeigt zwar, dass Teilnahmefälle, denen eine gemeinsame Absicht zur Tatverwirklichung zugrundeliegt, auch existieren, wenn nur das im Tatplan vereinbarte Delikt verwirklicht wird. Doch werden diese Fälle von der Rechtsprechung nicht als *joint enterprises* bezeichnet. Der strukturelle Unterschied besteht, wenn man wie SIMESTER und SULLIVAN in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung ausschließlich Fälle als gemeinschaftliche Unternehmen bezeichnet, in denen ein Begleitdelikt (*collateral offence*) vom Täter begangen wird.

Es handelt sich nach alledem nicht um zwei nebeneinander stehende Formen der Teilnahme, sondern um verschiedene tatsächliche Konstellationen, zu deren Behandlung die englische Rechtsprechung eine deutlich gemilderte Variante der amerikanischen Pinkerton-Rule⁶³⁴ entwickelt hat. Der Teilnehmer, der sich mit einem anderen zusammenschließt, um eine Straftat zu verwirklichen, soll nicht für jede bei der Verwirklichung des gemeinsamen Tatplans begangene Tat verantwortlich sein. Im Hinblick auf die besondere Gefährlichkeit eines Tätigwerdens mehrerer und deren Verabredung wird aber die Schwelle der Strafbarkeit gesenkt, indem geringere Anforderungen an die *mens rea* gestellt werden.

e) Auswirkung von Abweichungen (*variations*) des Täters auf den Teilnehmer

aa) Bewusste „Abweichung“ des Haupttäters

Die Frage nach den Folgen einer bewussten „Abweichung“ des Täters stellt sich notwendigerweise nur für die gemeinschaftlichen Unternehmen mit ihrem kennzeichnenden Tatplan und kann unter Verweis auf die Ergebnisse der *mens rea* in diesen Fallkonstellationen beantwortet werden. Ist die Handlungsweise des Täters grundsätzlich verschieden von dem, was der Teilnehmer als Gefahr der Verwirklichung des gemeinsamen Ziels für möglich gehalten hat, so ist er wegen der Teilnahme an dieser Tat des Täters nicht zu bestrafen. Liegt die Verhaltensweise des Täters hingegen innerhalb dessen, was der Teilnehmer als möglich erwogen hat, so steht seiner Bestrafung für die Begleittat zumindest nicht die fehlende *mens rea* entgegen.⁶³⁵

In ähnlicher Weise ist der Teilnehmer an einer Tat, die nicht gemeinsames Ziel der Beteiligten gewesen ist und der kein gemeinsamer Tatplan zugrundeliegt, nur für die Taten des Täters verantwortlich, von deren Begehung er gewusst hat, sei es, weil er von der Begehung des gleichen Typs von Delikt ausgegangen ist, sei es,

⁶³⁴ *Pinkerton v. United States* 328 US 640 (1946).

⁶³⁵ *Dunning and Graham* 1985 (*unreported*), zit. nach SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 159; *Powell and another; English* [1997] 4 All E.R. 545.

dass er sich eine Vielzahl konkreter Delikte vorgestellt hat, von denen der Täter eines verwirklicht hat.⁶³⁶

bb) Unvorhergesehene Zwischenfälle bei der Verwirklichung des gemeinsamen Tatplans

Bereits bei der Behandlung des gemeinschaftlichen Unternehmens ist festgestellt worden, dass unvorhergesehene Zwischenfälle, die nicht auf einer bewussten Abweichung des Täters beruhen und auch keinen *error in persona* und keine *aberratio ictus* darstellen, dem Teilnehmer dann vorgeworfen werden können, wenn sie eine unvorhergesehene Folge der Verwirklichung des gemeinsamen Tatplans sind.⁶³⁷ Dieses Problem tritt zumeist im Zusammenhang mit Delikten auf, die durch einen besonderen Taterfolg qualifiziert sind.

cc) Die Auswirkungen von *mistake (error in persona vel obiecto)* und *accident (aberratio ictus)* des Täters auf den Teilnehmer

Die Behandlung dieses Aspekts des Rechts der Teilnahme ist unsicher und die hierzu vertretenen Ansichten sind nur ungenügend durch Entscheidungen der höheren Gerichte oder andere Rechtsquellen wie den Kommentaren älterer Autoren⁶³⁸ abgesichert. Neuere Entscheidungen der höheren Gerichte zu dieser Frage fehlen ganz. Es lassen sich drei maßgebliche Ansichten benennen.

(1) Überwiegende Ansicht

Durch den überwiegenden Teil der Literatur wird vertreten⁶³⁹, dass Fälle, in denen der Täter einem *error in persona (mistake)* unterliegt oder der Angriff auf das Opfer im Wege einer *aberratio ictus* fehlgeht, allein nach den Prinzipien der *transferred malice* gelöst werden.⁶⁴⁰ Bei tatbestandlicher Gleichwertigkeit des Opfers wird der Täter dem *actus reus* und seiner generalisierten *mens rea* gemäß verurteilt. Stiftet A den B an, C zu töten, und tötet B den D entweder, weil er ihn mit C verwechselt oder weil er zwar seinen Angriff gegen C richtet, der Angriff aber fehlgeht und D trifft, so ist er wegen der Teilnahme an dem Delikt zu verurteilen, zu

⁶³⁶ *Bainbridge* [1960] 1 Q.B. 129; *DPP for Northern Ireland v. Maxwell* [1978] 3 All E.R. 1140.

⁶³⁷ *Baldessare* (1930) 22 Cr.App.R. 70; *Anderson and Morris* [1966] 2 Q.B. 110, 118.

⁶³⁸ Vgl. LANHAM, DAVID: *Accomplices and Transferred Malice*, in: [1980] L.Q.R. 110ff., 110 Anm. 1 – 4.

⁶³⁹ SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 159f.

⁶⁴⁰ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. WILLIAMS, GLANVILLE: *Criminal Law – The General Part*, 2. Aufl. London 1961, S. 403

dem er angestiftet hat. Die Rechtslage entspricht insoweit der von der deutschen Rechtsprechung vertretenen Auffassung für den *error in persona* des Täters.⁶⁴¹

(2) K.J.M. SMITHS Auffassung

K.J.M. SMITH ist der Auffassung, dass Fälle willentlicher wie unwillentlicher Abweichung mit Hilfe der *mens rea* zu lösen sind. Die traditionelle Sichtweise unterscheidet bei der Behandlung von Abweichungen zwischen Fragen des *joint enterprise* und Fragen der *variation*. Geht es bei Ersterem um die Frage, ob der Teilnehmer auch für ein anderes und schwereres Delikt als das im gemeinsamen Tatplan verabredete verantwortlich sein kann, wird die Fragestellung bei der zweiten darauf beschränkt, ob der Teilnehmer, der nicht an der Verwirklichung eines gemeinsamen Tatplans teilnimmt, auch im Falle eines *mistakes*, einer *aberratio ictus* oder einer vorsätzlichen Änderung des Verhaltens des Täters für das vom Täter verwirklichte Delikt *error in persona* zu bestrafen ist.⁶⁴²

K.J.M. SMITH will dieser Unterscheidung keine Beachtung mehr schenken. Die *mens rea* des Teilnehmers soll über dessen Strafbarkeit entscheiden. Hinzutreten muss aber die Berücksichtigung der von K.J.M. SMITH vorausgesetzten Kausalität der Teilnahmehandlung für den Erfolg. Dementsprechend stellt er die Frage, welches Verhalten oder welcher Erfolg des täterischen Handelns noch von der *mens rea* des Teilnehmers gedeckt und ob die Teilnahmehandlung als kausal für den infolge des oder der *aberratio ictus* gewesen ist.⁶⁴³

(3) LANHAMs Auffassung

LANHAM schließlich will das Problem durch die Anwendung der alten Autoritäten lösen. Fälle, in denen der Angriff gegen das Opfer abirrt und ein anderes, gleichwertiges Opfer trifft, sollen nach der sogenannten *direct consequences theory* gelöst werden, die PLOWDEN in seinem Kommentar zu der berühmten Entscheidung *Saunders and Archer*⁶⁴⁴ entwickelt hat.⁶⁴⁵ PLOWDEN vertrat die Ansicht, dass ein Teilnehmer für alles zu bestrafen sei, was eine direkte Folge des Versuchs der Tatbegehung durch den Täter gewesen sei.

Dies ist ein rein objektiver Ansatz, denn der Teilnehmer muss die Folgen des Versuchs der Tatbegehung nicht vorausgesehen haben. In gleicher Weise will

⁶⁴¹ BGHSt 37, 214ff. (Hoferben-Fall); BGH NStZ 1998, 294, 295.

⁶⁴² In ähnlicher Weise unterscheidet SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 160.

⁶⁴³ SMITH, K.J.M.: *A Modern Treatise on the Law of Complicity*, Oxford 1991, S. 197, 199, 222ff.

⁶⁴⁴ (1573) 75 ER 706, zit. nach WILLIAMS, GLANVILLE: *Criminal Law – The General Part*, 2. Aufl. London 1961, S. 403.

⁶⁴⁵ LANHAM, DAVID: *Accomplices and Transferred Malice*, in: [1980] L.Q.R. 110ff., 116f, 124f.

LANHAM auch den Fall eines *error in persona vel obiecto* behandelt sehen. Die Verwechslung zweier Personen oder zweier Sachen hat für den Täter genauso wie für den Teilnehmer keine Folgen. Er wird ungeachtet der Verwechslung bestraft.

(4) Stellungnahme und Ergebnis

Die verschiedenen Ansätze kommen zum Teil zu verschiedenen Lösungen. Dabei stellen die Auffassung LANHAMs und K.J.M. SMITHs im Hinblick auf ihre Härte die beiden Extreme dar. LANHAMs Ansicht bedeutet eine rein objektive Verantwortlichkeit des Teilnehmers für alles, was bei dem Versuch der Tatausführung dem Täter widerfährt. K.J.M. SMITH lehnt die Rechtsfigur der *transferred malice* im Allgemeinen und bei der Teilnahme im Besonderen ab. Neben der *mens rea* des Teilnehmers soll über dessen Verantwortlichkeit noch die Kausalität seines Verhaltens für den Erfolgseintritt entscheiden. Nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur soll es allein darauf ankommen, ob angegriffenes und getroffenes Tatobjekt gleichartig sind, um Strafbarkeit des Teilnehmers zu garantieren. Er steht hinsichtlich der Härte seiner Ansicht für den Teilnehmer zwischen den beiden vorgenannten Ansichten. LANHAMs Ansatz leidet darunter, dass er PLOWDENs Aussage zu einem Fall, der auf den ersten Blick keinen *error in persona* oder eine *aberratio ictus* darstellt, zum Ausgangspunkt seiner Auffassung macht. Der Entscheidung *Saunders and Archer* liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Archer hatte Saunders einen Apfel gegeben, mit dem Saunders seine Frau umzubringen beabsichtigte. Er gab seiner Frau auch tatsächlich den Apfel, doch nachdem sie etwas von diesem verzehrt hatte, überließ sie den Rest ihrem Kind, das den Apfel aß. Saunders unternahm aus Angst, sein Plan könne entdeckt werden, nichts und sah zu, wie sein Kind den vergifteten Apfel aß und starb. Das Gericht beschäftigte sich mit der Frage, ob Archer wegen des Mordes an dem Kind Saunders zu bestrafen sei. Archer wurde für nicht schuldig befunden. Nicht einmal PLOWDEN selbst wollte die Entscheidung in *Saunders and Archer* kritisieren, wohl weil er erkannt hat, dass die Anwesenheit Archers den Unterschied zu einem Fall der *aberratio ictus* ausmacht. Durch seine untätige Anwesenheit muss sein Verhalten als willentliche Abweichung vom verabredeten Tatplan gewertet werden.⁶⁴⁶ Dennoch hätte Archer nach LANHAMs Verständnis auf Grundlage des *direct consequences approach* verurteilt werden müssen, da der Tod des Kindes eine direkte Folge der versuchten Tatbegehung gewesen war.⁶⁴⁷ LANHAMs Meinung nach fehlt es an einer Stütze im Recht und muss daher verworfen werden.

Die Ansicht K.J.M. SMITHs kann sich zugute halten lassen, dass sie ein gewisses Maß an dogmatischer Klarheit erzielt. Die Voraussetzungen der *mens rea* des Teilnehmers sind im englischen Recht unabhängig von den Voraussetzungen der *mens*

⁶⁴⁶ So auch SMITH, J.C.: *Smith and Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002, S. 159; WILLIAMS, GLANVILLE: *Criminal Law – The General Part*, 2. Aufl. London 1961, S. 403.

⁶⁴⁷ LANHAM, DAVID: *Accomplices and Transferred Malice*, in: [1980] L.Q.R. 110ff., 114.

rea des Täters stets die gleichen. Es schadet so nicht, dass die Haupttat ein Erfolgsdelikt ist, der Teilnehmer muss je nach Art der Teilnahme immer den gleichen Teilnehmervorsatz aufweisen. Ist der Teilnehmer davon ausgegangen, der Täter werde die falsche Person angreifen oder hat er die Möglichkeit vorausgesehen, dass das Verhalten des Täters die Gefahr eines Angriffs auf eine andere Person beinhalte, so ist zu bestrafen, gleich, ob die falsche Person wegen einer willentlichen oder unwillentlichen Abweichung des Täters angegriffen wird. Allerdings kann allein die von dem überwiegenden Teil der Literatur vertretene Ansicht sich auf die Lösungen der alten und als Rechtsquellen herangezogenen Kommentare stützen. Ihre Lösung entspricht der von HAWKINS⁶⁴⁸, FOSTER⁶⁴⁹ und STEPHEN⁶⁵⁰ vertretenen Lösung. Sie ist insoweit am besten durch die als Rechtsquellen Ansichten anerkannte Kommentatoren fundiert.

4. Unterschiedliche Bestrafung von Täter und Teilnehmer – „Akzessorietätslockerungen“

Es ist gezeigt worden, dass der *actus reus* einer Straftat für die Strafbarkeit eines Teilnehmers notwendige und hinreichende Voraussetzung hinsichtlich der Haupttat ist. Der Täter kann ohne die erforderliche *mens rea* gehandelt haben, und eine Teilnahme ist dennoch möglich. Diese Möglichkeit beschränkt sich allerdings auf die Teilnahmeform im Wege des Hervorbringens der Tat (*procure*). Ihre genauen Voraussetzungen und die maßgeblichen Entscheidungen sind bei den Voraussetzungen des Teilnahmemodus *procure* besprochen worden.⁶⁵¹

Im englischen Recht wird eine Reihe weiterer Konstellationen anerkannt, in denen entweder der Täter freigesprochen, der Teilnehmer gleichwohl verurteilt wird oder in denen Täter und Teilnehmer unterschiedlich schwerer Delikte schuldig gesprochen werden, wobei beide Delikte den gleichen *actus reus* aufweisen müssen.

a) Freispruch des Täters und Verurteilung des Teilnehmers

Die Abschaffung der prozessualen Akzessorietät im Laufe der Entwicklungsgeschichte des Rechts der Teilnahme (*doctrine of complicity*) hat den Freispruch des Täters bei gleichzeitiger Verurteilung des Teilnehmers zu einem möglichen und eingängigen Ergebnis eines Prozesses gegen die Beteiligten gemacht. Mit dieser Einsicht ist zum einen alles zu diesem Thema gesagt, zum anderen sein Inhalt als Behandlung prozessualer Fragen bestimmt. Die Verquickung von materiellem

⁶⁴⁸ Hawkins, Pleas of the Crown, S. 22.

⁶⁴⁹ FOSTER, MICHAEL: A Report on Crown Cases and Discourses on the Crown Law, 1762, Neudruck 1982, S. 370.

⁶⁵⁰ STEPHEN, SIR JAMES FITZJAMES: A Digest of the Criminal Law, 4. Aufl. London 1877, S. 34 Bsp. 1.

⁶⁵¹ Zweifelnd SMITH, SIR JOHN: Smith & Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 174.

Recht und Prozessrecht führt aber dazu, dass diese Fragestellung immer wieder als Frage des materiellen Rechts wahrgenommen worden ist. So ist festgestellt worden, dass ein Teilnehmer verurteilt werden kann, solange die Jury überzeugt ist, dass es überhaupt eine Haupttat gegeben hat und der Teilnehmer alle weiteren Voraussetzungen der Strafbarkeit erfüllt hat.⁶⁵² Ein Freispruch des als Täter Angeklagten ist kein Beweis für die Unschuld des Teilnehmers.⁶⁵³ Die Abfolge der Prozesse ist gleich. Ob die gegen die Teilnahme angeklagte Person vor dem oder nach dem Täter verurteilt wird, macht keinen Unterschied.⁶⁵⁴ Die einzige Bindung der Ergebnisse ergibt sich bei einer gemeinsamen Verhandlung gegen den Täter und den Teilnehmer und der Zulässigkeit derselben Beweise für die Schuld beider. Hier muss die Jury zu einem einheitlichen Ergebnis kommen.⁶⁵⁵ Auch dies ist allein eine Frage schlüssiger Beweiswürdigung und hat mit den Voraussetzungen der Teilnahme nichts zu tun.

b) Persönliche Verteidigungseinreden

aa) Die privilegierenden Verteidigungseinreden gegen den Vorwurf des Mordes (*partial defences*)

Zu einer unterschiedlichen Bestrafung im Bereich der Tötungsdelikte können die hinsichtlich der Tatbestände und der Wirkung den deutschen Privilegierungtatbeständen der § 216 StGB und § 217 StGB a.F. ähnelnden Verteidigungseinreden (*defences*) gegen den Vorwurf des Mordes führen. Diese Einreden bewirken, dass derjenige, bei dem alle Voraussetzungen des Mordes vorliegen, nur wegen Tötung bestraft wird (*voluntary manslaughter*). Kann der Täter beweisen, dass er zum Zorn gereizt seine Selbstkontrolle eingebüßt hat und dies auch einem vernünftigen Dritten widerfahren wäre (*provocation*)⁶⁵⁶, dass er vermindert zurechnungsfähig gewesen ist (*diminished responsibility*)⁶⁵⁷, dass die Tötung im Rahmen einer Vereinbarung zum Selbstmord geschehen ist (*suicide pact*)⁶⁵⁸ oder hat eine Mutter aufgrund der psychischen Ausnahmesituation der Geburt ihr noch nicht zwölf Monate altes

⁶⁵² *Hui Chi Ming* [1991] 3 All E.R. 897 (PC).

⁶⁵³ *Hui Chi Ming* [1991] 3 All E.R. 897 (PC).

⁶⁵⁴ *Rowley* [1948] 1 All E.R. 5.

⁶⁵⁵ *Surujpaul v. R* [1958] 3 All E.R. 300.

⁶⁵⁶ Dazu WATZEK, JENS; Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1997, S. 290ff.

⁶⁵⁷ Dazu WATZEK, JENS; Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1997, S. 246ff.

⁶⁵⁸ Homicide Act 1957, s. 4 (3): For the purposes of this section "suicide pact" means a common agreement between two or more persons having for its object the death of all of them, whether or not each is to take his own life, but nothing done by a person who enters into a suicide pact shall be treated as done by him in pursuance of the pact unless it is done while he has settled intention of dying in pursuance of the pact.

Kind getötet (*infanticide*),⁶⁵⁹ so kann nur eine Bestrafung wegen Tötung (*voluntary manslaughter*) erfolgen. Durch s. 2 (4) Homicide Act 1957⁶⁶⁰ ist diese Rechtsfolge bei Erhebung der Einrede verminderter Schuldfähigkeit (*diminished responsibility*) auf den Beteiligten beschränkt, bei dem ihre Voraussetzungen vorliegen. Sowohl der Täter als auch der Teilnehmer können diese Einrede geltend machen.

Im Hinblick auf die *provocation* findet sich in der Entscheidung *Marks*⁶⁶¹ ein obiter, der die Anwendung der *provocation* auf den Beteiligten beschränkt, bei dem ihre Voraussetzungen vorliegen. Auch hier gilt, dass sich sowohl Täter als auch Teilnehmer auf einen Verlust der Selbstkontrolle infolge einer Reizung zum Zorn berufen können.

Im Falle der Kindstötung kann nur die Mutter, die Täter ist, sich auf diese Verteidigungseinrede berufen. Gleiches gilt für die Selbstmordvereinbarung. Nur der Täter kann sie nach dem Wortlaut des Gesetzes zu seinen Gunsten geltend machen.

Alle diese Einreden berühren weder den *actus reus* noch die *mens rea* des Täters. Der Teilnehmer, der mit Mordvorsatz an einem Tötungsdelikt teilnimmt, kann wegen Mordes bestraft werden, wenn der Täter eine dieser Einreden geltend macht.⁶⁶²

bb) Nötigungsnotstand (*duress*)

Das Gleiche gilt auch für *duress* bei eigenhändigen Delikten (*non-proxyable offences*). Oben ist dargelegt worden, dass der Nötigungsnotstand auf einem Strafausschlussgrund deutschen Verständnisses basiert. Die Strafe entfällt trotz Vorliegens aller positiven strafbegründenden Merkmale. *Duress* wirkt nur für den zur Tat genötigten Täter.⁶⁶³ Er wird freigesprochen. Der Teilnehmer kann wegen der Tat, deren *actus reus* und *mens rea* beim unmittelbar Handelnden vorliegen, verurteilt werden.⁶⁶⁴

⁶⁵⁹ Infanticide Act 1938, s. 1 (1): Where a woman by any wilful act or omission causes the death of her child under the age of twelve months, but at the time of the act or omission the balance of her mind was disturbed by reason of her not having fully recovered from the effect of giving birth to the child or by reason of the effect of lactation consequent upon the birth to the child, then, notwithstanding that the circumstances were such that but for this Act the offence would have amounted to murder, she shall be guilty of ... infanticide, and may for such an offence be dealt with and punished as if she had been guilty of the offence of the manslaughter of the child.

⁶⁶⁰ Homicide Act 1957, s. 2 (4): The fact that one party to a killing is by virtue of this section not liable to be convicted of murder shall not affect the question whether the killing amounted to murder in the case of any other party to it.

⁶⁶¹ [1998] Crim.L.R. 676.

⁶⁶² WATZEK, JENS; Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1997, S. 297, 248 für *provocation* bzw. *diminished responsibility*.

⁶⁶³ *Howe* [1987] A.C. 417, 458.

⁶⁶⁴ *Bourne* [1952] 36 Cr.App.R. 125.

- c) Die Bestrafung von Täter und Teilnahme auf der Grundlage unterschiedlicher Straftaten – Bestrafung der Beteiligten ihrer Schuld entsprechend?

Das englische Verständnis von der Natur der Teilnahme als abgeleitete Strafe lässt diese Möglichkeit zunächst paradox erscheinen. Die englischen Gerichte haben aber ein weites Verständnis der Formel *derivative nature of complicity* entwickelt.

- aa) Bestrafung des Teilnehmers wegen der Teilnahme an einem schwereren Delikt als der Täter verwirklicht hat (*semi innocent agency*)

Zum Problemaufriss soll das folgende Beispiel dienen: S weiß, dass V an einer Herzschwäche leidet. Er stiftet P an, V leichte Verletzungen (*actual bodily harm*) zuzufügen, will aber, dass V einen Infarkt erleiden und sterben werde (*intention to kill*). P schlägt V mit dem Vorsatz, leichte Verletzungen (*actual bodily harm*) zuzufügen. V erleidet einen Herzanfall und stirbt.⁶⁶⁵

P hat nicht mit dem Vorsatz gehandelt, schwere Verletzungen (*grievous bodily harm*) zuzufügen oder zu töten (*intention to kill*). Ihm fehlt die für den Mord notwendige *mens rea* und er kann wegen Tötung (hier: *involuntary manslaughter*) angeklagt werden. Kann S wegen Anstiftung (*encouragement*) zum Mord an V angeklagt und verurteilt werden?

Bis zum Jahr 1973 stand es außer Zweifel, dass der Teilnehmer wegen der Teilnahme an einem schwereren als dem vom Täter verwirklichten Delikt verurteilt werden konnte. Die Entscheidung in der Sache *Richards*⁶⁶⁶ änderte die Rechtslage. Der Court of Appeal hatte über das Rechtsmittel der Isabell Richards zu befinden. Sie hatte zwei Männer darum gebeten, ihren Mann so übel zusammenzuschlagen, dass er eine längere Zeit Krankenhaus verbringen müsse. Sie signalisierte den Schlägern das Kommen ihres Mannes. Sie griffen ihn auch tatsächlich an, fügten ihm aber geringere Verletzungen zu als zunächst verabredet. In erster Instanz wurden die Schläger wegen Körperverletzung gem. s. 20 Offences Against the Person Act 1861 (*unlawful wounding*) verurteilt. Richards hingegen wurde der Anstiftung zur Körperverletzung mit der Absicht, schwere Verletzungen zuzufügen gem. s. 18 Offences Against the Person Act 1861 (1. Alternative: *maliciously wound ... with intent to do some grievous bodily harm*) verurteilt. Richards machte geltend, dass ein Teilnehmer niemals eines schwereren Delikts als des durch den Täter verwirklichten Delikts für schuldig befunden werden könnte.⁶⁶⁷ Ihr Rechtsmittel hatte Erfolg.

Looking at the facts of this case the acts were perpetrated at some distance from where the appellant was. She was not truly in a position which would earlier have been described as an abettor

⁶⁶⁵ Das Beispiel ist WILLIAMS, GLANVILLE: Textbook of Criminal Law, 2. Aufl. London 1983, S. 373, entnommen.

⁶⁶⁶ [1974] 1 Q.B. 776.

⁶⁶⁷ *Richards* [1974] 1 Q.B. 776, 778 G.

*of those who did the acts. There is proved on the evidence in this case one offence and one offence only, namely, the offence of unlawful wounding without the element of specific intent. We do not think it right that one could say that that which was done can be said to be done with the intention of the appellant who was not present at the time and whose intention did not go to the offence which was in fact committed. That is the short point in the case as we see it. If there is only one offence committed, and that is the offence of unlawful wounding, then the person who has requested that offence can be committed, or advised that that offence be committed, cannot be guilty of a graver offence than that in fact which was committed.*⁶⁶⁸

Die Begründung des Court of Appeal spiegelt ein enges Verständnis der Formel *derivative nature of liability* wider. Es liegt nur eine Tat vor, von der die Verantwortlichkeit des Teilnehmers abgeleitet werden kann. Dies ist die Körperverletzung gem. s. 20 Offences Against the Person Act 1861. Folglich konnte Richards nicht der Teilnahme an einem schwereren als diesem Delikt für schuldig befunden werden. Dies galt nach Ansicht des Court of Appeal umso mehr, als Richards kein *principal of the second degree* gewesen sei. Sie sei dazu zu weit vom Geschehen entfernt gewesen. Als *principal of the second degree* hätte sie wie ein Täter ihrer *mens rea* entsprechend bestraft werden können.

In der Rechtsprechung ist diese Entscheidung nicht auf Zustimmung gestoßen. In der Sache *Burke*⁶⁶⁹ wurde im Wege eines Diktum ausgeführt, dass eine Bestrafung zumindest bei Tötungsfällen der *mens rea* entsprechend erfolgen müsse. Folgendes Beispiel wurde gebildet: S gibt dem P eine Pistole und sagt ihm, sie sei mit Platzpatronen geladen; tatsächlich befinden sich scharfe Patronen im Magazin. S bittet den P, er möge zu V gehen, die Waffe auf ihn abfeuern und ihn auf diese Art erschrecken. P befolgt die Anweisungen des S und tötet V. P ist der Tötung (*involuntary manslaughter*) schuldig, da ihm der erforderliche Mordvorsatz (*intention to kill* oder *intention to cause grievous bodily harm*) fehlt. S soll aber Mörder sein. Aus diesem Diktum schließen Teile der Literatur⁶⁷⁰, dass in jedem Fall Täter und Teilnehmer ihrem Vorsatz entsprechend zu bestrafen sind, wenn der *actus reus* der beiden Delikte derselbe ist. Es wird kein Unterschied zwischen der Behandlung von Fällen gemacht, in denen der Täter vom Teilnehmer getäuscht worden ist, und sonstigen Fällen, in denen die *mens rea* von Täter und Teilnehmer verschieden gewesen ist.

⁶⁶⁸ *Richards* [1974] 1 Q.B. 776, 780 G.

⁶⁶⁹ [1986] Q.B. 626, 641 f.

⁶⁷⁰ ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 206f.; HERRING, JONATHAN: *Criminal Law*, Oxford 2004, S. 845ff.

bb) Bestrafung des Teilnehmers wegen der Teilnahme an einem leichteren Delikt, als der Täter verwirklicht hat

Dieser Fall ist von der Rechtsprechung bislang nicht entschieden worden, wird aber als unproblematisch angesehen.⁶⁷¹ Die Lösung erfolgt mittels der *mens rea* des Teilnehmers. Zur Illustration dient eine Abwandlung des oben genannten Beispiels. Hier soll aber der Täter von der Herzschwäche des Opfers V wissen. Der Teilnehmer ist ahnungslos und geht davon aus, der Teilnehmer handele nur mit der *mens rea*, dem Opfer leichte Verletzungen zuzufügen. Kennt der Teilnehmer nicht den Mordvorsatz des Täters oder hat er nicht vorausgesehen, dass die Handlungen möglicherweise zu schweren Verletzungen des Opfers führen, so ist der Teilnehmer nicht wegen Mordes, wohl aber wegen Tötung zu bestrafen.

d) Zusammenfassung

Im englischen Strafrecht kann der Teilnehmer wegen eines schwereren Delikts bestraft werden als der Täter, soweit der *actus reus* beider Delikte derselbe ist. Diese „Akzessorietätslockerungen“ treten auf, wenn die *mens rea* der Beteiligten verschieden ist oder dem Täter Verteidigungseinreden zur Verfügung stehen, die der Teilnehmer nicht geltend machen kann.

5. Der Rücktritt⁶⁷² von der Teilnahme (*withdrawal*)

Besonderes Augenmerk richtet das englische Strafrecht auf die Möglichkeit des Teilnehmers, seine Teilnahme zu beenden und der Strafbarkeit auf diese Weise zu entgehen. Diese besondere Beachtung einer möglichen Beendigung der Teilnahme ist den weit gefassten Tatbeständen und insbesondere dem fehlenden Kausalitätserfordernis der Teilnahmemodi *aid*, *abet* und *counsel* geschuldet. Außerdem wird ein im Hinblick auf den langen zeitlichen Abstand zwischen der Teilnahmehandlung und der Tatbegehung möglicher Gesinnungswandel des Teilnehmers als Grund für diese Möglichkeit angenommen.⁶⁷³

a) Die Unterscheidung zwischen gemeinschaftlichem Unternehmen und Fällen der normalen Teilnahme

Ob ein Rücktritt von der Teilnahme vorliegt, ist Tatfrage und von der Jury zu entscheiden. Entsprechend ist hier durch die Rechtsprechung im Wege von Beleh-

⁶⁷¹ ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 206f.; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 229.

⁶⁷² Die Verwendung des Begriffs „Rücktritt“ soll hier keine Anlehnung an Fragen der Versuchsstrafbarkeit bedeuten.

⁶⁷³ SMITH, K.J.M.: Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles, in: [2001] Crim.L.R. 769ff., 770.

rungen der Jury ein Rahmen vorgegeben, innerhalb dessen die Geschworenen den Rücktritt von der Teilnahme annehmen dürfen und aus dem die Voraussetzungen eines erfolgreichen Rücktritts abgeleitet werden können.

Die Rechtsprechung hat – wenn nicht explizit hinsichtlich der Voraussetzungen – so doch im Hinblick auf ihre Bereitschaft, der Jury die Annahme eines Rücktritts von der Teilnahme zu gestatten, zwischen den Fällen der normalen Teilnahme und den Konstellationen des gemeinschaftlichen Unternehmens unterschieden.⁶⁷⁴ Dieser Befund wird auch in der Literatur in der Weise anerkannt, dass es in der Darstellung zur Bildung von Fallgruppen kommt, die teilweise deckungsgleich mit der unterschiedlichen Konstellationen sind.⁶⁷⁵ Der Unterscheidung wird in der Darstellung gefolgt.

aa) Der Rücktritt von einem gemeinschaftlichen Unternehmen

Der Ausgangspunkt der Darstellung ist die maßgebliche Entscheidung in der Sache *Becerra and Cooper*⁶⁷⁶. Becerra, Cooper und ein Dritter brachen in das Haus einer alten Dame ein, weil sie dort in der Küche eine erhebliche Summe Bargeld vermuteten. Wie alle wussten, führte Becerra ein Messer mit sich. Nachdem sie die Frau überwältigt hatten, begab sich Cooper, der nunmehr das Messer hatte, in die Küche. Er wurde von einem Mieter des Hauses überrascht. Becerra und der Dritte hatten den Mieter kommen hören. Becerra hatte daraufhin gerufen: „Lass’ uns verschwinden“, und war zusammen mit dem Dritten geflohen. Cooper erstach den Mieter, um ebenfalls entkommen zu können.

Becerra und Cooper wurden wegen des Mordes an dem Mieter im Rahmen eines gemeinschaftlichen Unternehmens angeklagt. Becerra machte geltend, er habe sich durch seinen Ruf „Lass uns verschwinden“ aus dem gemeinschaftlichen Unternehmen zurückgezogen und sei deshalb nicht für den Mord an dem Mieter verantwortlich. Der Richter belehrte die Jury, dass dieser Ausruf für einen Rücktritt aus dem gemeinschaftlichen Unternehmen nicht hinreichend gewesen sei. Becerra und Cooper wurden von der Jury schuldig gesprochen. Sie beantragten die Zulassung ihres Rechtsmittels beim Court of Appeal. Der Antrag wurde zurückgewiesen, weil die erstinstanzliche Entscheidung rechtsfehlerfrei gewesen sei. Den Rahmen, innerhalb dessen einer Jury ein Verhalten zur Bewertung, ob ein wirksamer Rücktritt aus einem gemeinschaftlichen Unternehmen gegeben sei, vorgelegt werden dürfe, definierte das Gericht wie folgt:

Where practicable and reasonable there must be timely communication of the intention to abandon the common purpose from

⁶⁷⁴ SMITH, K.J.M.: *Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles*, in: [2001] *Crim.L.R.* 769ff., 775; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 235f.

⁶⁷⁵ SMITH, K.J.M.: *Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles*, in: [2001] *Crim.L.R.* 769ff., 774ff.; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 235f.

⁶⁷⁶ (1976) 62 Cr App R 212 (CA); *Whitehouse* (1941) 1 WWR 112; *Croft* [1944] 1 K.B. 295.

*those who wish to dissociate themselves from the contemplated crime and those who desire to continue in it. What is 'timely communication' must be determined by the facts of each case but where practicable and reasonable it ought to be such communication, verbal or otherwise, that will serve unequivocal notice upon the other party to the common unlawful course that if he proceeds upon it he does so without the further aid and assistance of those who withdraw.*⁶⁷⁷

Der Ausruf Becerras und seine Flucht wurden als nicht hinreichend für einen wirksamen Rückzug von dem gemeinschaftlichen Unternehmen erachtet dessen Voraussetzung eine unzweideutige und rechtzeitige Mitteilung ist, dass man bei der Umsetzung des gemeinsamen Tatplans nicht mehr mitwirke.⁶⁷⁸

Ob auch konkludentes Verhalten ausreicht, ist für die Fälle des gemeinschaftlichen Unternehmens zweifelhaft. In neueren Entscheidungen findet sich eine Tendenz, konkludentes Verhalten, selbst wenn es über das bloße Nichterscheinen am Tatort hinausgeht, als nicht ausreichend für einen Rücktritt zu erachten.⁶⁷⁹

Anders ist dies in Fällen, in denen die Beteiligten spontan über ihre gemeinsame Absicht übereinkommen und am Tatort zusammenwirken. Hier reicht es nach der Entscheidung in der Sache *O'Flaherty* grundsätzlich aus, den Tatort einfach zu verlassen.⁶⁸⁰ Zu beachten ist aber, dass stets die besonderen Umstände des Einzelfalls vorgeben, was der Teilnehmer tun muss, um der Strafbarkeit zu entgehen.⁶⁸¹

bb) Der Rücktritt in Fällen der normalen Teilnahme

Fälle, in denen der Teilnehmer im Wege einer der vier Teilnahmeformen *aid*, *abet*, *counsel* oder *procure* teilgenommen hat, lassen sich in zwei Gruppen aufteilen. Ist in dem Verhalten des Teilnehmers eine Anstiftung (*counsel*, *procure*) zur Tat zu sehen, so ist für einen wirksamen Rücktritt eine ausdrückliche Stellungnahme gegen die Tat zu fordern.

⁶⁷⁷ *Becerra and Cooper* (1976) 62 Cr App R 212, 218 (CA).

⁶⁷⁸ ebenso *R v. Rook* [1993] 2 All ER 955; *R v. Nawaz*, 13. Mai 1999, nicht in offizielle Berichte aufgenommen.

⁶⁷⁹ *Whitefield* (1984) 79 Cr.App.R. 36; *Rook* (1993) 97 Cr App R 327 (CA).

⁶⁸⁰ *O'Flaherty* [2004] 2 Cr.App.R. 315; ebenso *Whitefield* (1984) 79 Cr.App.R. 36 und *Mitchell* [1999] Crim.L.R. 496 (CA). *Mitchell* wurde in *Robinson* [2000] Archbold News 2 (CA) allerdings im Wege des *restrictive distinguishing* als Einzelfallentscheidung ohne weitere Bindungswirkung angesehen. Eine Entscheidung des House of Lords muss hier endgültige Klärung bringen. REED, ALAN: Joint Enterprise: Withdrawal, in: *Journal of Criminal Law* 2005, S. 19ff., 23 sieht die Unterscheidung nach spontaner Übereinkunft und langfristiger Planung kritisch, weil die Teilnehmer bei der ersten Konstellation übermäßig begünstigt würden.

⁶⁸¹ *O'Flaherty* [2004] 2 Cr.App.R. 315.

Hat er aber dem Täter bei der Verwirklichung eines Delikts im Wege physischer Beihilfe (*aid*) geholfen, so muss er mehr tun, als lediglich seinen Willen kundzutun, nicht mehr an der Tat teilnehmen zu wollen.⁶⁸² In *R v. Bryce*⁶⁸³ hatte Bryce einen Auftragskiller zu seinem Einsatzort gefahren (*aiding*). Er behauptete, den Mord nicht gewollt zu haben. Allerdings hatte er seine ablehnende Handlung nicht unmissverständlich deutlich gemacht. Der Court of Appeal befand:

„... if the secondary party was to avoid liability for assistance rendered to the perpetrator towards the commission of the crime, only an act taken by him which amounted to the countermanning of his earlier assistance and a withdrawal from the common purpose would suffice.⁶⁸⁴ (Hervorhebung durch Verfasser)

Ob der Gehilfe mit physischer Gewalt gegen die weitere Tatausführung einschreiten muss, hat der Court of Appeal an anderer Stelle freilich offengelassen.⁶⁸⁵

Psychische Beihilfe oder die Gewährung von Informationen, die Tatbegehung ermöglichen oder erleichtern, sind im Hinblick auf den Rücktritt von der Teilnahme der Anstiftung gleichgestellt. In der Sache *Grundy*⁶⁸⁶ hatte G den Tätern Informationen über eine Wohnung zukommen lassen, die die Täter ausrauben wollten. Zwei Wochen, bevor die Tat begangen wurde, begab sich G zu den Tätern und versuchte, sie von ihrem Plan abzubringen. Der Court of Appeal befand, dass dieses Verhalten dazu geeignet sein kann, einen wirksamen Rücktritt von der Teilnahme zu begründen.

Der Fall eines Hervorbringens der Tat (*procure*), in dem der Teilnehmer den Täter zur Verwirklichung eines Erfolgshafungsdelikts bringt, ist in der Rechtsprechung bislang nicht entschieden. Da diese Teilnahmeform aber ein Kausalitätsverhältnis zwischen der Teilnahmehandlung und der Tat voraussetzt, reicht es für einen Rücktritt des Teilnehmers immer aus, sich in einer Weise zu verhalten, die seine Handlung im Hinblick auf die Haupttat unwirksam macht. So hätten Blakely und ihre Freundin jederzeit ihr Opfer darüber aufklären können, dass seine Getränke mit hochprozentigem Alkohol versetzt gewesen waren.⁶⁸⁷ Wäre das Opfer dann dennoch gefahren, so hätte dies auf seinem eigenen Entschluss beruht und eine Frage nach der Verantwortlichkeit von Betts und Ridley wäre gar nicht aufgekomen. So wirft der Rücktritt in

⁶⁸² *Fletcher* [1962] Crim.L.R. 551.

⁶⁸³ *R v. Bryce* [2004] 2 Cr App R 35.

⁶⁸⁴ *R v. Bryce* [2004] 2 Cr App R 35, H6. Allerdings handelt es sich dabei wohl um ein obiter. Die Entscheidung beschäftigt sich im Folgenden nicht mehr mit der Frage des Rücktritts, sondern mit der Frage des erforderlichen Vorsatzes des Teilnehmers. Die Absicht, Hilfe zu leisten, wurde als durch das nach außen widerstandslose Mitwirken von Bryce als indiziert angesehen.

⁶⁸⁵ *Becerra and Cooper* (1976) 62 Cr App R 212, 219 (CA).

⁶⁸⁶ [1989] Crim.L.R. 502.

⁶⁸⁷ *Blakely and Another v. DPP* [1991] Crim.L.R. 763.

Fällen, in denen der Teilnehmer an einem Erfolgshaftungsdelikt im Wege des *procurement* teilnimmt, keine großen Schwierigkeiten auf.

b) Freier Wille

Der Rücktritt ist nur dann wirksam, wenn er freiwillig geschieht.⁶⁸⁸ Das Motiv für den Rücktritt von der Teilnahme ist gleich. Den Teilnehmer können Reue, Böswilligkeit oder die Angst vor der eigenen Bestrafung zu seinem Rücktritt bewegen.⁶⁸⁹

c) Wirkung des Rücktritts von der Teilnahme

Die Vielfalt der Entscheidungen und Einzelfallbezogenheit der Voraussetzungen des Rücktritts erschwert es, die Wirkung des erfolgreichen Rücktritts auf die Strafbarkeit des Teilnehmers genau zu bestimmen. Lässt der Rücktritt den *actus reus* oder die *mens rea* entfallen oder stellt er als Verteidigungseinrede einen Strafausschlussgrund dar?

K.J.M. SMITH ist der Auffassung, dass der Rücktritt je nach seinen Voraussetzungen verschiedene Wirkungen zeitigt. Im Falle der Anstiftung lasse die gegen die Tatausführung gerichtete Aussage des Teilnehmers den *actus reus* entfallen. Bei den gemeinschaftlichen Unternehmungen entfalle durch die unzweideutige Mitteilung des Teilnehmers, er werde an dem Unternehmen nicht weiter teilnehmen, seine *mens rea*⁶⁹⁰ Die Rechtsprechung äußert sich zu diesen Fragen nicht mit der wünschenswerten Klarheit. Ein Hinweis findet sich in der Entscheidung *O'Flaherty, Ryan and Toussaint*⁶⁹¹:

*For these reasons a defendant who effectively disengages or withdraws before the fatal injury is or injuries are inflicted is not guilty of murder because he was not party to and did not participate in any unlawful violence which caused the fatal injury or injuries.*⁶⁹²

Diese Feststellung zur Wirkung des erfolgreichen Rücktritts von der Teilnahme scheint zumindest die Möglichkeit auszuschließen, dass es sich um einen Strafausschlussgrund handelt. Derjenige, der sich erfolgreich zurückzieht, ist nicht mehr Teilnehmer und führt auch keine Teilnahmehandlung aus. Insoweit weist diese Passage des Urteils auf einen Wegfall des *actus reus* der Teilnahme hin.

⁶⁸⁸ *Johnson and Jones* (1841) Car & M 218; *Jackson* (1673) 1 Hale PC 464f.

⁶⁸⁹ *Rook* (1993) 97 Cr.App.R. 327 (CA).

⁶⁹⁰ SMITH, K.J.M.: *Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles*, in: [2001] Crim.L.R. 769ff., 770ff.

⁶⁹¹ [2004] 2 Cr.App.R. 315.

⁶⁹² *O'Flaherty* [2004] 2 Cr.App.R. 315, 332.

d) Zusammenfassung

Sicher ist, dass der Täter dann nicht wirksam seine Teilnahme beendet hat, wenn er sein bisheriges Verhalten lediglich bereut und sich innerlich von der weiteren Tatausführung distanziert.⁶⁹³ Sein Wille zur Beendigung der Teilnahme muss sich manifestieren.⁶⁹⁴

Wie dies zu geschehen hat, richtet sich nach der Form der Teilnahme. Die Rechtslage scheint sich der Idee eines *actus contrarius* als Voraussetzung eines wirksamen Rücktritts anzunähern. Daneben ist die Unterscheidung zwischen *joint enterprise* und sonstiger Teilnahme von geringer Bedeutung.

Ist die Teilnahmehandlung physischer Natur, so reicht die Mitteilung, sich von der Teilnahme zurückzuziehen, nicht aus. Ist sie psychischer Natur, hat der Teilnehmer Informationen geliefert oder liegt ein Fall des gemeinschaftlichen Unternehmens mit einem vorgefassten Tatplan vor, muss eine unzweideutige Mitteilung den Täter erreichen, dass der Teilnehmer nicht mehr an der Tat mitwirke. Bei einem gemeinschaftlichen Unternehmen, das spontan begründet wird, kann der Teilnehmer einfach den Tatort verlassen. Schließlich reicht es im Falle des *procurement* aus, dass der Teilnehmer die Kausalität seines Verhaltens für die Haupttat beseitigt.

6. Die polizeiliche Beteiligung an einer Straftat zum Zwecke der Strafverfolgung

Die Frage nach der Strafbarkeit von Polizisten, die zum Zweck der Strafverfolgung an einer Straftat beteiligt waren, wirft besondere Probleme auf. Diese Konstellationen lassen sich nur sehr eingeschränkt nach den allgemeinen Regeln des Rechts der Teilnahme lösen.

Geht es um die Teilnahme eines Polizisten, der einen anderen zur Tatbegehung angestiftet hat, so gilt, dass jedenfalls der Polizist wegen Teilnahme (*abetting, counsel, procure*) zu bestrafen ist, der eine andere Person dazu bringt, eine Straftat zu begehen, die sonst nicht von dieser Person begangen worden wäre.⁶⁹⁵ Eine Teilnahme in anderer Form wird selbst dann nicht bestraft, wenn der Polizist *actus reus* und *mens rea* der Teilnahme verwirklicht und sich in diesem Wege einer bereits beschlossenen Straftat anschließt, um die Verfolgung der Beteiligten zu gewährleisten⁶⁹⁶ oder die Folgen der Tat zu mildern oder ganz zu verhindern.⁶⁹⁷ Es schadet nicht, dass dadurch Zeitpunkt oder Ort der Tatbegehung beeinflusst werden.⁶⁹⁸

⁶⁹³ *Pearman* [1996] 1 Cr.App.R. 24.

⁶⁹⁴ *Baker* [1994] Crim.L.R. 444 (CA).

⁶⁹⁵ *Sang* [1980] A.C. 402.

⁶⁹⁶ *Edwards* [1991] Crim.L.R. 45.

Daneben wird dieser Bereich des Rechts weniger von Prinzipien als von Einzelfallentscheidungen bestimmt. Es wird hier oftmals nach den Erfordernissen des Falls und dem Wunsch der Gerichte entschieden, zu bestrafen oder freizusprechen.⁶⁹⁹ So wurde in der Sache *Williams v. DPP*⁷⁰⁰ entschieden, dass das Schaffen einer zur Tat anreizenden Situation (Abstellen eines unverschlossenen, mit leeren Zigarettenpackungen beladenen Lastkraftwagens) keine Teilnahmehandlung sei,⁷⁰¹ obwohl das Verhalten der Polizisten die Voraussetzungen der Teilnahmeform *procure* erfüllt und die Polizisten mit der erforderlichen *mens rea* gehandelt haben.

7. Zum Strafgrund der Teilnahme

An einer für den deutschen Leser ungewöhnlichen Stelle, nicht eingangs, sondern zum Abschluss der Untersuchung des Rechts der Teilnahme, soll hier der mögliche Strafgrund der Teilnahme im englischen Strafrecht herausgearbeitet werden. Aussagen zum Strafgrund der Teilnahme im englischen Strafrecht müssen an den zwei alleinigen Prinzipien der Teilnahme festgemacht werden, die bislang identifiziert wurden, der Akzessorietät und der gleichen Bestrafung von Täter und Teilnehmer. Zudem müssen objektiven Voraussetzungen der einzelnen Teilnahmeformen berücksichtigt werden.

a) „Zivilrechtliche“ Theorien

aa) Vertretertheorie (*agency theory*)

So wie der Vertretene durch das Handeln seines Vertreters rechtlich gebunden wird, so muss der Teilnehmer für die Folgen des täterischen Handelns einstehen. Auffällig ist auch die Ähnlichkeit der verwendeten Termini, die eine Vermutung gleicher zugrundeliegender Prinzipien nahelegt (*principal* = Vertretener; *agent* = Vertreter). Überträgt man den Grund dafür, dass das Vertreterhandeln für und gegen den Vertretenen auf die strafrechtliche Teilnahme wirkt, so ist das entscheidende Kriterium die Ermächtigung des Vertreters, im Namen des Vertretenen zu handeln.

Dieser Ansatz begegnet schon ohne weitere Überlegung einem gewichtigen Einwand. Zumindest *procure* und *aid* setzen keinen geistigen Kontakt voraus, der ja

⁶⁹⁷ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 233; SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 181.

⁶⁹⁸ *McEvilly* (1973) 60 Cr.App.R. 150.

⁶⁹⁹ SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: *Criminal law, theory and doctrine*, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 234 m.w.N.

⁷⁰⁰ (1994) 98 Cr.App.R. 209.

⁷⁰¹ Kritisch dazu SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 180 Anm. 16.

zumindest eine notwendige Voraussetzung einer Ermächtigung ist. Gleichwohl scheint dieser Ansatz in der Argumentation zur Urteilsbegründung vereinzelt durch.

bb) Willensübereinstimmungs- (*consensus-theory*) und Billigungstheorie (*ratification-theory*)

In eine ganz ähnliche Richtung weisen die Willensübereinstimmungs- und die Billigungstheorie. Die Willensübereinstimmung (*consensus*) setzt voraus, dass Täter und Teilnehmer ihr Vorhaben kommuniziert haben. Täter und Teilnehmer haben sich über die Begehung der Tat geeinigt. Der Teilnehmer muss dann für die Tat einstehen, weil er seine Zustimmung erteilt hat. Doch auch diese Theorie vermag nicht zu erklären, warum die Teilnahme durch ein Hervorbringen der Tat (*procure*) strafbar sein soll. Die Billigung der Tat ist im englischen Strafrecht als Teilnahmehandlung nicht anerkannt.

b) Die Teilnahme als eigenständiges Teilnahmedelikt (*inchoate, endangerment, risk rationales*)

Dieser Erklärungsansatz stellt zwei Merkmale der Teilnahme in den Vordergrund, die sie als Verhalten erscheinen lassen, das einen hinreichenden eigenen Strafgrund in sich trägt. Es sind dies das Verhalten des Täters, das eine Gefahr oder eine Bedrohung für einen Einzelnen oder die Allgemeinheit darstellt, und sein schuldhaftes Handeln, das in dem vorsätzlichen Handeln des Täters zum Ausdruck kommt.

Für diesen Ansatz spricht die Strafbarkeit der Teilnahme am Selbstmord. Der Selbstmord ist nicht strafbar und dennoch soll, wer dem Selbstmörder geholfen oder ihn zu seiner Handlung bewegt hat, bestraft werden. Die Strafbarkeit des Teilnehmers am Selbstmord eines anderen macht die Aussage, die Verantwortlichkeit des Teilnehmers sei aus der Haupttat abgeleitet (*derivative nature of liability*), gegenstandslos. Auch die Entkoppelung des Teilnehmervorsatzes von den Voraussetzungen an die *mens rea* der Haupttat spricht für diese Sichtweise. Die *mens rea* des Teilnehmers hat stets die gleichen Voraussetzungen, selbst wenn die Haupttat ein reines Erfolgshaftungsdelikt ist. Zudem zeigt die Teilnahmeform *procure*, dass der *actus reus* eines eigenhändigen Delikts als „Haupttat“ genügt.

Dieser Ansatz nimmt zudem die Voraussetzungen der Teilnahme auf. Vor allem ist gezeigt worden, dass die Teilnahmehandlung den Täter erreicht (*abet, encouragement*) oder die Haupttat verursacht (*procure*) haben muss. Die Gefährdung wird durch das Zusammenwirken zweier Personen begründet. Das setzt eine Haupttat voraus.

c) Kausalitätstheorie

Weiterhin wird der Strafgrund der Teilnahme in der Kausalität der Teilnahme für die Haupttat vermutet.⁷⁰² Die Darstellung dieser Ansicht ist im Zusammenhang mit der Frage nach einem Kausalitätserfordernis erörtert worden. Dabei ist festgestellt worden, dass die Kausalität, selbst wenn es nur um geringfügige Einflüsse auf die Art und Weise der Tatausführung geht, keine für alle Teilnahmemodi geltende Voraussetzung ist. Insoweit reicht an dieser Stelle ein kurzer Verweis auf das oben erarbeitete Ergebnis. Diese Theorie scheitert an der Rechtstatsächlichkeit und trägt nicht zur Klärung des Strafgrundes bei.

d) Fazit: Kein einheitlicher Strafgrund

Das englische Recht der Teilnahme weist keinen vollkommen überzeugenden einheitlichen Strafgrund auf. Einzelne Ansätze vermögen die Strafbarkeit einzelner Teilnahmeformen zu erklären. Doch fehlt es als Folge einer an praktischen Anforderungen orientierten Rechtsprechung an einem zusammenhängenden Strafgrund. Die Entwicklung des Rechts der Teilnahme und die zunehmende Unabhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat, indem teilweise nur der *actus reus* als Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit des Teilnehmers gesehen wird, spricht dafür, den Strafgrund der Teilnahme in dem Charakter der Teilnahme als eigenständiges, besser als verselbständigtetes Teilnahmedelikt zu sehen.

IV. Die nichtakzessorische Anstiftung (*incitement*) und die Verabredung zur Deliktsverwirklichung (*conspiracy*)

Mit der Behandlung der nichtakzessorischen Anstiftung (*incitement*) und der Verabredung zur Deliktsverwirklichung (*conspiracy*) verlässt die Darstellung das Recht der Teilnahme nach englischem Verständnis, denn *incitement* und *conspiracy* sind selbständige Delikte. Der Täter ist hier für eigenes tatbestandliches Unrecht verantwortlich; die Strafbarkeit des Teilnehmers ist nicht von dem Unrecht der Haupttat abgeleitet. Wer sich der nicht akzessorischen Anstiftung (*incitement*) und der Verabredung zur Deliktsverwirklichung (*conspiracy*) schuldig gemacht hat, ist Täter und nicht Teilnehmer an der ins Auge gefassten Straftat.

Mit den sogenannten *inchoate offences* wird eine Strafbarkeitslücke geschlossen, die besteht, weil es eine Teilnahme nur geben kann, wenn die Haupttat zumindest die Stufe des Versuchs erreicht hat. Es kann eine Beteiligung an der nicht akzessorischen Anstiftung und der Verabredung zur Deliktsverwirklichung geben: Die Anklage kann ein Verfahren wegen nicht akzessorischer Anstiftung und Verabredung zur Deliktsverwirklichung alternativ zur Verfolgung der Haupttat einleiten, wenn Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Haupttat (*substantive offence*) beste-

⁷⁰² 2. Teil, 3. Kapitel III. 2. b) bb) (9).

hen. Der Teilnehmer, dessen Verhalten auch die Voraussetzungen der Strafbarkeit wegen (akzessorischer) Teilnahme erfüllt, kann wegen nicht akzessorischer Teilnahme angeklagt werden. In diesem Fall kann auch gegen den Teilnehmer an seiner Tat vorgegangen werden.⁷⁰³

1. Voraussetzungen der nichtakzessorischen Anstiftung (*incitement*)

Der nicht akzessorischen Anstiftung ist schuldig, wer einen anderen zur Begehung einer Straftat ermuntert (*encourage*) oder ihn unter Druck setzt (*pressurize*), damit er eine Straftat begeht.

a) Der *actus reus*

aa) Die Anstifterhandlung

Der Täter muss einen anderen dazu (auch implizit) bewegen, eine Straftat zu begehen. Dies kann in verschiedener Weise geschehen. Der Täter kann auf einverständliche Weise im Wege des Vorschlags, des Anratens, des Anregens, des Nachfragens,⁷⁰⁴ des Ermunterns, des Übertredens oder unter Überwindung eines erwarteten oder tatsächlichen Widerstandes im Wege der Drohung oder des Unterdruck-Setzens auf den Angestifteten eingewirkt haben.⁷⁰⁵ Auch das schriftliche Anbieten eines Produkts, das allein der Begehung einer Straftat dienen kann, erfüllt die Voraussetzungen des *actus reus*.⁷⁰⁶ Die Anstiftung braucht nicht auf eine bestimmte Person oder Personengruppe abzu zielen.⁷⁰⁷

Jeder dieser Verhaltensweisen muss den Angestifteten erreichen (*communicate*).⁷⁰⁸ Geht der schriftliche Auftrag an den Berufskiller verloren, so ist der Schreiber wegen versuchter nichtakzessorischer Anstiftung zu bestrafen.⁷⁰⁹ Nicht erforderlich ist es, dass der Angestiftete sich dem mitgeteilten Willen des Anstifters entsprechend verhalten hat.⁷¹⁰ Die nichtakzessorische Anstiftung ist ein Tätigkeitsdelikt, das keinen Erfolg beim Angestifteten voraussetzt.

⁷⁰³ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 294.

⁷⁰⁴ Goldman [2001] *Crim.L.R.* 894.

⁷⁰⁵ *Race Relations Board v Applin* [1975] *A.C.* 259.

⁷⁰⁶ *Invicta Plastics v Clare* [1976] *Crim.L.R.* 131.

⁷⁰⁷ *Most* [1881] 7 *QBD* 244.

⁷⁰⁸ *Bankes* [1873] 12 *Cox C.C.*

⁷⁰⁹ *Ransford* [1874] 13 *Cox C.C.* 9; *Krause* 66 *J.P.* 121; *Cope* 16 *Cr.App.R.* 77; Goldman [2001] *Crim.L.R.* 822 (CA).

⁷¹⁰ *Higgins* [1801] 2 *East* 5.

bb) Die Straftat

Das von dem Anstifter vorgeschlagene Verhalten des Angestifteten muß die Voraussetzungen einer Straftat erfüllen.⁷¹¹ Nicht ausreichend ist es, dass es sich bei dem Verhalten nur um die Verwirklichung des *actus reus* handelt.

cc) Tatobjekt

Es ist nicht erforderlich, dass der Personenkreis der Angestifteten für den Täter überschaubar oder im Zeitpunkt der Äußerung konkretisiert ist. In der Entscheidung *Marlow*⁷¹² wurde der angeklagte Autor eines Buches über die Aufzucht und Pflege von Marijuanapflanzen für schuldig befunden, andere zum Anbau von Betäubungsmitteln angestiftet zu haben. Dem Schuldspruch stand eine fehlende Konkretisierung des angestifteten Personenkreises nicht entgegen.

Der nichtakzessorischen Anstiftung kann niemand schuldig sein, der zu einem Delikt gegen sich selbst anstiftet und zu der Gruppe von Personen gehört, deren Schutz das Delikt dient. Stiftet eine Fünfzehnjährige einen Erwachsenen an, mit ihr geschlechtlich zu verkehren, so ist sie nicht wegen *incitements* zu bestrafen.⁷¹³ Die Rechtslage entspricht der in Fällen der notwendigen Teilnahme.

dd) Die nichtakzessorische Anstiftung zur Teilnahme

Das englische Strafrecht kennt keine nichtakzessorische Anstiftung zur (akzessorischen) Teilnahme an einer Straftat. Dies ist für die nichtakzessorische Anstiftung zum *procurement* (Bestimmen zur Tat) in der Sache *Bodin*⁷¹⁴ entschieden worden. Für die übrigen Teilnahmemodi birgt der Wortlaut der s. 30 (4) Criminal Law Act 1977 die Lösung:

On conviction of an offence consisting in the incitement to commit a summary offence a person shall be liable to the same penalties as he would be liable to on conviction of the last mentioned offence.

Die (akzessorische) Teilnahme wird nicht als *offence* bezeichnet. Nach nicht unbestrittener Auffassung deutet die Nichterwähnung der Teilnahme in dieser Strafrahmenvorschrift darauf hin, dass der Gesetzgeber eine Bestrafung wegen einer nicht akzessorischen Anstiftung zur Teilnahme ausschließen wollte.⁷¹⁵

⁷¹¹ *Whitehouse* [1977] 65 Cr.App.R. 33.

⁷¹² [1997] Crim.L.R. 197 (CA).

⁷¹³ *Tyrell* [1894] 1 Q.B. 710.

⁷¹⁴ [1979] Crim.L.R. 176 (Crown Court).

⁷¹⁵ ALLEN, MICHAEL J.: *Textbook on Criminal Law*, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 241; HERRING, JONATHAN: *Criminal Law*, Oxford 2004, S. 770; SMITH, SIR JOHN: *Smith &*

ee) Die nicht akzessorische Anstiftung zu anderen *inchoate offences*

Die nichtakzessorische Anstiftung zu einem Versuch (*attempt*) ist nicht strafbar, wie sich aus der Nummer 35 des Anhangs 1 zum Magistrates' Court Act 1980 ergibt. Hier wird die nicht akzessorische Anstiftung zum Versuch von den Straftaten, die sowohl durch offizielle Anklageerhebung vor dem Crown Court oder vor dem Magistrates' Court angeklagt werden können (*offences triable either way*), ausgeschlossen. Da die Schwere der Tat bei der nichtakzessorischen Anstiftung immer durch die Schwere des Delikts bestimmt wird, zu dem angestiftet wird und Gleiches für den Versuch gilt⁷¹⁶, das versuchte Delikt aber ein *offence triable either way* sein kann, ist die Strafbarkeit der nichtakzessorischen Anstiftung zu einem Versuch zumindest in dem Fall eines *offence triable either way* ausgeschlossen. Freilich wird überwiegend⁷¹⁷ angenommen, dass unabhängig von der Qualität des Delikts, zu dessen Versuch angestiftet werden soll, die Anstiftung zu einem Versuch immer straflos ist.

Anzumerken ist, dass diese Frage nur virulent wird, wenn der Anstifter weiß, dass der Angestiftete das vorgeschlagene Delikt gar nicht begehen kann. Bleibt das Delikt hingegen im Versuchsstadium, so ist der Anstifter wegen Anstiftung zum Delikt zu bestrafen.⁷¹⁸ Die nichtakzessorische Kettenanstiftung ist nur strafbar, wenn der Täter nicht in einvernehmlicher Weise, sondern durch Drohung oder Druck den Angestifteten zu einer weiteren Anstiftung bewegt.⁷¹⁹ Dies ergibt sich daraus, dass s. 5 (7) Criminal Law Act 1977 die Anstiftung zu einer Verabredung zur Deliktsverwirklichung straflos gestellt hat. Die Verabredung zur Deliktsverwirklichung (*conspiracy*) setzt ein einvernehmliches Handeln aller voraus. Um dem gesetzgeberischen Willen weitgehende Geltung zu verschaffen, ist davon auszugehen, dass jede Anstiftung zu einem einvernehmlich begangenen unvollkommenen Delikt (*inchoate offence*) nicht zu bestrafen ist.⁷²⁰

Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 294; abw. SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 266.

⁷¹⁶ S. 4 (1) Criminal Attempts Act 1981.

⁷¹⁷ ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005, S. 241; SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003, S. 267; SMITH, SIR JOHN: Smith & Hogan Criminal Law, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 293. Anders: Bericht Nr. 300 der Law Commission Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime, S. 32, <http://www.lawcom.gov.uk> (Stand Januar 2008).

⁷¹⁸ *Brown* 63 J.P. 790.

⁷¹⁹ Bericht Nr. 300 der Law Commission "Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime", S. 31, <http://www.lawcom.gov.uk> (Stand Januar 2008).

⁷²⁰ *Sirat* (1985) 83 Cr.App.R. 41, 44f.

b) *Mens rea*

aa) Doppelter Anstiftervorsatz

Die *mens rea* des Anstifters muss sich zum einen auf die Anstifterhandlung als solche beziehen und zum anderen auf die Ausführung der Tat, zu der angestiftet wird. Hinsichtlich der eigenen Anstiftungshandlung muss der Täter absichtlich handeln (*intention*). Die *mens rea* im Hinblick auf das Verhalten des Angestifteten enthält hingegen sowohl ein Wissens- als auch ein Willenselement. Der Täter muss wissen oder davon ausgehen, dass der Angestiftete alle Merkmale des *actus reus* verwirklichen wird. Ziel seines Handelns muss die Tatbegehung durch den anderen sein. Er muss bei Erfolgsdelikten den Eintritt des Taterfolgs anstreben (*intention*).⁷²¹ Dazu gehört auch, dass der Täter weiß oder annimmt, der Angestiftete werde die Tat mit der erforderlichen *mens rea* begehen.⁷²²

bb) Irrtümer

Glaubt der Anstifter, der Angestiftete werde ohne die vorausgesetzte *mens rea* handeln, so wird er nicht wegen nicht akzessorischer Anstiftung bestraft, auch wenn der Teilnehmer die entsprechende *mens rea* aufwies. Nimmt der Täter hingegen irrig an, der Teilnehmer handle mit der für eine Bestrafung erforderlichen *mens rea*, so wird er bestraft.

c) Die Verteidigungseinrede der Unmöglichkeit der Deliktsbegehung
(*defence of impossibility*)

Der Täter kann vor Gericht die Einrede der Unmöglichkeit der Deliktsbegehung durch den Angestifteten erheben.⁷²³ So ist entschieden worden, dass die Angeklagten, die einen Dritten dazu angestiftet haben, aus einer harmlosen Substanz Kokain zu gewinnen, nicht zu bestrafen sind.⁷²⁴

2. Verabredung zur Deliktsverwirklichung (*conspiracy*)

Das common law-Delikt der Verabredung zur Deliktsverwirklichung ist mit der Einführung der s. 1 (1) Criminal Law Act 1977 bis auf drei Ausnahmen abgeschafft worden. Neben dem gesetzlichen Tatbestand gibt es gem. s. 5 (2), (3) Criminal Law Act 1977 die Verabredung zum Betrug (*conspiracy to defraud*), die Verabredung zur Verletzung der allgemeinen Moralvorstellungen (*conspiracy to*

⁷²¹ *Invicta Plastics v. Clare* [1976] Crim.L.R. 131.

⁷²² *Curr* [1968] 2. Q.B. 944.

⁷²³ *Fitzmaurice* [1983] Q.B. 1083.

⁷²⁴ *Haughton v. Smith* [1975] A.C. 476; *DPP v Nock* [1978] A.C. 979 (HL), ein Fall, der *conspiracy* betraf.

corrupt public morals) und die Verabredung zur Verletzung des allgemeinen Anstandsgefühls (*conspiracy to corrupt public decency*). Während die letztgenannten Tatbestände in einem tatbestandlichen Exklusivitätsverhältnis zur kodifizierten Verabredung stehen, kann die Anklage bei Vorliegen der Voraussetzungen der Straftat, zu deren Begehung die Verabredung getroffen wurde, und der *conspiracy* nach Maßgabe der Richtlinien für das Strafverfahren (*Code for the Crown Prosecutors*) wählen, welches der Delikte sie verfolgt.

a) Die kodifizierte Verabredung zur Deliktsverwirklichung (*statutory conspiracy*)

S. 1 Criminal Attempts Act 1977 bestimmt:

(1) Subject to the following provisions of this part of this Act, if a person agrees with any other person or persons that a course of conduct shall be pursued which, if the agreement is carried out in accordance with their intentions, either:

(a) will necessarily amount to or involve the commission of any offence or offences by one or more of the parties to the agreement, or

(b) would do so but for the existence of facts which render the commission of the offence or any of the offences impossible, he is guilty of conspiracy to commit the offence or offences in question.

aa) *Actus reus*

Den Tatbestand verwirklicht, wer eine Vereinbarung eingeht, die ein Verhalten zum Inhalt hat, das zwingend die Begehung einer Straftat beinhaltet. Dazu reicht es nicht aus, dass ein solches Verhalten konkludent vereinbart wird. Die Vereinbarung muss sich in Wort oder Schrift manifestieren. Auch die bloße Besprechung eines Vorhabens füllt den *actus reus* noch nicht aus.⁷²⁵ Die Parteien müssen das Stadium der Erwägungen hinter sich gelassen und eine feste Vereinbarung getroffen haben.⁷²⁶

Erforderlich ist, dass die Vereinbarung die andere Partei erreicht hat (*communicate*).⁷²⁷ Es ist aber keine Voraussetzung, dass im Falle von drei oder mehr Beteiligten jeder von dem anderen weiss. Die Verabredung kann als Kettenverabredung vorliegen, wenn A mit B übereinkommt, und B mit C, ohne dass C von A wissen

⁷²⁵ *O'Brien* [1974] 59 Cr.App.R. 222 (CA).

⁷²⁶ *King* [1966] Crim.L.R. 280; *Anderson* [1986] AC 27.

⁷²⁷ *Scott* [1979] Crim.L.R. 456.

muss. Eine Verabredung kann ferner gegeben sein, wenn mehrere allein mit einer Zentralfigur eine Verabredung treffen.

bb) *Mens rea*

(1) Doppelter Vorsatz

Wie bei der nichtakzessorischen Anstiftung muss die Partei einer Verabredung mit doppeltem Vorsatz gehandelt haben. Die Vereinbarung muss absichtlich getroffen worden sein. Hinsichtlich des vereinbarten Verhaltens muss sie wissen, dass die Voraussetzungen des jeweiligen Deliktstatbestands vorliegen, oder daran glauben. Daneben muss der Wille auf die Verwirklichung der Straftat gerichtet sein. Dazu gehört bei Erfolgsdelikten der Eintritt des Erfolges. Nicht erforderlich ist es, dass jede Partei die Vereinbarung mit der Absicht eingeht, eine Rolle bei dem geplanten Vorhaben zu spielen.⁷²⁸

Diese Voraussetzungen gelten unabhängig von der für die Verwirklichung des vereinbarten Delikts vorausgesetzten *mens rea*.⁷²⁹

(2) Die Auslegung des Gesetzestextes

Wenn die Wörter ... *necessarily amount to* ... eng ausgelegt werden, müsste die Verwirklichung einer Straftat eine zwingende, unausweichliche Folge des geplanten Verhaltens der Parteien sein. Die bloße Möglichkeit, dass das Verhalten zur Begehung einer Straftat führe, reichte nicht aus. Selbst fernliegende Optionen des geplanten Verhaltens oder sonstiger Umstände der Tat, die eine Deliktsverwirklichung ausschließen, führten zur Verneinung des *actus reus*.⁷³⁰

Um diese unerwünschte Folge eines engen Verständnisses des Gesetzeswortlauts zu vermeiden, hat sich eine weite Auslegung der Worte ... *course of conduct* ... entwickelt.⁷³¹ Diese sollen danach nicht nur das geplante Verhalten der Parteien erfassen, sondern auch die beabsichtigten Folgen dieses Verhaltens.⁷³² Haben die Parteien einen bestimmten Erfolg vereinbart, so wird dieser Erfolg immer als Bestandteil ihres Verhaltens angesehen: Vereinbaren A, B und C, den D umzubringen, indem sie sein Essen vergiften, so würde dieses Verhalten nach der geltenden Auslegung der Worte ... *necessarily amount to* .. nicht zwingend zum Tod des D führen. Er könnte seinen Teller fallen lassen, sein Hund könnte sich über die Spei-

⁷²⁸ *Siracusa* [1989] Crim.L.R. 712; *Edwards* [1991] 2 All E.R. 266; anders *Anderson* [1986] A.C. 27, die im Hinblick auf die folgenden, entgegengesetzten Entscheidungen als unrichtig anzusehen ist.

⁷²⁹ *Siracusa* [1989] Crim.L.R. 712.

⁷³⁰ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 301.

⁷³¹ *Bolton* [1992] Crim.L.R. 57.

⁷³² *Reed* [1982] Crim.L.R. 819.

sen hermachen oder er könnte einfach nicht zum Essen kommen. Da aber A, B und C gerade den Tod des D als Folge ihres Verhaltens gewollt haben, sind sie bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der Verabredung zum Mord schuldig. Anders wäre zu entscheiden, wenn sie sich nur auf die Vergiftung seines Essens geeinigt hätten, ohne seinen Tod zu wollen. Hier bleiben die drei Verschwörer straflos.

b) Verabredung zur Vermögensschädigung (*conspiracy to defraud*)

Die Voraussetzungen dieses Delikts sind nicht sicher geklärt. Einer Linie in der Rechtsprechung zufolge ist nach dem Tatobjekt zu unterscheiden. In der Sache *Scott v. Metropolitan Police Comr*⁷³³ wurde zwischen einem Privaten und der öffentlichen Hand als Geschädigter unterschieden. Soll die Verabredung der Parteien zu einem Vermögensschaden bei einem Privatmann führen, so ist der *actus reus* erfüllt.⁷³⁴ Betrifft die Tat einen Amtsträger, so soll dessen Pflichtverletzung infolge des Verhaltens der Parteien genügen.⁷³⁵

Hingegen hat der Privy Council eine Unterscheidung nach dem Tatobjekt verworfen. Danach soll es in allen Fällen genügen, dass eine Täuschung des Opfers vorliegt, deren Folge nach dem Willen der Parteien darin besteht, dass das Opfer eine Handlung vornimmt oder unterlässt, so dass ein Vermögensschaden oder eine Vermögensgefährdung eintritt.⁷³⁶ Danach ist Lord Diplocks Unterscheidung in der Sache *Scott v. Metropolitan Police Commr* nicht richtig. Die zweite Alternative stellt nur einen möglichen Anwendungsfall der vom Privy Council aufgestellten Definition dar.

Hinsichtlich des Vermögensschadens und der Vermögensgefährdung genügt *recklessness*, um die Voraussetzungen der *mens rea* zu erfüllen. Die Parteien müssen die Verabredung selbst absichtlich geschlossen haben und müssen unehrlich (*dishonestly*) gehandelt haben. Unehrlichkeit ist bei dem gegeben, der gegen die Einsicht handelt, dass jeder normale anständige Mensch (*ordinary decent people*) sein Handeln ablehnen würde.⁷³⁷

c) Verteidigungseinrede der Unmöglichkeit der Deliktsverwirklichung

Allein im Falle der *common law conspiracy* kann der Angeklagte geltend machen, dass die Tatverwirklichung unmöglich gewesen ist.⁷³⁸ Die Unmöglichkeit darf sich nicht aus den verwandten Tatmitteln ergeben.⁷³⁹ Für die kodifizierte Ver-

⁷³³ [1975] A.C. 819.

⁷³⁴ *Hollinshead* [1985] AC 975.

⁷³⁵ *Scott v. Metropolitan Police Commissioner* 1975

⁷³⁶ *Wai Yu-Tsang v. R* [1992] 1 A.C. 269; *Adams* [1995] 1 W.L.R. 52 (PC).

⁷³⁷ *Sinclair* [1968] 3 All E.R. 241.

⁷³⁸ *DPP v. Nock* [1978] A.C. 979 (HL).

⁷³⁹ *Haughton v. Smith* [1975] A.C. 476.

abredung zur Deliktsverwirklichung hat s. 1 (1) b Criminal Law Act 1977 die Verteidigungseinrede der Unmöglichkeit abgeschafft.

V. *Vicarious liability* (Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung)

Ebenfalls außerhalb des englischen Rechts der Teilnahme (*law of complicity*) steht die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung. Gleichwohl soll auch diese Form strafrechtlicher Verantwortlichkeit hier erwähnt werden. Die Besonderheit besteht darin, dass neben dem Handelnden ein Dritter, meist der Arbeitgeber des Handelnden, allein aufgrund seiner Stellung ebenfalls strafbar ist. Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung wird nur angenommen, wenn besondere Umstände vorliegen, die ihre Annahme rechtfertigen.

1. Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung kraft Gesetzes

Das ist erstens der Fall, wenn ein Gesetz die Geschäftsherrenhaftung ausdrücklich anordnet. Beispielsweise bestimmt s. 165 Licensing Act 1964:

If any person in licensed premises himself or by his servant or agent sells or supplies to any person as the measure of intoxicating liquor for which he asks an amount exceeding that measure, he shall be liable to a fine ...

Der Geschäftsherr ist für das Verhalten seines Angestellten verantwortlich und wird mit einer Geldbuße belegt, wenn der Angestellte größere als die nachgefragte Menge hochprozentigen Alkohols verkauft. Eine Exkulpationsmöglichkeit besteht anders als bei der Geschäftsherrenhaftung nach § 831 BGB nicht.

2. Erfolgshaftungsdelikte

Der zweite Fall der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung tritt im Zusammenhang mit den Erfolgshaftungsdelikten, die ein subjektives Element enthalten können, und den absoluten Erfolgshaftungsdelikten, die keine *mens rea* voraussetzen, auf.⁷⁴⁰ Kennzeichnend dafür sind die Tatbestandsmerkmale *be in possession of*, *to „keep“*, *„sell“*⁷⁴¹ oder *„use“*⁷⁴². Jedoch müssen auch hier Gesetzeszweck, Wortlaut des Gesetzes und die Art der durch das Gesetz statuierten Pflicht betrachtet werden, ob eine Geschäftsherrenhaftung dem Willen des Gesetzgebers entspricht.⁷⁴³ Ist das der Fall, so muss das Gesetz weit ausgelegt werden (*extensive construction*). Der zugrundeliegende Gedanke ist folgender. Bei einer engen Aus-

⁷⁴⁰ *DPP v Kelle* [1994] Crim.L.R. 916 (DC).

⁷⁴¹ *Coppen v. Moore (No. 2)* [1898] 2 Q.B. 306.

⁷⁴² *Green v. Burnett* [1955] 1 Q.B. 78; *Hallett Silberman Ltd v. Chesire CC* [1993] R.T.R. 32.

⁷⁴³ *Moussell Bros Ltd v. LNWR* [1917] 2 K.B. 836.

legung des Wortlauts wird es oftmals so sein, dass allein der Geschäftsherr das Delikt verwirklichen kann. So ist allein er der Eigentümer, der eine Sache verkaufen oder in seinem Besitz haben kann. Das Delikt wäre somit allein von ihm zu verwirklichen, da er die vorausgesetzte Eigenschaft als Eigentümer einer Ware hat. Delegierte er die Tätigkeit in seinem Gewerbe, zum Beispiel den Verkauf hochprozentigen Alkohols, so könnte er der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entkommen. Dem beugt die weite Auslegung dieser Tatbestände vor. Ungeachtet der persönlichen Eigenschaft des Verrichtungsgehilfen wird dessen *actus reus*, wie zum Beispiel der Verkauf eines für unter achtzehnjährige Personen gesperrten Videos an einen Sechzehnjährigen, als durch den Geschäftsherrn verwirklicht angesehen (*attributed act principle*).⁷⁴⁴

Eine Grenze dieser Fiktion ist erreicht, wenn es das natürliche Verständnis der englischen Sprache nicht zulässt, die Tat des Verrichtungsgehilfen als durch den Geschäftsherrn begangen anzusehen. Das ist für das Verb *drive* entschieden worden.⁷⁴⁵ Die Unterscheidung zwischen den Delikten, die im Wege der Geschäftsherrhaftung zur Bestrafung eines anderen als des Handelnden führen können, und solchen, bei denen das nicht möglich ist, folgt der Unterscheidung zwischen eigenhändigen und Allgemeindelikten.

Neben der Voraussetzung, dass der Wortlaut des Gesetzes der Fiktion zugänglich sein muss, ist die zweite Voraussetzung, dass der Verrichtungsgehilfe die Tat in Ausführung seiner Verrichtung begeht. Nimmt der Angestellte eines Immobilienmaklers rechtswidrig eine Prämie für die Vermittlung einer Wohnung an, so ist der Immobilienmakler hierfür nicht verantwortlich. Der Angestellte handelte außerhalb seines Beschäftigungsverhältnisses.⁷⁴⁶ Andererseits lässt weisungswidriges Verhalten des Verrichtungsgehilfen die Strafbarkeit des Geschäftsherrn unberührt.⁷⁴⁷ Drittens ist zu beachten, dass die *extensive construction* niemals angewandt wird, wenn es um Verstöße gegen eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis (*license*) geht.⁷⁴⁸ Enthält das Erfolgshaftungdelikt ein subjektives Element, so muss die entsprechende *mens rea* sowohl beim Verrichtungsgehilfen als auch beim Geschäftsherrn gegeben sein, da allein der *actus reus* beim Geschäftsherrn fingiert werden kann.

3. Delegation von Pflichten durch den Geschäftsherrn auf seine Angestellten

Drittens ist der Geschäftsherr für das Handeln seiner Angestellten in strafrechtlicher Hinsicht verantwortlich, wenn der Geschäftsherr ihn treffende Pflichten auf einen Angestellten übertragen hat, der Angestellte gegen diese Pflichten verstößt

⁷⁴⁴ SMITH, SIR JOHN: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London Edinburgh 2002, S. 197ff.

⁷⁴⁵ *Thornton v. Mitchell* [1940] 1 All E.R. 339.

⁷⁴⁶ *Barker v. Levinson* [1951] 1 K.B. 342.

⁷⁴⁷ *Coppen v. Moore (No. 2)* [1898] 2 Q.B. 306.

⁷⁴⁸ *McKenna v. Harding* (1905) 69 J.P. 354.

und es zur Begehung einer Straftat kommt (*delegation principle*). Die Strafbarkeit des Geschäftsherrn setzt dreierlei voraus:

Der Angestellte muss seine Verrichtung selbständig ausführen, der Geschäftsherr muss die Wahrnehmung seiner Pflichten vollständig übertragen haben.⁷⁴⁹ Verbieta der Restaurantbesitzer seinen Kellnern, Alkohol an Personen abzugeben, die nicht in seinem Restaurant essen, und handelt einer der Kellner entgegen dieser Anweisung, so ist der Geschäftsherr nicht strafbar.⁷⁵⁰ Auch eine zeitlich begrenzte und vorübergehende Übertragung der Pflichten genügt nicht, um die Strafbarkeit des Geschäftsherrn zu begründen.⁷⁵¹ Sie ist keine vollständige Übertragung.

Bei dem Delikt darf es sich nicht um ein Erfolgshaftungsdelikt handeln.⁷⁵² Bei diesen greift die weite Auslegung (*extensive construction*) ein.

Wie bei der weiten Auslegung zur Begründung der Geschäftsherrenhaftung muss der Verrichtungsgehilfe im Rahmen der Verrichtung gehandelt haben, zu der er bestellt ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, so werden der *actus reus* und die *mens rea* der Verrichtungsgehilfen dem Geschäftsherrn zugerechnet.⁷⁵³

Bei alledem ist zu bemerken, dass die Geschäftsherrenhaftung nur im Hinblick auf das Handeln eines Verrichtungsgehilfen in Frage kommt, das den rechtlich missbilligten Erfolg unmittelbar herbeiführt oder selbst die inkriminierte Verhaltensweise darstellt. Eine Strafbarkeit des Geschäftsherrn ist ausgeschlossen, wenn sein Verrichtungsgehilfe lediglich an der Verwirklichung eines Delikts teilgenommen hat. Der Grund hierfür ist, dass die Teilnahme stets *mens rea* verlangt, auch wenn die Haupttat keine *mens rea* voraussetzt. Dieses Erfordernis kann durch die unwiderlegliche Vermutung des Vorsatzes⁷⁵⁴

4. Strafbarkeit der Beteiligten bei der Geschäftsherrenhaftung

Hinsichtlich der Art der Beteiligung bei der Geschäftsherrenhaftung ist zu unterscheiden: Handelt es sich um Delikte, in denen eine bestimmte persönliche Eigenschaft des Handelnden vorausgesetzt wird, so ist allein der Träger dieser Eigenschaft als Täter zu bestrafen. Sieht ein Tatbestand vor, dass der Inhaber einer öffentlichen Erlaubnis für den Ausschank von Alkohol bestraft wird, wenn Alkohol an Jugendliche abgegeben wird, so kann nur der Lizenzinhaber selbst der Täter

⁷⁴⁹ Vgl. aber *Howker v. Robinson* [1972] 2 All E.R. 786. Diese Entscheidung ist inhaltlich und im Hinblick auf ihre Bindungswirkung fragwürdig. Aufgrund des Sachverhalts hätte die Geschäftsherrenhaftung nicht angewandt zu werden brauchen. Die Bindungswirkung wurde in der Entscheidung *Bradshaw v. Ewart-James* [1983] Q.B. 671 (D.C.) eingeschränkt.

⁷⁵⁰ *Vane v. Yiannopoulos* [1965] A.C. 468.

⁷⁵¹ *Bradshaw v. Ewart-James* [1983] Q.B. 671 (D.C.).

⁷⁵² *Winson* [1969] 1 Q.B. 371.

⁷⁵³ *Allen v. Whitehead* [1930] 1 KB 211.

⁷⁵⁴ *Ferguson v. Weaving* [1951] 1 KB 814, 821.

sein. Der Verrichtungsgehilfe ist auch dann als Teilnehmer zu bestrafen, wenn sein Verhalten die Voraussetzungen des *actus reus* erfüllt.⁷⁵⁵

In allen anderen Fällen, in denen der Geschäftsherr keine persönliche Eigenschaft aufzuweisen hat, werden der Geschäftsherr und der Verrichtungsgehilfe als Mittäter (*joint principals*) bestraft.⁷⁵⁶

VI. Juristische Personen

Der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen soll an dieser Stelle noch knapper Raum gewidmet werden. Auch mit der Behandlung der Strafbarkeit juristischer Personen ist das Gebiet des Rechts der Teilnahme an sich verlassen. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen wird in England und Wales deshalb als problematisch angesehen, weil viele der Sanktionen, wie zum Beispiel eine Haftstrafe, auf eine juristische Person nicht angewendet werden können. Insbesondere wird es als einer möglichen Verantwortlichkeit der juristischen Person entgegengesetzt betrachtet, dass eine juristische Person selbst keine *mens rea* zu bilden vermag. Das letztgenannte Hindernis ist aber in einer Reihe von Fällen ohne Belang, in denen entsprechend eine Strafbarkeit juristischer Personen als unproblematisch angesehen wird: Abgesehen von Fällen, in denen eine juristische Person laut Gesetzestext Verbots- oder Gebotsadressat ist⁷⁵⁷ oder in denen es sich um die Strafbarkeit aufgrund eines Erfolgshaftungsdelikts, das keine *mens rea* voraussetzt, handelt,⁷⁵⁸ kann sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen auch aus der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung ergeben.⁷⁵⁹ Die Art der Beteiligung der juristischen Person als Geschäftsherr und der handelnden natürlichen Person richtet sich nach den oben entwickelten Kriterien. Weiterhin sind die Bedenken gegen eine Strafbarkeit von juristischen Personen von dem Streben nach der Schließung der als störend empfundenen Strafbarkeitslücken, die außerhalb der als unproblematisch angesehenen Konstellationen übriggeblieben sind, überwunden worden. Dazu dient das Identitätsprinzip (*identification principle* oder *alter ego doctrine*). Die *mens rea* einer für die juristische Person handelnden natürlichen Person wird der juristischen Person unter bestimmten Voraussetzungen zugerechnet. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Berührungspunkt mit dem Gegenstand dieser Untersuchung wieder erreicht. Die natürliche Person, die den *actus reus* mit der erforderlichen *mens rea* verwirklicht hat, und die juristische Person werden als Mittäter (*joint principals*) angesehen.

⁷⁵⁵ *Griffiths v. Studebackers Ltd* [1924] 1 K.B. 102; *Ross v. Moss* [1965] 2 Q.B. 396.

⁷⁵⁶ *Green v. Burnett* [1955] 1 Q.B. 78.

⁷⁵⁷ *Gateway Foodmarkets Ltd* [1997] 2 Cr.App.R. 40, C.A.

⁷⁵⁸ *Great North of England Railway Co* (1846) 2 Cox C.C. 70.

⁷⁵⁹ *Chuter v. Freeth & Pocock Ltd* [1911] 2 K.B. 832; *Mousell Bros Ltd v. London and North Western Railway Co* [1917] 2 K.B. 836.

1. Inhalt des Identifikationsprinzips

Der Grundgedanke des Identifikationsprinzips und seine Abgrenzung gegen andere Arten der Verantwortlichkeit einer juristischen Person findet sich in der Entscheidung *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*:⁷⁶⁰

A living person has a mind which can have knowledge or intention or be negligent and he has hands to carry out his intentions. A corporation has none of these; it must act through living persons, though not always one or the same person. Then the person who acts is not speaking or acting for the company. He is acting as the company and his mind which directs his acts is the mind of the company. ... He is an embodiment of the company or, one could say, he hears and speaks through the persona of the company, within his appropriate sphere, and his mind is the mind of the company. If it is a guilty mind then that guilt is the guilt of the company. It must be a question of law whether, once the facts have been ascertained, a person in doing particular things is to be regarded as the company or merely as the company's servant or agent. In that case any liability of the company can only be a statutory or vicarious liability.

Unter welchen Voraussetzungen das Verhalten und der Vorsatz einer natürlichen Person der juristischen Person zugerechnet werden, richtet sich nach Regeln (*rules of attribution*), die im Wesentlichen auf drei Entscheidungen fußen.⁷⁶¹ Die Personen, die für eine juristische Person tätig sind und deren Verhalten die Voraussetzungen einer Straftat erfüllt, müssen das „Gehirn“ (*brain*) der juristischen Person sein, wenn diese Tat eine Tat auch der juristischen Person sein soll; es reicht nicht aus, dass natürliche Personen gehandelt haben, die nur als „Hände“ (*hands*) der juristischen Person angesehen werden.⁷⁶²

Die Abgrenzung des „Gehirns“ gegen die „Hände“ erfolgt nach den Besonderheiten des Einzelfalls. Die Entscheidungen zeigen jedoch eine Tendenz, natürliche Personen, die neben ihrer leitenden und kontrollierenden Funktion auch selbst in dem von ihnen geleiteten Bereich mitarbeiten, nicht als Gehirn anzusehen sind.⁷⁶³ Es muss eine gewisse Entfernung von der zum Betrieb gehörenden produktiven Tätigkeit oder der Dienstleistung bei gleichzeitiger Tätigkeit im Management gegeben sein, um als Gehirn einer juristischen Person gelten zu können.⁷⁶⁴ Im Regel-

⁷⁶⁰ [1972] A.C. 153.

⁷⁶¹ *DPP v. Kent & Sussex Contractors Ltd* [1944] K.B. 146; *ICR Haulage Ltd* [1944]. K.B. 551; *Moore v. I Bresler Ltd* [1944] 2 All E.R. 515.

⁷⁶² *HL Bolton (Engeneering) Co Ltd v. TJ Graham and Sons Ltd* [1957] 1 Q.B. 159.

⁷⁶³ vJEFFERSON, MICHAEL: *Criminal Law*, 6. Aufl. 2003 Harlow, S. 246 m.w.N.

⁷⁶⁴ [1972] A.C. 153, 157.

fall werden die geschäftsführenden Direktoren allein als Gehirn angesehen werden. Entsprechend wird in neuerer Zeit auch nicht vom Gehirn, sondern von dem leitenden Verstand und Willen (*directing mind and will of the company*) gesprochen.

Anders ist dies in Fällen, in denen ein Gesetz bestimmt, dass natürliche Personen im Hinblick auf ihren Tätigkeitsbereich oder bestimmte Verrichtungen die Verantwortlichkeit der juristischen Person begründen können.⁷⁶⁵ Hier ist die Unterscheidung zwischen „Gehirn“ und „Hand“ unwesentlich, da qua lege die Person bestimmt ist, deren strafbares Verhalten die Strafbarkeit der juristischen Person begründen kann.

Weiter setzt die Strafbarkeit einer juristischen Person voraus, dass das fragliche Verhalten der natürlichen Person in sachlichem Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für die juristische Person steht und dass die Strafbarkeit ihres Verhaltens durch Verurteilung festgestellt ist. Sind mehrere natürliche Personen als Gehirn der juristischen Person anzusehen, so müssen alle verurteilt sein, bevor ein Schuldspruch gegen die juristische Person ergehen kann.⁷⁶⁶

2. Beschränkungen des Prinzips

Wie oben erwähnt, kann eine juristische Person sich nicht wegen einer Tat strafbar machen, deren Sanktion auf etwas anderes als eine Geldstrafe lautet. Gewisse Straftaten sollen nicht im Rahmen der Tätigkeit für ein Unternehmen begangen werden können, so der Hochverrat. Einer Verurteilung steht nicht entgegen, dass der Tatbestand des Delikts, dessen die juristische Person angeklagt ist, Gewaltanwendung voraussetzt.

VII. Zusammenfassung des dritten Kapitels

Das englische Recht der Teilnahme hat seine Grundzüge bereits im späten Mittelalter ausgeprägt. Es wird, soweit es um schwere Straftaten (*feloniae*) geht, zwischen Täter und Teilnehmer unterschieden. Das Abgrenzungskriterium ist die Eigenhändigkeit der Tatbegehung oder die unmittelbare Verursachung des Erfolges. Wer nicht in eigener Person die Voraussetzungen des Delikts verwirklicht, aber dennoch mittelbar für den Erfolgseintritt kausal ist oder an der Deliktsverwirklichung in nichttäterischer Weise beteiligt, ist Teilnehmer.

Das moderne englische Strafrecht hat diese Unterscheidung grundsätzlich beibehalten. Täter ist, wer den Erfolg verursacht hat. Bei den Sonderdelikten und eigenhändigen Delikten ist der Kreis der möglichen Täter noch darüber hinaus auf die

⁷⁶⁵ *Meridian Global Fund Management Ltd v Securities Commission* (1995).

⁷⁶⁶ *R v. HM Coroner for East Kent, ex parte Spooner* (1989) 88 Cr.App.R 10, D.C.

Personen beschränkt, die die im Tatbestand vorausgesetzten besonderen persönlichen Eigenschaften aufweisen bzw. ihn eigenhändig verwirklichen.

Verursacht hat den Erfolg, wer die dem Erfolg nächste Ursache gesetzt hat. Das bedeutet nach englischer Anschauung, dass kein *novus actus interveniens* die Verbindung zwischen dem Handeln des Täters und dem Eintritt des Erfolges unterbrochen hat. Als *novus actus interveniens* kommt insbesondere ein auf freiem Willensentschluss beruhendes Verhalten eines anderen Menschen in Betracht. Freilich ist dieser Grundsatz in jüngster Zeit durch einige Entscheidungen in Frage gestellt worden, die auf dem Gebiet des Umwelt- und des Drogenstrafrechts ergangen sind. Hier haben offenbar rechtspolitische Erwägungen dazu geführt, den Kreis möglicher Täter weiter zu ziehen, als die Voraussetzung unmittelbarer Kausalität es zulässt. Treffen ein Unterlassen und ein Handeln zusammen, so ist bislang durch die Rechtsprechung nicht geklärt, wie die Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer zu treffen ist. Vieles spricht dafür, dass hier immer der Handelnde als Täter, der Unterlassende als Teilnehmer an dessen Delikt angesehen wird.

In Gestalt der *doctrine of innocent agency* kennt das englische Strafrecht eine der mittelbaren Täterschaft ähnliche Rechtsfigur. Ein Vordermann, der *agent*, verwirklicht den *actus reus* einer Straftat. Er kann nicht bestraft werden, weil er Strafbarkeitsdefizite aufweist. Der Hintermann weiß um diese Defizite und bedient sich des Werkzeugs mit der für die strafbare Verwirklichung des Delikts notwendigen *mens rea*. Voraussetzung ist, dass stets der *actus reus* vorliegt. Die Strafbarkeitsdefizite beziehen sich entsprechend auf die *mens rea*. Dem Nötigungsnotstand (*duress*) kommt eine besondere Stellung zu, weil er zwar nicht die *mens rea* entfallen lässt, aber nach bis jetzt geltender Rechtslage noch als Strafbarkeitsdefizit des Werkzeugs anerkannt wird. Anders verhält es sich bei eigenhändigen Delikten: Hier wird der unmittelbare Handelnde, der von einem anderen zur Begehung des eigenhändigen Delikts genötigt wird, nicht bestraft. Der Nötigende ist dann mangels einer Bestrafung als mittelbarer Täter, Teilnehmer an dessen tatbestandlicher und vorsätzlich begangener, jedoch straflosen Tat. Diese in sich nicht schlüssige Rechtslage hat weiterhin Bestand.

Täter ist auch, wer als Mittäter zusammen mit anderen einen Teil oder den gesamten Tatbestand des Delikts mit der erforderlichen *mens rea* verwirklicht. Ein gemeinsamer Tatplan ist dabei nur erforderlich, wenn ein arbeitsteiliges Handeln zur Verwirklichung des Tatbestandes geführt hat. Im Übrigen unterscheidet das englische Strafrecht nicht zwischen Mittätern, von denen jeder den vollen Tatbestand eines Delikts verwirklicht, und Nebentätern.

Das englische Strafrecht kennt die sukzessive Mittäterschaft: Solange der vorausgesetzte Erfolg noch nicht eingetreten oder die tatbestandsmäßige Handlung noch nicht abgeschlossen ist, kann ein Hinzutretender durch sein Verhalten eine Verantwortlichkeit als Mittäter begründen.

Die Strafbarkeit des Teilnehmers nach s. 8 Aiders and Abettors Act 1861 hängt von der Verwirklichung einer Haupttat ab. Entgegen früherer Entwicklungsstufen

des Rechts der Teilnahme besteht keine prozessuale Akzessorietät. Vorliegen müssen im Hinblick auf das noch vorherrschende Verständnis des Deliktsaufbaus als zweigliedrig der *actus reus* und die *mens rea* der Straftat. Handelt der Täter ohne die erforderliche *mens rea*, so kommt eine Bestrafung des Teilnehmers als mittelbarer Täter in Betracht. Eine Ausnahme besteht für die Verwirklichung eigenhändiger Delikte und für die Erfolgshaftungsdelikte.

Die Teilnahme selbst ist nicht teilnahmefähig: Der Grund hierfür ist, dass nach englischer Vorstellung die Strafbarkeit des Teilnehmers aus dem strafbaren Verhalten des Täters abgeleitet wird (*derivative nature of complicity*). Die Teilnahme, deren Unrechtsgehalt selbst nur abgeleitet ist, kann selbst nicht Ausgangspunkt für eine weitere Ableitung sein. Jedoch bleibt keine Strafbarkeitslücke: Das englische Strafrecht kann sich behelfen, indem es auf die nichtakzessorische Anstiftung (*incitement*) oder die Verabredung zur Deliktsverwirklichung zurückgreift. Diese Delikte sind teilnahmefähige Haupttaten. So kann beispielsweise die Kettenanstiftung rechtlich erfasst werden.

Teilnehmer ist, wer nach einem der vier Teilnahmemodi *aid*, *abet*, *counsel* oder *procure* an der Verwirklichung eines Delikts beteiligt gewesen ist. Diese Teilnahmemodi werden in der Praxis nicht immer genau auseinandergelassen, unterscheiden sich aber in ihren Voraussetzungen und Funktionen innerhalb des Rechts der Teilnahme. *Aid* beschreibt die Hilfeleistung zur Tatbegehung vor oder während der Verwirklichung des Delikts. *Abetting* ist die Ermunterung zur Tat, die während der Tatbegehung erfolgt und eine gewisse Willensübereinstimmung mit dem Täter hinsichtlich der Haupttat voraussetzt. Inhaltlich wird diese Begehungsweise *counselling* gleichgestellt. Allerdings ist *counselling* nur vor der Tatbegehung einschlägig. Der vierte Teilnahmemodus, *procure*, weist eine Sonderstellung auf. Zum einen beschreibt auch er eine psychische Form der Teilnahme, doch ist er nicht darauf beschränkt. In Fällen der Erfolgshaftung, in denen der Täter ohne den Nachweis einer *mens rea* bestraft werden kann, füllt *procure* die Strafbarkeitslücke, die besteht, weil eine mittelbare Täterschaft im englischen Strafrecht nur bei Strafbarkeitsdefiziten hinsichtlich der *mens rea* denkbar ist. Bringt der Teilnehmer ein Erfolgshaftungsdelikt des Täters hervor, so ist der Teilnahmemodus *procure* einschlägig. Das unbemerkte Verabreichen von Alkohol, das zu einer Trunkenheitsfahrt des Täters führt, ist ein typisches Anwendungsbeispiel. Gleiches gilt für die eigenhändigen Delikte, die per se eine Anwendung der *doctrine of innocent agent* verbieten.

Die Teilnahme kann auch in Gestalt einer Unterlassung erfolgen. Sie wird dann nahezu ausschließlich als *abetting* angesehen.

Unsicher ist, ob die Teilnahmehandlung für die Haupttat kausal sein muss. Die Rechtsprechung hat sich zu dieser Frage bislang nicht abschließend geäußert. Allein *procure* in der Variante "Hervorbringen der Tat" verursacht die Haupttat im Sinne des englischen Kausalitätsverständnisses. In der Literatur wird daneben für die anderen Teilnahmemodi eine Einflussnahme auf das Erscheinungsbild der Haupttat diskutiert. Das ist nach englischem Verständnis freilich keine Frage der

Kausalität. Selbst diese geringe Voraussetzung könnte keine Allgemeingültigkeit für alle Teilnahmemodi erlangen. Die Teilnahmehandlung in Gestalt von *aid* muss den Täter nicht erreichen, so dass hier auch Verhaltensweisen gestraft werden können, die nach deutscher Dogmatik als Versuch der Teilnahme bewertet werden.

Für den Teilnehmervorsatz ist grundsätzlich zwischen Fällen der normalen Teilnahme und solchen der gemeinschaftlichen Tatbegehung (*joint enterprise*) zu unterscheiden. In Fällen der normalen Teilnahme muss der Teilnehmer seine Teilnahmehandlung absichtlich (*intentionally*) in Kenntnis (*knowledge*) des Typs des als Haupttat verwirklichten Delikts (*type of crime*) verwirklichen. Für Teilnahmehandlungen, die zeitlich vor der Deliktsverwirklichung durch den Täter liegen, kann *knowledge* naturgemäß keine Voraussetzung sein. Dementsprechend wird hier die Voraussicht der Verwirklichung eines Delikts mit einem hohen Maß an Wahrscheinlichkeit gefordert.

Liegt der Haupttat ein gemeinsamer Tatplan zugrunde, so sind die Anforderungen an die *mens rea* geringer. Zwar muss der Teilnehmer auch hier seine Teilnahmehandlung absichtlich vornehmen. Doch reicht es im Hinblick auf die Haupttat aus, dass er ihre Verwirklichung als möglich im Rahmen der Umsetzung des gemeinsamen Tatplans erkannt hat. Die Unterscheidung zwischen den Vorsatzerfordernissen in Fällen der normalen Teilnahme und eines *joint enterprise* ist sehr fein. Sie dient im Kern dazu, für Sachverhalte, die ein verabredetes Verhalten mehrerer beinhalten, Beweiserleichterungen zu schaffen. Im Einzelnen ist hier vieles aufgrund einer nicht immer einheitlichen Rechtsprechung unsicher.

Hinsichtlich der Abweichungen (*deviations*) ergeben sich die Rechtsfolgen für die Teilnehmer aus den Voraussetzungen der *mens rea*: Der Teilnehmer ist für alle Taten verantwortlich, um deren Begehung er wusste oder die er als möglich im Rahmen der Umsetzung des gemeinsamen Tatplans erkannt hat. Weicht einer der Beteiligten bewusst und für die anderen nicht vorhersehbar von dem gemeinsamen Tatplan ab, so sind die anderen für diese Abweichung nicht verantwortlich. Geschieht etwas von allen nicht Vorhergesehenes, so ist niemand dafür verantwortlich, solange es nicht Folge der Umsetzung eines eventuell vorhandenen gemeinsamen Tatplans gewesen ist.

Das englische Strafrecht kennt einige Fälle der Akzessorietätslockerung: Der Teilnehmer kann wegen eines schwereren Delikts als der Täter bestraft werden, soweit der *actus reus* beider Delikte derselbe ist. Diese „Akzessorietätslockerungen“ treten auf, wenn die *mens rea* der Beteiligten verschieden ist oder dem Täter Verteidigungseinreden zur Verfügung stehen, die der Teilnehmer nicht geltend machen kann. Dies gilt insbesondere für die privilegierenden Einreden gegen den Vorwurf des Mordes (*partial defences*).

Strafbefreiend ist der Rücktritt von der Teilnahme (*withdrawal*). Welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um einen erfolgreichen Rücktritt anzunehmen, hängt von dem Teilnahmemodus und davon ab, ob es sich um eine Konstellation der normalen Teilnahme oder um eine gemeinschaftliche Tatbegehung handelt, und ist zum großen Teil Tatfrage. Hat der Teilnehmer seine Teilnahmehandlung vor der

Deliktsverwirklichung verwirklicht, so kann eine unzweideutige Mitteilung des „Ausstiegs“ aus dem Unternehmen den übrigen Beteiligten gegenüber bereits einen Rücktritt begründen. Ist der Teilnehmer hingegen bei der Tatbegehung anwesend, so besteht eine Tendenz, den Rücktritt nur dann als strafbefreiend anzusehen, wenn der Teilnehmer die Deliktsverwirklichung verhindert.

Mit der Erörterung der nichtakzessorischen Anstiftung (*incitement*) und Verabredung zur Deliktsverwirklichung ist der Boden des Rechts der Teilnahme (*law of complicity*) verlassen. Die nichtakzessorische Anstiftung setzt voraus, dass ein anderer vom Täter zur Begehung einer Straftat ermutigt oder angestiftet wird, wobei dies auch unter Überwindung eines vom Angestifteten geleisteten Widerstands möglich ist. Der Angestiftete muss lediglich seinen Widerstand aufgeben oder sein Einverständnis mit der Deliktsverwirklichung erklärt haben. Zu der Deliktsverwirklichung selbst muss es nicht gekommen sein. Der Anstifter muss die Anstiftungshandlung ebenso wie die Begehung des Delikts beabsichtigen (*intention*). Er muss alle Elemente der zu verwirklichenden Straftat kennen und muss zumindest glauben, dass auch der Angestiftete den auf die Begehung der Haupttat gerichteten Vorsatz hat.

Incitement ist eine teilnahmefähige Haupttat und kann somit dazu dienen, bei Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Haupttat auszuhelfen.

Die Verabredung zur Deliktsverwirklichung (*conspiracy*) gemäß s. 1 (1) Criminal Law Act 1977 bedroht die Vereinbarung von Verhaltensweisen mit Strafe, die zwangsläufig zu der Begehung einer Straftat führen werden. Die *mens rea* setzt voraus, dass der Täter die Vereinbarung und die Begehung der Straftat gewollt hat (*intention*). Er muss gewusst (*know*) oder geglaubt (*believe*) haben, dass alle Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit nach dem Delikt, das begangen werden soll, begründen.

Unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme strafbarkeit sind die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung und Verantwortlichkeit juristischer Personen interessant.

Im Fall der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung werden Geschäftsherr und Verrichtungsgehilfe als Mittäter bestraft, soweit nicht der Tatbestand für den Täter eine besondere persönliche Eigenschaft voraussetzt. Wenn das der Fall ist, spielt es keine Rolle, wer unmittelbar kausal für den Erfolgseintritt gewesen ist oder wer die pönalisierte Handlung vorgenommen hat. Allein der Träger der Eigenschaft ist dann der Täter, der andere lediglich Teilnehmer.

Juristische Personen können unter dem Gesichtspunkt der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung oder aufgrund des Identifikationsprinzips bestraft werden. Letzteres setzt voraus, dass eine Person in unternehmensleitender Funktion eine Straftat begangen hat. Deren *mens rea* wird als *mens rea* der juristischen Person zugerechnet, führt zu ihrer Bestrafung sowie der des Handelnden als Mittäter (*joint principals*).

3. Teil: Vergleich und Schlussbetrachtungen

In einem letzten Schritt sollen die erkannten Grundstrukturen der Beteiligungsregelungen einander gegenübergestellt werden. Dazu werden als Vergleichsgröße die deutschen Regelungen zu Täterschaft und Teilnahme¹ herangezogen und die Abweichungen von deren Inhalten aufgezeigt.

I. Überblick

Unabhängig davon, ob die Regelungen der betrachteten Rechte dem monistischen Einheitstätermodell oder dem dualistischen Teilnahmehmodell zuzuordnen sind, weisen die jeweiligen Rechtssysteme ganz verschiedene Gründe für eine Unterscheidung zwischen dem Täter und dem Teilnehmer auf.

Bestimmend für die Entwicklung, der die Teilnahme betreffenden Regelungen, sind im römischen Recht praktische Erfordernisse und der Traditionalismus der römischen Juristen. Ausgangspunkt der Entwicklung ist die Notwendigkeit, auch eine nicht unmittelbare Verursachung eines rechtlich missbilligten Erfolges bestrafen zu können. Eine entsprechende Regelung musste in das bestehende System von Klagen eingepasst werden, die bis dahin als Täter nur den eigenhändig Handelnden erfassten. Praktische Erfordernisse haben dann in einem Zwischenschritt dazu geführt, dass alle, die über die eigenhändige Begehung hinaus ursächlich für den Eintritt des missbilligten Erfolges waren, bestraft werden konnten. Anders verlief die Entwicklung beim *furtum*. Schon früh wird dies eines der am häufigsten begangenen Delikte gewesen sein. Die Vielzahl seiner Erscheinungsformen und die Beteiligung weiterer Personen neben dem eigenhändig Handelnden hat hier eine Differenzierung erforderlich gemacht: In einem Recht, das die unmittelbare Verursachung als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit betrachtete, war die nur mittelbare Form der Beteiligung gesondert zu nennen. Terminologische Gesichtspunkte mögen bei der Unterscheidung von Täter und Teilnehmer in der weiteren Entwicklung des Rechts auch bei anderen Delikten eine Rolle gespielt haben. Nach den hier gewonnenen Erkenntnissen hat auch das Corpus Iuris Civilis kein eigenständiges, auf alle Delikte gleichermaßen anzuwendendes Recht von Täterschaft und Teilnahme gekannt. Ausgangspunkt der Entwicklung einer Differenzierung war das *furtum*. Die dort von den römischen Juristen entwickelten Grundsätze wurden nach Bedarf für andere Delikte übernommen und gegebenenfalls modifiziert.

Ausdruck einer sich auch im Hinblick auf die Rechtsfolgen durchsetzenden Unterscheidung von Tätern und Teilnehmern ist die sich spätestens im justinianischen Recht ankündigende mildere Bestrafung des Teilnehmers. Dem voraus gegangen ist zum einen die Beschränkung der *condictio furti*, der Herausgabeklage wegen etwas durch Diebstahl Erlangtem, auf den Täter, die das traditionelle Verständnis

¹ Bei diesen Darstellungen ist ROXIN, CLAUS: Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. Berlin New York 1999 stets mitzudenken.

des Täters als des unmittelbar Handelnden reflektiert.² Zum anderen zeugt auch das Erfordernis der *contractatio* von einer gewollten Beschränkung des *furtum*-Tatbestandes auf den Bereicherten. Damit wird eine gesonderte Bestrafung des nicht Bereicherten, doch an der Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges Beteiligten erforderlich. Die Kriterien für eine Differenzierung zwischen Täter und Teilnehmer im Corpus Iuris Civilis haben eine deutsche Entsprechung. Wendet man die formal objektive Theorie der deutschen Dogmatik zur Unterscheidung von Täter und Teilnehmer an,³ werden im Hinblick auf diese Unterscheidung die gleichen Ergebnisse erzielt wie im römischen Recht. Wer den Tatbestand oder einen Teil des Tatbestandes verwirklicht, ist Täter, alle anderen für die Herbeiführung des Erfolges „ursächlichen“ und mit Vorsatz handelnden Personen sind Teilnehmer. Es gilt: Die Terminologie „Täter“ und „Teilnehmer“ passt nur dann zum Recht justinianischer Zeit, wenn die formal objektive Theorie der deutschen Dogmatik diesen Begriffen zugrundeliegt.

Wie im römischen Recht mag der Ursprung der Unterscheidung von Täter und Teilnehmer im englischen Recht in engen Kausalitätsvorstellungen gelegen haben. Darauf weisen altertümliche, wohl noch animistische Vorstellungen hin: Unbeschadet menschlichen Verhaltens werden in erste Linie die Gegenstände, die einen Erfolg herbeiführen, als „Täter“ verstanden. Sie führen unmittelbar die Verletzung herbei.

Das englische Recht sah und sieht grundsätzlich keine unterschiedlichen Rechtsfolgen für Täter und Teilnehmer vor. Die Unterscheidung von Täter und Teilnehmer war zunächst eine durch das Prozessrecht bedingte Notwendigkeit und ebenso wenig wie im römischen Strafrecht aus der Erwägung verschieden schwerer Schuld heraus entwickelt. Entsprechend fällt die Strafe für den unmittelbaren wie den mittelbaren Verursacher gleich aus. Die weitere Entwicklung hat die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer weiter zurückgedrängt. Dennoch ist die Unterscheidung von Belang. Einerseits werden rechtsstaatliche Argumente ins Feld geführt, die aber nicht als zwingend angesehen werden. Der Angeklagte soll wissen, gegen welchen Vorwurf er sich zu verteidigen hat. Ferner verlangen einige Gruppen von Delikten eine Unterscheidung. Es sind dies Delikte, die eine besondere Qualität des Täters verlangen und insoweit den deutschen Sonderdelikten gleichstehen, Delikte, die den deutschen eigenhändigen Delikten entsprechen (*non-proxyable offences*), die Erfolgshaftungsdelikte (*strict liability offences*) und Fälle strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung (*vicarious liability*). Auch das englische Recht sieht vor, dass der Teilnehmer milder bestraft werden kann als der Täter. Die Richtlinien für die Strafzumessung (*sentencing, guidelines*) sehen in der *culpability*, der Vorwerfbarkeit des Verhaltens, die anhand des Grades des Ver-

² Für das deutsche Strafrecht: § 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB; für den Anstifter ist der Strafraum der Haupttat maßgeblich, innerhalb dessen die Strafzumessung nach der Schwere der Schuld erfolgt, FISCHER, THOMAS: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Aufl. München 2004, § 26 Rn. 17.

³ CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder Vorbem. §§ 25ff. RN 53f.

schuldens zu bemessen ist, ein wichtiges Kriterium für die Strafzumessung.⁴ Eine obligatorische Strafmilderung wie den § 27 Abs. 2 StGB kennt das englische Recht nicht. Man wird das englische System bereits an dieser Stelle mit KIENAPFEL⁵ als „funktionales Einheitstätersystem“, nicht „formales Einheitstätersystem“ beschreiben dürfen: Bestimmte Täterschaftstypen werden unterschieden, zugleich werden sie aber wertmäßig und auch dem Strafraumen nach gleichgestellt. Angesichts all dessen verwundert es nicht, dass als Strafgrund allein die Auffassung der Teilnahme als verselbständigt Delikt zu überzeugen vermag, von dem eine Gefährdung für die Allgemeinheit oder für einen Einzelnen ausgeht.

Die Ursprünge der Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme im deutschen Strafrecht lassen sich recht sicher bis in das römische Recht verfolgen: Die Begriffe „Mittäterschaft“ die nicht immer von der physischen Beihilfe getrennt wird⁶, „mittelbare Täterschaft“⁷ und „Anstiftung und Beihilfe“⁸ finden sich in den italienischen Rechten des Mittelalters, die eine Grundlage der Rezeption in Deutschland bildeten. Dieses Recht ist vom römischen Recht beeinflusst. Als Quelle diente das Corpus Iuris Civilis⁹: Das spiegelt sich in den Regelungen der italienischen Stadtrechte wider. Wie im römischen Recht gab es kein auf alle Delikte anwendbares Recht von Täterschaft und Teilnahme. Die Terminologie ist, wenn nicht immer identisch, so doch der des römischen Rechts sehr ähnlich.¹⁰ Bei der Strafe wird nur teilweise zwischen dem Täter und dem Teilnehmer differenziert.¹¹ Das von hier aus rezipierte Recht bildete den Ausgangspunkt der weiteren Entwicklung in den Partikularrechten des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation.¹² In der beginnenden Neuzeit haben Regelungen, die

⁴ So z.B. Sentencing Guidelines Council (Hrsg.): Guideline Judgements Case Compendium S. 30, http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/docs/complete_compendium.pdf, Stand Januar 2008.

⁵ KIENAPFEL, DIETHELM: „Beteiligung“ und „Teilnahme“, in: NJW 1970, 1826ff: Allerdings weicht die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft, wobei letztere auch Anstiftung und Beihilfe umfasst, von der Unterscheidung im englischen Strafrecht ab.

⁶ DAHM, GEORG: Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin, Leipzig 1931, S. 202, 206.

⁷ DAHM, GEORG: Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin, Leipzig 1931, S. 207.

⁸ DAHM, GEORG: Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin, Leipzig 1931, S. 212ff., 215ff.

⁹ DAHM, GEORG: Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin, Leipzig 1931, S. 207.

¹⁰ Beispiele bei DAHM, GEORG: Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin, Leipzig 1931, S. 206f, 215ff; SCHAFFSTEIN FRIEDRICH: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 2. Neudruck der Ausgaben 1930-1932, Aalen 1986, S. 171.

¹¹ DAHM, GEORG: Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin, Leipzig 1931, S. 211, 217.

¹² HEIMBERGER, JOSEPH: Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach, Freiburg, Leipzig 1896, S. 44, 47.

zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheiden, ihren Weg in das „deutsche“ Recht gefunden.¹³ Die folgende Entwicklungen und Verfeinerungen formten eine Teilnahmelehre, die auf dem Grundgedanken der Verursachung des Erfolges aufbaute.¹⁴ Dieser Gedanke wurde modifiziert, als die Bestimmungen der Art. 59, 60 des Code pénal in Deutschland Eingang fanden: Die Art. 34, 35 des preußischen Gesetzbuches von 1851 wurden den französischen Vorschriften nachgebildet. Das StGB von 1871 übernahm diese Regelungen. Die französischen Regelungen waren eine Fortentwicklung germanischer, archaischer Rechtsgedanken, die auf der Haftung des Herrn für die Tat seines Unfreien aufbauten¹⁵: Anstifter und Gehilfe hafteten für die fremde Tat und vor allem die fremde Schuld.¹⁶ Die Haftung für fremde Schuld war als Strafgrund der Teilnahme jedoch schon wieder vor Einführung des § 50 Abs. 1 StGB a.F. durch die Verordnung vom 29.05.1943 obsolet geworden, eine schuldhaft begangene Haupttat wurde schon davor nicht mehr vorausgesetzt.¹⁷ Die Förderung fremden Unrechts wird von der herrschenden Auffassung als maßgeblicher Grund für die Strafbarkeit des Teilnehmers gesehen.¹⁸

II. Die Abgrenzung von Täter und Teilnehmer in den verschiedenen Rechten

1. Eindeutige Fälle

Gleich dem deutschen Recht auf Grundlage der im Schrifttum und mit Modifikationen auch in der Rechtsprechung vorherrschenden Tatherrschaftslehre¹⁹ kann im englischen Recht bei bestimmten Arten von Delikten eine Negativselektion vorgenommen werden, um den Täter vom Teilnehmer zu unterscheiden. Eigenhändige Delikte und echte Sonderdelikte beschränken den Kreis möglicher Täter von vornherein. Wer nicht selbst handelt oder nicht die Eigenschaft des Handlungssubjekts besitzt (*extraneus*), kann nicht Täter sein.

¹³ Art. 177 CCC: Item, so jemand eynem missethäter zu übung eyner missethatt wissentlicher und gevelicher weiss einicherlich hilff, beystandt oder fürderung, wie das alles namen hat, thut, ist peinlich zu straffen, als aber vorsteht, inn eynem fall anderst dann in dem anderen. Zudem finden sich Regelungen für die Beteiligung am Meineid, Art. 107 CCC, und am Mord Art. 148 CCC. Zur Herkunft dieser Regelung aus dem italienischen Recht, SCHAFFSTEIN FRIEDRICH: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 2. Neudruck der Ausgaben 1930-1932, Aalen 1986, S. 203ff.

¹⁴ SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 2. Neudruck der Ausgaben 1930-1932, Aalen 1986, S. 190ff.

¹⁵ MEYER, HELLMUTH: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart, Köln 1953, S. 302.

¹⁶ GRÄFF, H.; RÖNNE, L. v.: Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, Breslau 1855, S. 64f.

¹⁷ CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder Vorbem. § 29ff. RN 1.

¹⁸ Übersicht über den Meinungsstand CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder Vorbem. §§ 25ff. RN 16ff.

¹⁹ CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder Vorbem. §§ 25ff. RN 62ff., 87/88ff.

Dies gilt im Hinblick auf die Sonderdelikte im römischen Strafrecht nur eingeschränkt. Zumindest im Fall des *parricidium* konnte gezeigt werden, dass auch Dritte, die sich Blutgeld haben versprechen lassen und denen damit die Rolle des Täters zugeordnet ist, der Strafe des *parricidium* unterfallen, ohne dass sie mit dem Opfer in den von der *lex Pompeia* beschriebenen Weise verwandt sind. Allerdings mag hier die besondere Verabscheuungswürdigkeit des Verbrechens dazu geführt haben, alle Beteiligten als Nächstenmörder anzusehen.

Bei den unechten Unterlassungsdelikten ist die Rechtslage in Deutschland anders als in England. Während nach der deutschen Rechtslage nur der Garant ein unechtes Unterlassungsdelikt verwirklichen kann und das unechte Unterlassungsdelikt somit (abgesehen von seiner Eigenschaft als Pflichtdelikt auch) ein Sonderdelikt ist, werden die Unterlassungsdelikte im englischen Recht nicht als Sonder- oder Pflichtdelikte angesehen. Die Einsicht in die besondere Stellung des Handlungspflichtigen im Vergleich zu anderen Personen ist dort von Kausalitätsvorstellungen überlagert. Grundsätzlich wird beim Zusammentreffen von Tun und Unterlassen dem Tun die Ursächlichkeit für den Erfolg zugesprochen. Das hängt mit grundsätzlichen Bedenken gegen eine Verursachung durch Unterlassen zusammen. Die große Bedeutung der *causation* und das Fehlen entwickelter Zurechnungskriterien haben dieses enge Verständnis der Kausalität motiviert.

Schließlich ist im Wege einer Positivselektion für alle drei Rechtsordnungen im Hinblick auch auf Allgemeindelikte festzustellen, dass der, der den Tatbestand sowie alle weiteren Voraussetzungen der Strafbarkeit eigenhändig verwirklicht, Täter ist.²⁰

2. Problematische Fälle

Römisches und englisches Recht unterscheiden zum einen nach einem formal-objektiven Kriterium zwischen dem Täter und dem Teilnehmer, indem die eigenhändige Verwirklichung das Merkmal der Täterschaft ist.²¹ Im römischen wie auch im englischen Recht ist die unmittelbare Verursachung Ausgangspunkt der Entwicklung des Rechts der Teilnahme. Bemühungen zur Ausweitung der Strafbarkeit auch auf Personen, die nur mittelbar zum Erfolgseintritt beitragen, legen den in einigen römischen Gesetzen erkennbaren, wenn auch nicht genau datierbaren Grundstein für eine weitere Entwicklung der Strafbarkeit auch dessen, der den Tatbestand nicht selbst verwirklicht.

²⁰ Für die deutsche Rechtssprechung BGHSt 38, 315, für das deutsche Schrifttum CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder Vorbem. §§ 25ff. RN 63.

²¹ Im Hinblick auf die Bedeutung der *causation* im englischen Recht wäre es wohl verfehlt, dem englischen Recht eine materiell-objektive Theorie nach deutscher Dogmatik, dazu CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder Vorbem. §§ 25ff. RN 61, nachzusagen. Die Gefährlichkeit des Tatbeitrages ist kein Element der Definition der *causation* nach englischem Recht.

Die formal-objektive Anschauung hat sich im englischen Recht bis heute erhalten. Täter ist, wer die Tat ganz oder teilweise selbst ausführt oder die unmittelbar wirksame Ursache für den Taterfolg gesetzt hat. Wirken mehrere so zusammen, dass jeder von ihnen den vollen Tatbestand verwirklicht oder die Tat von den Beteiligten durch die Verwirklichung eines Teils des Tatbestandes begangen wird, so verwendet das englische Recht für diese Beteiligten als Bezeichnung den Ausdruck *joint principal*, während das römische Recht für diese Art der Beteiligung keinen besonderen Terminus kennt.

Grundsätzlich ist sowohl im englischen wie im römischen Recht der den Tatbestand nicht eigenhändig verwirklichende Beteiligte Teilnehmer. Der Grundsatz wird von beiden Rechtsordnungen für Konstellationen durchbrochen, die von der deutschen mittelbaren Täterschaft erfasst werden. Die Überlegenheit eines der an der Tat Beteiligten wird im englischen wie im römischen Recht zum Anlass genommen, entweder die Kausalität als unmittelbar anzusehen (England) oder das Werkzeug zu entschuldigen, so dass als strafbare Person nur der Hintermann bleibt (so das römische Recht). Beide Rechtsordnungen erkennen in dem, der sich eines Werkzeugs bedient, ebenfalls den Täter des an sich von dem Werkzeug verwirklichten Delikts.

Das von der deutschen Rechtsprechung angewendete Recht weicht bei der Unterscheidung von Täter und Teilnehmer von den Verfahrensweisen des englischen und des römischen Rechts ab. Die deutsche Rechtsprechung bedient sich in jüngerer Zeit überwiegend²² der subjektiven Theorie, die im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung objektiviert wird.²³ Es ist danach zu fragen, ob der Beteiligte die Tat als eigene wollte und mit dem *animus auctoris* handelte oder ob er die Tat als fremde veranlassen oder fördern will und entsprechend mit dem *animus socii* gehandelt hat. Welcher Wille der Beteiligung am Geschehen zugrunde gelegen hat, ist durch eine wertende Gesamtbetrachtung zu beurteilen. Hier werden der Grad eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft oder zumindest der Wille zur Tatherrschaft berücksichtigt.²⁴ Die Tatherrschaft ist weder dem englischen noch dem römischen Strafrecht bei der Beurteilung, ob täterschaftlich gehandelt wurde, fremd. *Innocent agency* und die Entschuldigung des aufgrund eines *ius imperandi* Handelnden geben Teile dieses umfassenderen Gedankens wieder.

²² Ausnahmefälle: BGHSt 19, 135 (subjektive Theorie verwerfend); BGHSt 18, 87 (Staschinskij); BGH NJW 51, 323 (subjektive Theorie ohne jede Objektivierung).

²³ BGHSt 35, 347; 40, 218, 236; 45, 270, 296; 49, 166; BGH wistra 01, 420; BGH NStZ-RR 02, 74; BGH wistra 02, 255; BGH JZ 03, 575, 579.

²⁴ BGHSt 35, 347; 40, 218, 236; 45, 270, 296; 49, 166; BGH wistra 01, 420; BGH NStZ-RR 02, 74; BGH wistra 02, 255; BGH JZ 03, 575, 579.

III. Unmittelbarer Täter und Mittäter, mittelbarer Täter und Nebentäter

1. Der unmittelbare Täter

Der unmittelbare Täter (*perpetrator*) ist im englischen Recht der, der kausal für die Verwirklichung des Tatbestandes ist. Gleiches gilt für das römische Recht. § 25 Abs. 1 StGB bestimmt, dass unmittelbarer Täter ist, wer die Straftat in eigener Person selbst begeht.

2. Der Mittäter

Den Mittäter kennt das englische Recht in zwei Konstellationen, die auch nach deutschem Recht Fälle der Mittäterschaft sein können: Jeder der Beteiligten verwirklicht eigenhändig den Tatbestand, oder es kommt zu einer arbeitsteiligen Tatbegehung. Arbeitsteilig meint hier, dass jeder der Beteiligten einen Teil des Tatbestandes erfüllen muss. Nur in dieser letzten Variante erfordert das englische Recht einen gemeinsamen Tatplan. Der gemeinsame Tatplan ermöglicht es, die bei jedem der so Beteiligten bestehenden Defizite des *actus reus* auszugleichen. Auch das englische Recht greift auf eine „wechselseitige Zurechnung“ in diesen Fällen zurück. Zu bedenken ist dabei, dass jeder der Mittäter unmittelbar kausal für den Erfolg zu sein hat.

In anderen Konstellationen unterscheidet das englische Recht nicht zwischen Mittäter und Nebentäter. Alle Mittäter müssen die für die Strafbarkeit nach dem jeweiligen Delikt vorausgesetzte *mens rea* aufweisen.

Wie auch das deutsche Strafrecht betrachtet das englische Recht denjenigen, der nach der durch einen anderen begonnenen, aber noch nicht abgeschlossenen Tatausführung selbst noch Elemente des Tatbestands verwirklicht, als Mittäter.²⁵ Für Erfolge, die vor seinem Tatbeitritt eingetreten sind, haftet der Hinzutretende, wie im deutschen Recht, nicht.²⁶ Eine Beteiligung nach Verwirklichung aller Voraussetzungen durch einen anderen, die nach deutscher Dogmatik als Beendigungsphase anzusprechen ist, scheidet für das englische Recht allerdings aus.

Auch im römischen Recht finden sich Hinweise auf die Behandlung von Konstellationen, die als Mittäterschaft nach deutschem Recht anzusprechen sind. Es handelt sich um Fälle, in denen jeder der Täter eigenhändig und in Willensübereinstimmung mit dem anderen den Tatbestand verwirklicht. Soweit jeder den gesamten Tatbestand verwirklicht, wird die Haftung unproblematisch angenommen. Wenn aber ein arbeitsteiliges Vorgehen in der Weise erfolgt, dass alle nur einen Teil des Tatbestandes erfüllen, so wird die Haftung aller als allein akzeptables Ergebnis gesehen. Gedanklich wird hier eine wechselseitige Zurechnung des Handelns aller vollzogen. Entscheidungen, die eine „sukzessive Mittäterschaft“ behandeln, liegen nicht vor. Die

²⁵ Für die deutsche Rechtslage BGH NStZ 85, 70.

²⁶ Für die deutsche Rechtslage BGH GA 1977, 144; BGH NStZ 97, 272; StV 98, 127, 649.

der Billigung einer vollendeten schweren Straftat hat allerdings – entsprechend zu zivilrechtlichen Bestimmungen – im justinianischen Recht die Strafbarkeit des Billigenden nach sich gezogen. Es bestehen jedoch Zweifel, ob dies tatsächlich ein auf alle Delikte anwendbares Prinzip des römischen Rechts dieser Zeit gewesen ist.

Das deutsche Recht unterscheidet zwischen dem Nebentäter und dem Mittäter auch in der Konstellation, dass beide den vollen Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft erfüllen. Für die Rechtsfolge macht diese Unterscheidung keinen Unterschied.

3. Der mittelbare Täter

Der mittelbare Täter setzt nach der *doctrine of innocent agency* des englischen Rechts ein – zumeist – menschliches Werkzeug (*innocent agent*) ein, das den Tatbestand erfüllt. Der *innocent agent* handelt grundsätzlich ohne *mens rea*. Die Handlung des *innocent agent* beruht damit nicht auf einem freien Willensentschluss und scheidet damit als *novus actus interveniens* aus. Die für eine Qualifikation als Täter erforderliche Verursachung (*causation*) durch den Hintermann ist damit gegeben. Die Anwendung der *doctrine of complicity* ist wie im deutschen Recht ausgeschlossen bei eigenhändigen Delikten (*non-proxyable offences*) sowie in Fällen, in denen dem Hintermann die besondere Subjektsqualität fehlt.

Liegen andere als diese Delikte vor, so können alle, denen der Vorsatz fehlt, *innocent agent* eines Hintermanns sein. Die *mens rea* fehlt Kindern und Geisteskranken, die nicht in der Lage sind, einen Vorsatz zu bilden. Der Tatbestandsirrtum, die Trunkenheit im Fall von Delikten, die wenigstens mit *direct* oder *indirect intent*, nicht jedoch *recklessly* begangen werden können (*offences of specific intent*), die Notwehr wie die Putativnotwehr lassen die *mens rea* entfallen. In bestimmten Konstellationen kann sogar der Irrtum über ein Tatbestandsmerkmal, hinsichtlich dessen kein Vorsatz erforderlich ist, die *mens rea* ausschließen. Daneben muss auch der Nötigungsnotstand (*duress*) als Umstand angesehen werden, der ein Defizit des *innocent agent* begründet.

Der Hintermann kann die bestehende Vorsatzlosigkeit des Werkzeugs ausnutzen oder erst herbeiführen. Das Werkzeug muss er sich im Wissen um den mangelnden Vorsatz und mit der für die Verwirklichung des Delikts vorausgesetzten *mens rea* nutzbar machen.

Im römischen Recht ist insbesondere anhand des Befehlsnotstandes gezeigt worden, dass das Werkzeug hier aufgrund der Vorsatzlosigkeit seines Tuns nicht bestraft wird. Der Befehlsnotstand ist das Korrelat eines *ius imperandi*, das einen absoluten Gehorsamsanspruch beinhaltet. Verhältnisse, die ein solches „Recht zu befehlen“ beinhalten, finden sich im öffentlichen Bereich, in Armee und Verwaltung oder im privaten Bereich im Verhältnis zwischen dem Herrn und seinem Sklaven. Daneben gibt es im Dominat Personengruppen, deren Stellung zwar der eines Sklaven angenähert ist. Doch findet sich in den Quellen kein ausreichender Hinweis, um eine Gleichsetzung mit den Sklaven im Hinblick auf die Gehorsamspflicht annehmen zu können.

Dabei ist zu beachten, dass der Sklave auch nicht jeden Befehl seines Herrn zu befolgen hat. Die Begehung eines Diebstahls oder einer Straftat, die Gewaltanwendung voraussetzt, kann den Vorsatz des Sklaven nicht entfallen lassen. Der Sklave darf in solchen Fällen seinem Herrn nicht gehorchen.

Daneben ist auch der Irrende als Werkzeug anerkannt. Die Tatbegehung durch ein irrendes oder nicht deliktsfähiges Werkzeug wird aber durch die unbenannten Teilnahmeformen erfasst. Einen besonderen Raum in den Entscheidungen der Juristen nimmt sie nicht ein.

IV. Die Strafbarkeit des Teilnehmers

1. Die Haupttat – Akzessorietät

Sowohl das englische wie das römische Recht setzen die Verwirklichung des objektiven wie die des subjektiven Elements einer Straftat als Anknüpfungspunkt für eine Teilnahme strafbarkeit voraus. Wegen des als zweigliedrig zu beschreibenden Deliktsaufbaus muss in beiden Rechten das vollständige Delikt verwirklicht sein, damit es zu einer Strafbarkeit des Teilnehmers kommen kann.

Diese Voraussetzung der Teilnehmerstrafbarkeit ergibt sich im englischen Recht daraus, dass die Verantwortlichkeit des Täters eigentlicher Anknüpfungspunkt der Teilnahme strafbarkeit ist. Man kann im Hinblick auf den zweigliedrigen Deliktsaufbau vorsichtig von einer nicht limitierten Akzessorietät sprechen. Daneben zeichnet sich im Interesse einer Schließung von Strafbarkeitslücken eine Tendenz ab, den *actus reus* als Voraussetzung für die Haftung des Teilnehmers ausreichen zu lassen, eine Haltung, die im Hinblick auf die Voraussetzungen der Haupttat der limitierten Akzessorietät der §§ 26, 27 und 29 StGB entspricht. Es besteht im englischen Recht schließlich die Besonderheit, dass anders als im deutschen Recht die Teilnahme am Selbstmord strafbar ist.

2. Teilnahmehandlungen

Im englischen Strafrecht werden Anstiftung und psychische (Beratung und Ermunterung zur Tat) wie physische Beihilfe von den Begriffen *procuring*, *counseling*, *abetting* und *aiding* erfasst. Dabei kommt *procuring* eine doppelte Funktion zu, die sich im Zusammenhang mit eigenhändigen Delikten und Erfolgshaftungsdelikten erklärt. *Procure* bedeutet bei Letzteren ein Hervorbringen der Tat, ohne dass es eines intellektuellen Einwirkens auf den Täter bedürfte. So wird die Strafbarkeitslücke geschlossen, die sich aus der Unanwendbarkeit der *doctrine of innocent agency* bei diesen Delikten ergibt.

Die Teilnahmehandlung ist im englischen Sinne nur im Fall von *procure* kausal für die Begehung der Haupttat. *Aid* setzt gerade nicht voraus, dass die Hilfeleistung den Täter überhaupt erreicht. In der Literatur ist anerkannt, dass alle Teilnahme-

formen die Haupttat in ihrer konkreten Erscheinungsform de facto beeinflussen mögen: Eine Voraussetzung für die Strafbarkeit ist dies jedoch nicht.

Bloße, untätige Anwesenheit bei der Begehung einer Straftat reicht nicht aus, um eine Strafbarkeit zu begründen. Gleichwohl können Verhaltensweisen, die den Täter in seinem Tatentschluss auch nur bestärken, bereits ausreichen, um den *actus reus* der Teilnahme als erfüllt anzusehen.

Im römischen Strafrecht hat die Auswertung der Quellen ergeben, dass jedes für die Begehung des Delikts kausale Verhalten als Teilnahme gewertet wird, solange es nicht in der eigenhändigen Verwirklichung des Tatbestandes besteht. Eine Begrenzung der Teilnahme auf Fälle der tätigen Beihilfe durch Justinian lässt sich nicht als durchgängiges Prinzip feststellen.

In Einzelfällen kann auch die Billigung des täterischen Verhaltens die Strafbarkeit als Teilnehmer begründen. Beide Rechte begnügen sich im Gegensatz zum deutschen Recht mit einem sehr weiten Teilnahmebegriff, unter den nach deutscher Auffassung sowohl Konstellationen der Mittäterschaft wie der Anstiftung und der physischen wie der psychischen Beihilfe fielen. Die genaue Unterscheidung zwischen den Kategorien müssen beide Rechtsformen aber auch nur in wenigen Fällen treffen: Grundsätzlich ist es gleich, wer Täter, wer Teilnehmer ist, denn die Strafe ist im Regelfall für alle Beteiligten gleich.

Die Anstiftung nach § 26 StGB fordert ein Bestimmen zur Tat, d.h. ein Hervorrufen des Tatentschlusses. Ausreichend ist jede für die Verwirklichung der Haupttat ursächliche oder mitursächliche Handlung des Anstifters, die zumindest eine geistige Willensbeeinflussung oder eine kommunikative Beziehung darstellen muss und geeignet ist, dem Täter eine Anregung zur Begehung der Haupttat zu liefern.²⁷

Das deutsche Recht sieht den objektiven Tatbestand der Beihilfe nach § 27 StGB als erfüllt an, wenn eine fremde, vorsätzlich begangene und rechtswidrige Tat unterstützt, also Hilfe zu der Tat geleistet wird.²⁸ Ein Hilfeleisten liegt nach Auffassung der Rechtsprechung in jedem Tatbeitrag, der die Haupttat ermöglicht oder erleichtert oder die vom Haupttäter begangene Rechtsverletzung verstärkt hat, ohne dass es auf eine Kausalität im Sinne der Kausalitätslehren ankommt.²⁹ Es genügt somit eine beliebige Förderung der Haupttat durch eine psychische oder physische Unterstützung. Anders als bei der Tatbestandsalternative *aid* des englischen Rechts muss die Hilfe – auch die physische – den Täter in der Weise erreichen, dass er zumindest durch die Unterstützung bestärkt ist. Die Billigung in Form eines bloßen Einverständnisses reicht hingegen nicht aus³⁰. Insoweit nähert sich das englische Recht der in der deutschen Literatur herrschenden Ansicht an, nach der die Hilfe-

²⁷ CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder § 26 RN 1/2.

²⁸ CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder § 27 RN 1-3.

²⁹ BGH NSTz 2001, 364, 365, BGHSt 42, 135, 136, BGH StV, 2000, 492, 493.

³⁰ BGH NSTz 1998, 622.

leistung *condicio sine qua non* für den Erfolgseintritt der Haupttat sein muss.³¹ und der Erfolgseintritt der Beihilfehandlung objektiv zurechenbar sein muss.

Das englische Recht bestraft die Teilnahme an der Teilnahme wie das deutsche Recht als Teilnahme an der Haupttat. Anstiftung zur Anstiftung ist ebenso strafbar wie die Beihilfe zur Beihilfe. Ausnahme ist die nicht-akzessorische Teilnahme an einer nicht-akzessorischen Teilnahme. Ein solches Verhalten ist nicht strafbar. Eine versuchte Teilnahme ist nicht strafbar, doch können hier die nicht akzessorische Anstiftung (*incitement*) und die Verabredung zur Deliktsverwirklichung (*conspiracy*) zu einer Bestrafung führen. Wird zu besonders schweren Straftaten wie Tötungsdelikten aufgerufen, ohne dass eine Haupttat nachzuweisen ist oder dass es einen bestimmten Adressaten der Aufforderung gegeben hat, werden teilweise eigenständige Delikte unter Strafe gestellt. Ein Beispiel ist der Tatbestand des *soliciting murder* gem. Offences against the Person Act 1861, s. 4.

Justinian stellt für das römische Recht die versuchte Anstiftung zum Diebstahl aufgrund generalpräventiver Erwägungen unter Strafe und beendet damit einen seit der Klassik andauernden Streit unter den römischen Juristen, ob die versuchte Teilnahme strafbar sein könne.

Das englische Recht sieht eine Bestrafung der sukzessiven Teilnahme vor, wenn noch ein Tatbeitrag geleistet wird, bevor der gesamte Tatbestand bereits erfüllt ist. Eine Unterscheidung zwischen formeller Vollendung und materieller Beendigung trifft das englische Recht dabei nicht. Im römischen Recht scheint eine Beteiligung in Form sukzessiver Teilnahme möglich gewesen zu sein. Gleichwohl lässt sich Strafbarkeit wegen der Billigung einer Straftat aus den Quellen nicht als allgemein gültiger Grundsatz des justinianischen Rechts der Teilnahme feststellen. Doch weist diese Regel auf die Strafbarkeit des Hinzutretens zur bereits begonnenen Tatverwirklichung hin.

Die deutsche Rechtsprechung hält die Beihilfe während der Beendigungsphase für möglich.³²

Während im englischen Recht die Kausalität der Teilnahmehandlung für die Haupttat gerade keine Voraussetzung der Strafbarkeit des Teilnehmers sein soll – mit Ausnahme im Falle des *procurements* – setzt das deutsche Recht eine Kausalität für die Strafbarkeit voraus, wenngleich das Kausalitätserfordernis nach der Teilnahmeform variiert. Das Bestimmen zur Tat muss nach allg. Ansicht ursächlich im Sinne der allgemeinen Kausalitätsregeln für die Tat sein.³³ Anders ist dies nach der h.M. bei der Beihilfe.³⁴ Hier kommt es darauf an, ob die Hilfe die Handlung des

³¹ CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder § 27 RN 7 m.w.N. Zudem ist die Gehilfenstrafbarkeit dann durch die Kriterien der objektiven Zurechnung zu begrenzen, CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder § 27 RN 9a.

³² BGHSt 3, 40, 43f.; 6, 248, 251; 19, 323, 325.

³³ KG NStZ-RR 2002, 10.

³⁴ BGH NStZ 1985, 318; BGHZ 63, 124.

Haupttäters gefördert hat. Der Erfolg braucht nicht durch die Hilfeleistung beeinflusst zu sein. Insoweit stimmt die deutsche Rechtslage mit der des englischen Rechts – das Kausalität immer als auf den Erfolg der Tat bezogen versteht und deshalb eine Kausalität der Teilnahmehandlung nicht verlangt – überein. Das gilt für *aid* jedoch nur mit Einschränkungen.

3. Vorsatz des Teilnehmers

a) Das englische Recht

Der Vorsatz des Teilnehmers gehört zu den schwierigsten Fragen des englischen Rechts der Teilnahme, doch weist die vom BGH zum Vorsatz des Gehilfen entwickelte Rechtsprechung eine gewisse Ähnlichkeit mit der Lösung des englischen Strafrechts für die Teilnehmer insgesamt auf.

Der BGH vertritt einen weiten Gehilfenvorsatz: Der Gehilfenvorsatz muss ein doppelter sein. Er muss die Unterstützungshandlung als solche umfassen und sich außerdem auf eine bestimmte, vorsätzlich begangene und rechtswidrige Haupttat beziehen, die nicht in allen Einzelheiten konkretisiert sein muss. Es genügt also im Unterschied zum Anstiftervorsatz hinsichtlich der Haupttat, dass der Gehilfe den wesentlichen Unrechtsgehalt der Haupttat erfasst.³⁵ Damit ist der Vorsatz des Teilnehmers nach englischem Recht dem Gehilfenvorsatz nach dem Verständnis der deutschen Rechtsprechung ähnlicher als dem Anstiftervorsatz nach deutschem Recht. Ein konkret-individualisierbares Tatgeschehen³⁶ muss anders als beim deutschen Anstiftervorsatz nicht Bezugspunkt des Hervorrufens eines Tatentschlusses sein. Im Einzelnen ist im englischen Strafrecht vieles unklar. Für Verwirrung im englischen Recht sorgt insbesondere die Unterscheidung zwischen der Teilnahme in Gestalt eines *joint enterprise* und der „normalen Teilnahme“. Während die Teilnahme in Gestalt eines *joint enterprise* eine Verabredung aller Beteiligten zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels voraussetzt, ist eine solche Willensübereinstimmung kein Element der vier Teilnahmemodi *aid*, *abet*, *counsel* und *procure*. Die englische Rechtsprechung ist nach wie vor bereit, geringere Anforderungen an die *mens rea* eines Teilnehmers hinsichtlich der konkreten Tat zu stellen, sobald klar ist, dass seinem Handeln eine Verabredung und eine gemeinsame Zielsetzung zu Grunde gelegen hat. In Fällen, in denen diese Verabredung bewiesen werden kann, der angeklagte Teilnehmer aber geltend macht, er habe um das Verhalten der anderen Beteiligten nicht gewusst und diese hätte eine schwerere Tat verwirklicht als er angenommen habe, wird die Figur des *joint enterprise* herangezogen, um über die Verteidigung des Angeklagten hinwegzukommen. Liegt eine Verabredung zu einer gemeinsamen Tatausführung vor, genügen auch bei Abweichungen vom ursprünglichen Tatplan durch

³⁵ BGH wistra 2000, 382; BGHSt 42, 135, 138.

³⁶ CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder § 26 RN 17.

andere Beteiligte wenig konkrete Vorstellungen der übrigen Beteiligten, um dennoch eine *mens rea* hinsichtlich der tatsächlich verwirklichenden Tat anzunehmen.

Die *mens rea* des Teilnehmers setzt in Fällen der „normalen“ Teilnahme zum einen voraus, dass die Teilnahmehandlung absichtlich (*intentionally*) vorgenommen wird. Zum anderen muss der Teilnehmer hinsichtlich der Haupttat um die tatsächlichen Umstände wissen (*knowledge*), die die Voraussetzungen des *actus reus* und der *mens rea* der Haupttat erfüllen. Der Teilnehmer muss zumindest die Art der Straftat (*type of crime*) erkannt haben. Sind durch seine Vorstellungen mehrere Verhaltensweisen, z.B. Gewaltanwendung und Zueignung (*appropriation*) erfasst, so ist er je nachdem, welche Haupttat vorliegt, der Teilnahme am Diebstahl (*theft*) oder am Raub (*robbery*) schuldig, wenn der *actus reus* der Teilnahme ebenfalls vorliegt. Damit ist die englische Rechtslage der der Beihilfe nach deutschem Recht nicht unähnlich, die geringere Anforderungen an die Vorstellungen des Gehilfen als an die des Anstifters stellt³⁷.

Schwierigkeiten bereitet die Frage, welchen Grad der Überzeugung der Teilnehmer hinsichtlich des Vorliegens der die Haupttat konstituierenden Umstände haben muss. *Knowledge* bezeichnet positives Wissen, das regelmäßig nur in Fällen einer sukzessiven Teilnahme als Wissenselement vorliegen kann. Eine Voraussicht (*contemplation*) des Teilnehmers, die einen Grad der Überzeugung voraussetzt, die die Voraussicht dem positiven Wissen annähert, genügt in den übrigen Fällen. Zweifelhafte ist, ob *recklessness* hinsichtlich des Vorliegens der Haupttat ausreicht. Dies wird teilweise in der Literatur angenommen, ergibt sich aber nicht mit der dort behaupteten Sicherheit aus der Rechtsprechung.

Die Konstellationen des *joint enterprise* unterscheiden sich von den Konstellationen der „normalen Teilnahme“ vor allem in dem Grad der Überzeugung, die der Teilnehmer hinsichtlich des Vorliegens aller Voraussetzungen der Haupttat haben muss. Der Teilnehmer muss die Gefahr, dass ein bestimmter Erfolg eintreten oder der Täter in einer bestimmten, die Voraussetzungen der Haupttat erfüllenden Weise handeln werde, vorausgesehen haben. Dies wird als ausreichend erachtet. Die Rechtsprechung hat einen Katalog von Indizien für das Vorliegen dieser Voraussicht aufgestellt. Insbesondere das Wissen des Teilnehmers um das Vorhandensein bei anderen Beteiligten erlaubt den Schluss auf seinen Vorsatz, wenn es im Rahmen der verabredeten Handlung zu Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten kommt.

So wie nach der Ansicht des BGH die Gehilfenhandlung bloß für die Handlung, nicht den Erfolg des Haupttäters kausal zu sein hat und daraus ein weites Vorsatzerfordernis begründet wird, so führt die Ansicht, dass zwischen der Teilnahmehandlung und der Haupttat überhaupt keine Kausalität (im Sinne der englischen Lehre) gegeben sein muss, dazu, dass das englische Strafrecht ebenfalls eine weite Formel für den Gehilfenvorsatz insgesamt entwickelt hat. Maßgeblich unterscheidet sich das englische Recht vom deutschen darin, dass es auch bei den Teilnahmemodi, die einer Anstiftung

³⁷ CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder § 26 RN 17 m.w.N., § 27 RN 19.

im deutschen Recht entsprechen, grundsätzlich kein auf die Begehung der Haupttat gerichtetes Willenselement fordert. Gleichwohl ist anerkannt, dass ein *procurement* ohne einen auf die Begehung der Haupttat gerichteten Willen kaum denkbar ist.

b) Das römische Recht

Für das römische Recht ist festgestellt worden, dass der Teilnehmer mit dem gleichen Vorsatz wie der Täter hinsichtlich der Haupttat handeln muss. Da nur vorsätzliches Handeln strafrechtlich relevant gewesen ist, muss auch die Teilnahmehandlung vorsätzlich begangen worden sein. Insoweit kann auch hier von einem doppelten Vorsatz gesprochen werden.

Ein gemeinsamer Tatplan mag faktisch oftmals vorgelegen haben, doch lässt sich eine Willensübereinstimmung zwischen dem Täter und dem Teilnehmer entgegen einer insbesondere im englischen Schrifttum vertretenen Ansicht nicht als Voraussetzung der Strafbarkeit des Teilnehmers nachweisen.

c) Das deutsche Recht

Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem Anstifter und dem Gehilfen. Beide müssen mit doppeltem Vorsatz handeln: Der Vorsatz des Anstifters muss sich auf die Anstifterhandlung (das Hervorrufen des Tatentschlusses: Bestimmungsvorsatz) und auf die Ausführung und Vollendung einer in ihren wesentlichen Zügen konkretisierten Haupttat durch einen individuell bestimmbar Personenkreis oder einen bestimmten Täter (Tatvorsatz) beziehen, wobei *dolus eventualis* genügt.³⁸

Übereinstimmend mit der Anstiftung ist auch beim Gehilfen doppelter Vorsatz erforderlich. Dieser muss sowohl die Hilfeleistung als auch die Begehung der Haupttat umfassen. Für den Gehilfen ist allerdings umstritten, ob dieselben Bestimmtheitsanforderungen für den Gehilfenvorsatz gelten, wie sie beim Anstiftervorsatz vorausgesetzt sind. Der BGH³⁹ vertritt dazu, dass sich schon derjenige der Beihilfe strafbar mache, der dem Täter ein entscheidendes Tatmittel in die Hand gibt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass eine durch den Einsatz gerade dieses Mittels typischerweise geförderte Haupttat verübt wird.⁴⁰ Es ist danach weder erforderlich, dass der Gehilfe das konkrete Tatopfer oder die Tatzeit kennt, noch dass er weiß, für welche wahlweise ins Auge gefasste Variante sich der Haupttäter entscheidet. Der Grund dieser Differenzierung ist darin zu sehen, dass nach Anschauung des BGH die Beihilfehandlung nicht den Erfolg, sondern die Handlung des Haupttäters gefördert haben muss.⁴¹

³⁸ BGHSt 6, 359; BGH NJW 1998, 2835.

³⁹ Für die engere Formel der Literatur SCHEFFLER, UWE, Zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes, in JuS 1997, 598ff., 599 m.w.N.

⁴⁰ BGH NJW 1996, 2517, 2518.

⁴¹ BGH NStZ 1985, 318; BGHZ 63, 124.

d) Bewusste Abweichungen

Die Behandlung von bewussten Abweichungen ergibt sich im Englischen wie im deutschen Recht aus den Voraussetzungen des subjektiven Elements des Teilnehmers. Die Reichweite des Teilnehmersvorsatzes bestimmt, ob der Teilnehmer für ein Verhalten des Täters verantwortlich sein kann oder nicht. Begeht der Täter eine völlig andere als die vom Teilnehmer vorgestellte Straftat, geht er über den Rahmen dessen hinaus, was sich der Teilnehmer vorgestellt hat oder wird statt eines konkretisierten Opfers bewusst ein anderes angegriffen, so ist der Teilnehmer im deutschen wie im englischen Recht nicht für die Teilnahme an der Tat des Haupttäters zu bestrafen.

Im römischen Recht mögen ähnliche Grundsätze gegolten haben. Jedenfalls kommt dem Teilnehmersvorsatz strafbegrenzende Wirkung zu. Sicher ist, dass der Teilnehmer nur für das haftet, was seinem Willen entsprochen hat. Begeht der Haupttäter nach der Anstiftung durch den Teilnehmer eine weitere Tat, obwohl der Teilnehmer nur eine Tat wollte, wird der Teilnehmer nur wegen der Teilnahme an der einen Tat bestraft.

e) Unbewusste Abweichungen

Unbewusste Abweichungen fasst das englische Recht unter der Bezeichnung *transferred malice* zusammen und behandelt sie konsequenterweise gleich. Verwechselt der Täter das anzugreifende Opfer oder geht sein Angriff in der Weise fehl, dass er ein tatbestandlich gleichwertiges Opfer mit seinem Angriff trifft, so wird der Teilnehmer bestraft. Die Rechtslage entspricht insoweit der Ansicht der deutschen Rechtsprechung⁴² und eines Teils der Literatur⁴³ zur Wirkung eines *error in persona* des Täters für den Anstifter. Im römischen Recht findet sich keine Behandlung dieser Problematik.

4. Rücktritt von der Teilnahme

Im deutschen Recht hat der Rücktritt vom Versuch der Teilnahme gem. § 24 Abs. 2 StGB strafbefreiende Wirkung. Das englische Recht unterscheidet beim Rücktritt von der Teilnahme einerseits zwischen den normalen Konstellationen der Teilnahme und den *joint enterprises* und andererseits zwischen den verschiedenen Teilnahmemodi. Je geringer die Form der Involvierung im Tatgeschehen ist, desto geringer sind Anforderungen an eine den (strafbefreienden) Rücktritt konstituierende Handlung. Der Grundgedanke ist der eines *actus contrarius* als Voraussetzung eines Rücktritts. Diese Lösung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Rücktritt Tatsachenfrage und von der Jury zu beurteilen ist. Sie ist für den rechtlichen Laien gut zu handhaben und genügt damit den praktischen Anforderungen.

Im römischen Recht findet sich kein Hinweis auf einen Rücktritt von der Teilnahme.

⁴² BGHSt 37, 214ff. („Hoferben-Fall“); BGH NStZ 294, 295.

⁴³ CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder § 26 RN 23 m.w.N.

5. Akzessorietätslockerungen

Das deutsche Strafrecht geht von einer limitierten Akzessorietät aus, so dass der Tatbestand der Haupttat nur rechtswidrig, nicht jedoch schuldhaft verwirklicht zu sein braucht. Jeder Beteiligte wird ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft, § 29 StGB. § 28 Abs. 1 StGB enthält eine obligatorische Strafmilderung für den Teilnehmer, wenn bei ihm strafbegründende besondere persönliche Merkmale, also persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände nach § 14 StGB, fehlen.

Im englischen wie im römischen Recht, die beide kein gesondertes drittes Element ihres Deliktsaufbaus kennen und Vorsatz und Schuld zusammen erfassen, kann in dieser Hinsicht nicht von limitierter Akzessorietät gesprochen werden. Die Strafbarkeit des Teilnehmers wird aus dem Vorliegen der Voraussetzungen der Haupttat abgeleitet. Zumindest im Wege eines Diktum ist vorgeschlagen worden, jeden Beteiligten seinem Vorsatz entsprechend zu bestrafen, wenn der *actus reus* derselbe ist. Allerdings kann im englischen Recht die Verwirklichung des *actus reus* als Anknüpfungspunkt für eine Teilnahme strafbarkeit ausreichen. Es handelt sich hier insbesondere um Fälle, bei denen die Haupttat ein Erfolgshaftungsdelikt oder ein eigenhändiges Delikt ist und der Täter im Wege des *procurement* gehandelt hat. Im eigentlichen Sinn liegt hier aber keine Akzessorietätslockerung vor, da das Delikt bei den Erfolgshaftungsdelikten auch ohne *mens rea* verwirklicht ist.

Eine Akzessorietätslockerung ist aber bei den privilegierenden Verteidigungseinreden gegen den Vorwurf des Mordes gegeben, Homicide Act 1957, s. 2(4). Sie kommen nur dem Beteiligten zugute, der sie geltend machen kann. Das Gleiche gilt für den Nötigungsnotstand.

V. Grundgedanken europäischer Rechtstradition als Basis für eine Rechtsangleichung?

Das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung fällt positiv aus. Eine Angleichung des englischen und der kontinentalen Rechtssysteme unter Rückgriff auf im römischen Recht entwickelte Regelungen erscheint möglich. Jedenfalls ist ein Mittelweg, der auf römisch rechtliche Überlegungen als kleinsten gemeinsamen Nenner zurückgreift, vorstellbar. Grundlage dieses Ergebnisses ist zweierlei: Englisch und römisches Recht sind inhaltlich nicht so weit voneinander entfernt, wie oftmals angesichts der Entwicklung des englischen Rechts vermutet wird. Die gegen die Einführung eines funktionalen Einheitstätermodells gerichteten Bedenken auf der deutschen Seite haben angesichts der Betonung von Zurechnungsfragen und der damit einhergehenden Ausweitung der Strafbarkeit des Täters viel von ihrer Überzeugungskraft eingebüßt. Schließlich sind die genannten Unterschiede zwischen englischem und deutschem Recht oftmals eher terminologischer als qualitativer Natur. Dies muss insbesondere vor dem Hintergrund gelten, dass die Strafzumes-

sung, die in beiden Ländern auf die Schwere der Schuld als wichtigstes Kriterium zugreift, Unterschiede einebnet.

Die britischen Juristen haben in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass das common law sich weit vom römischen Recht entfernt habe. Der Rechtszustand im südlichen Teil der britischen Inseln sei Ergebnis einer eigenständigen Entwicklung, die von der Rezeption weitgehend unbeeinflusst verlaufen sei. Entsprechend wird der Gegensatz zwischen den römisch geprägten kontinental-europäischen Rechtssystemen und dem common law oft bemüht.

Zumindest für das Recht von Täterschaft und Teilnahme kann einer solchen Aussage nicht zugestimmt werden. Die Ähnlichkeiten zwischen dem englischen und dem römischen Recht sind größer als die zwischen dem deutschen und dem römischen Recht.

Das englische und das römische Recht haben zunächst die Differenzierung zwischen Täter und Teilnehmer – soweit sie überhaupt vorgenommen und als notwendig erachtet wird – nach formal-objektiven Kriterien gemein. Beide greifen auf die eigenhändige Begehung und die unmittelbare Verursachung der Tat zurück, wenn es um die Bestimmung des Täters geht. Die deutschen Gerichte greifen hingegen eher auf subjektive Kriterien zurück: In welcher Eigenschaft hat der Beteiligte gehandelt, wollte er die Tat als eigene oder als fremde Tat? Diese Fragestellung wird unter dem Eindruck der Tatherrschaftslehre ROXINS modifiziert.⁴⁴ Objektive Kriterien, die schlagwortartig mit dem In-den-Händen-Halten des tatbestandlichen Geschehens umrissen werden können, spielen eine Rolle bei der Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer. Überhaupt ist die Unterscheidung nach formal-objektiven Kriterien dem deutschen Recht nicht fremd. Die Weise, in der zwischen Täter und Teilnehmer unterschieden wird, steht einer Angleichung nicht entgegen.

Eine weitere entscheidende Gemeinsamkeit ist die Akzessorietät der Teilnahme. Sie ist in allen drei Rechten Eckstein der Verantwortlichkeit des Teilnehmers: Ohne den rechtswidrigen Tatbestand einer Haupttat kann es keine Verantwortlichkeit Dritter geben, die den Tatbestand nicht selbst voll erfüllt haben. Alle drei Rechte schließen die Lücke im Teilnahmesystem, die sich aufgrund des Erfordernisses einer Haupttat bei nicht oder nicht voll verantwortlich verwirklichter Haupttat auf tut, durch eine nicht-akzessorische Täterhaftung, nämlich die mittelbare Täterschaft. Einschränkend muss zum römischen Recht gesagt werden, dass dieser Gedanke bestand, ohne dass er vollumfänglich umgesetzt worden wäre. Im englischen Recht wird über die Teilnahmeform des *procurement* eine Strafbarkeitslücke geschlossen, wenn es sich bei der Tat um ein eigenhändiges oder ein Sonderdelikt handelt, dessen *mens rea* nicht verwirklicht ist. Der *actus reus* zumindest muss vorliegen.

⁴⁴ CRAMER/HEINE in Schönke/Schröder Vorbem. §§ 25ff. RN 87/88ff.

Es kann gesagt werden, dass hinsichtlich der Voraussetzungen einer Strafbarkeit der Beteiligten eine Angleichung möglich erscheint. Sie könnte den vorliegenden Entwurf eines Europäischen Modellstrafgesetzbuches⁴⁵ zum Ausgangspunkt nehmen, ohne dass maßgebliche Rechtstraditionen zerstört würden. Auch Article 11 des Corpus Juris 2000 könnte herangezogen werden. Dies gilt nicht für die Strafminde rung zugunsten des Gehilfen, weil sich die Rechtsfolge des funktionalen Einheitstätersystems als problematisch im Hinblick auf eine Angleichung erweist: Trotz begrifflicher Trennung werden Täter und Teilnehmer gleich bestraft. Das Prinzip schuldangemessenen Strafs steht somit aus herrschender deutscher Sicht einer Annäherung an das funktionale Einheitstätersystem entgegen. Die Rechtssicherheit im Hinblick auf die Rechtsfolgen würde erheblich verringert. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass im englischen Recht auf der Ebene der Strafzumessung dieses Verfahren praktiziert wird, ohne dass dies zu besonderen Bedenken geführt hätte. Schließlich muss der deutschen Position entgegengehalten werden, dass sie zwar die Rechtssicherheit fordert, aber die Täterschaft durch die Objektivierung der subjektiven Theorie zur Feststellung des Täters, insbesondere des immer wieder bemühten Bandenchefs, der nicht nur als Teilnehmer bestraft werden dürfe, immer weiter ausdehnt. Eine Lösung ist hier auf der Ebene der Rechtsanwendung vorstellbar, ohne dass dies zu besonderen Akzeptanzproblemen hinsichtlich der Abschaffung der obligatorischen Strafmilderung zugunsten des Gehilfen führte. Schließlich ist es auch nach geltendem deutschen Recht denkbar, dass der Gehilfe schwerer als der Täter bestraft wird. Eine Regelung, die sich auf den Ursprung des modernen europäischen Rechts berufen kann, sollte für die Gesetzgeber der beteiligten europäischen Staaten ohne allzu große Widerstände umsetzbar sein. Als geeignet erwies sich ein Ansatz, der erst auf der Ebene der Strafzumessung entsprechend der Schwere der Schuld eine Differenzierung hinsichtlich der Art der Teilnahme vornimmt.

⁴⁵ Zu dessen ursprünglichen Inhalten bezüglich Täterschaft und Teilnahme: TIEDEMANN, KLAUS: Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht – Stand, Harmonisierungstendenzen, Modellvorschläge, in: Albin Eser (Hrsg.): Festschrift für Haruro Nishihara zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 1995, S. 496ff., 510ff.

Die Reformvorschläge der Law Commission

Im Mai 2007 erschien der lange erwartete Bericht Nr. 305 der Law Commission zur Reform des Rechts der Teilnahme unter dem Titel „Participating in Crime“¹, im Juli des Jahres 2006 hatte die Law Commission bereits mit dem Bericht Nr. 300 „Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime“ Vorschläge für eine Reform der verselbständigten Teilnahmedelikte unterbreitet.² Beide Berichte stehen im engen Zusammenhang. Die Law Commission sieht den Weg zur Reform des Rechts der Teilnahme (*common law doctrine of complicity*) darin, die Anwendungsbereiche sowohl des Rechts der Teilnahme als auch der verselbständigten Teilnahmedelikte neu zu bestimmen und dabei die Inhalte der entsprechenden Regelungen aufeinander abgestimmt neu zu fassen.³

Inhaltlich ist die Law Commission von ihrem letzten Vorschlag aus dem Jahre 1993 (LCCP 131) zur Reform des Rechts der Teilnahme deutlich abgewichen. Während in diesem letzten Bericht noch die Abschaffung des *Law of Complicity* gefordert und dessen Ersatz durch *inchoate offences* vorgeschlagen worden war, hat sich die Law Commission zum Fortbestehen des Rechts der Teilnahme bekannt.⁴ Grundsätzlich soll die Teilnahme in drei Konstellationen strafbar sein. Erstens soll die akzessorische Haftung des Teilnehmers wegen der Teilnahme an einer Haupttat erhalten bleiben. Zweitens soll die *doctrine of innocent agent* beibehalten werden. Drittens würde die Verursachung eines *no-fault offence* (Erfolgshaftungsdelikt, *offence of strict liability*) nach den Vorschlägen der Law Commission zu einem eigenständigen Tatbestand werden. Die Law Commission möchte zugleich den Anwendungsbereich des *Law of Complicity* über geänderte Voraussetzungen des Teilnehmersvorsatzes verkleinern. Schließlich soll die Rechtsfigur des *common purpose* fortbestehen. Die Kodifizierung all dieser Inhalte soll die Rechtssicherheit stärken und die Voraussetzungen der Teilnahme unabhängig von den nicht immer eindeutigen Belehrungen der Jury klären. Sofern im Hinblick auf die Inhalte der Reform noch Strafbarkeitslücken bestehen, sollen diese geschlossen werden, indem der Anwendungsbereich der *inchoate liability* vergrößert wird.

¹ <http://www.lawcom.gov.uk> (Stand Januar 2008), der entsprechende Gesetzesentwurf findet sich in Anhang 3.

² <http://www.lawcom.gov.uk> (Stand Januar 2008), der entsprechende Gesetzesentwurf findet sich in Anhang 2.

³ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 12ff.

⁴ Bericht Nr. 300 der Law Commission „Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime“, S. 18ff.

1. Vorschläge zur Reform der *inchoate offences*

Wesentliches Anliegen der Law Commission ist es, die Strafbarkeitslücke zu schließen, die besteht, weil die nichtakzessorische Beihilfe nicht strafbar ist. Nach dem geltenden Recht kann z.B. nicht bestraft werden, wer einem anderen eine Leiter leiht, um bei der Begehung eines Einbruchsdiebstahls zu helfen, wenn der Dieb nach der erfolgten Hilfeleistung aus welchen Gründen auch immer nicht zur Tat schreitet. Diese Lücke möchte die Law Commission beseitigen, indem sie die Anstiftung und die Beihilfe zu einer Tat, die nicht einmal in das Stadium des Versuchs gelangt, unter Strafe stellt:

- 1 *Intentionally encouraging or assisting a criminal act*
 - (1) *A person commits an offence if-*
 - (a) *he does an act capable of encouraging or assisting the doing of a criminal act in relation to an offence ("the principal offence"), and*
 - (b) *he intends to encourage or assist the doing of that criminal act.*
 - (2) *If the principal offence requires proof of fault, a person is not guilty of an offence under this section unless-*
 - (a) *he believes that, were another person to do the criminal act, that person would do it with the fault required for conviction of the principal offence, or*
 - (b) *his state of mind is such that, were he to do the criminal act, he would do it with that fault.*
 - (3) *If particular circumstances or consequences (or both) must be proved for conviction of the principal offence, a person is not guilty of an offence under this section unless-*
 - (a) *he intends the criminal act to be done-*
 - (i) *in those circumstances,*
 - (ii) *with those consequences, or*
 - (b) *he believes that, were another person to do the criminal act, that person would do it-*
 - (i) *in those circumstances, with those consequences.*
 - (ii) *with those consequences*

- 2 *Encouraging or assisting criminal acts believing that one or more of them will be done*
 - (1) *A person commits an offence if-*
 - (a) *he does an act capable of encouraging or assisting the doing of a criminal act (the "act in question"), and*
 - (b) *he believes-*
 - (i) *that the act in question will be done, and*
 - (ii) *that his act will encourage or assist the doing of the act in question.*
 - (2) *A person commits an offence if-*
 - (a) *he does an act capable of encouraging or assisting the doing of one or more of a number of criminal acts, and*
 - (b) *he believes-*

- (i) *that at least one of a number of criminal acts will be done (but has no belief as to which), and*
 - (ii) *that his act will encourage or assist the doing of one of those criminal acts ("the act in question").*
- (3) *If the principal offence requires proof of fault, a person is not guilty of an offence under this section unless-*
- (a) *he believes that, were another person to do the act in question, that person would do it with the fault required for conviction of the principal offence, or*
 - (b) *his state of mind is such that, were he to do it, he would do it with that fault.*
- (4) *If particular circumstances or consequences (or both) must be proved for conviction of the principal offence, a person is not guilty of an offence under this section unless he believes that, were another person to do the act in question, that person would do it-*
- (a) *in those circumstances,*
 - (b) *with those consequences.*
- (5) *Neither subsection (1) nor (2) applies if the principal offence is -*
- (a) *an offence under this Part, or*
 - (b) *an offence listed in Schedule 1.*
- (6) *In this Act, in relation to an offence under subsection (1) or (2), "the principal offence" means the offence in relation to which the act in question is a criminal act.*

Danach sollen künftig die folgenden Verhaltensweisen strafbar sein: Erstens die Anstiftung und Beihilfe zu einer Straftat in der Absicht, dass die Tat begangen wird (sog. *clause 1 offence*), zweitens die Anstiftung und Beihilfe zu einer Straftat in dem Glauben, dass die Tat begangen wird (sog. *clause 2(1) offence*), und drittens die Anstiftung und Beihilfe zu mehreren Straftaten, wobei der Anstifter oder Gehilfe glaubt, dass zumindest eine von ihnen begangen werden wird und der Anstifter oder Gehilfe glaubt, dass er den Täter zur Begehung zumindest eines der Delikte anstiftet oder dem Täter Beihilfe zur Begehung zumindest zu einem der Delikte leistet (sog. *clause 2(2) offence*).⁵

Der Strafrahmen der nichtakzessorischen Beihilfe und nichtakzessorischen Anstiftung soll der Gleiche sein wie der für die Tat, zu der Beihilfe geleistet oder zu der angestiftet werden soll. Eine Ausnahme davon soll nach den Vorschlägen der Law Commission der Mord sein. Hier bildete die lebenslange Freiheitsstrafe für den Gehilfen bzw. den Anstifter die Höchststrafe und wäre nicht wie für den Täter eine obligatorische Strafe.⁶

⁵ Bericht Nr. 300 der Law Commission „Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime“, S. 9.

⁶ Bericht Nr. 300 der Law Commission „Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime“, S. 10; 150 (Clause 12 des Gesetzesentwurfs).

Die Law Commission hat für die *inchoate offences* drei besondere Verteidigungseinreden vorgeschlagen. Die erste gilt für alle drei Delikte, also das sog. *clause 1 offence* sowie die beiden *clause 2 offences*.

4 *Defence of acting to prevent commission of offence etc.*

A person is not guilty of an offence under section 1 or 2 if he proves that-

(a) he acted for the purpose of-

(i) preventing the commission of that offence or another offence, or

(ii) preventing, or limiting, the occurrence of harm, and

(b) it was reasonable for him to act as he did.

Danach soll der nicht bestraft werden, wer zur Verhinderung einer Straftat oder zur Abwehr oder Begrenzung jedweden Nachteils zu lasten eines anderen handelt. Die Handlung und die Handlungsweise dürfen aus Sicht des Handelnden zur Erreichung dieses Zwecks nicht unverhältnismäßig (*reasonable*) sein.⁷ Wie stets bei den Verteidigungseinreden trägt der Angeklagte die Beweislast. Der Beweis muss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (*on the balance of probabilities*) erbracht werden.⁸ So wäre der D in der folgenden Konstellation nicht zu bestrafen: P und D haben sich zu einer Bar begeben. Wie beide wissen, gibt es keine Möglichkeit, von dort mit öffentlichen Verkehrsmitteln nach Hause zu gelangen. D ist mit seinem Kfz zur Bar gekommen und beabsichtigt, in der Nähe der Bar zu übernachten. P, der keine Fahrerlaubnis besitzt, hat sich von X zur Bar bringen lassen, der ihn auch wieder nach Hause fahren soll. D weiß, dass P keine Fahrerlaubnis besitzt. Nach einem Streit verlässt der X die Bar, ohne den P mitzunehmen. Nachdem D von der Toilette zurückkehrt berichtet ihm der P, er habe einen Anruf seiner Frau erhalten. Ps Kind habe einen Unfall erlitten und P müsse sofort nach Hause kommen. D lehnt es im Hinblick auf seinen Alkoholkonsum ab, P nach Hause zu fahren, übergibt aber schließlich und nur widerstrebend dem P die Schlüssel zu seinem Kfz. Bevor P noch zum Auto des D gelangt, wird er von der Polizei wegen eines anderen Vergehens festgenommen. Die Frau des P hatte tatsächlich niemals angerufen. Das Kind des P ist auch nicht verunglückt. Der P hatte den D niemals zuvor belogen.⁹ Der D ist nicht strafbar, da nach allem, was er wusste, die Herausgabe des Schlüssels nicht unverhältnismäßig war. Er weiß zwar, dass P eine Straftat begehen wird, doch wiegt der Nachteil, dass P seinem verletzten Kind nicht beistehen kann, schwerer, als die Verwirklichung der Straftat durch P.

⁷ Bericht Nr. 300 der Law Commission „Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime“, S. 85.

⁸ Bericht Nr. 300 der Law Commission „Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime“, S. 10; 148 (Clause 4 des Gesetzesentwurfs).

⁹ Beispiel und Ergebnis entsprechen dem Bericht Nr. 300 der Law Commission „Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime“, S. 87.

Die zweite Verteidigungseinrede lässt sich als Einrede des pflichtgemäßen Verhaltens beschreiben und bietet eine Verteidigung nur gegen die sog. *clause 2 offences*:

5 *Defence of acting reasonably*

- (1) *A person is not guilty of an offence under section 2 if he proves-*
 (a) *that he knew certain circumstances existed, and*
 (b) *that it was reasonable for him to act as he did in those circumstances.*
- (2) *A person is not guilty of an offence under section 2 if he proves-*
 (a) *that he believed certain circumstances to exist,*
 (b) *that his belief was reasonable, and*
 (c) *that it was reasonable for him to act as he did in the circumstances as he believed them to be.*

Handelte der Angeklagte in Erfüllung einer sonstigen Pflicht, so soll er nicht bestraft werden, wenn er den Tatbestand eines sog. *clause 2 offence* erfüllt. So ist die Sekretärin D nicht zu bestrafen, wenn ihr Arbeitgeber P sie anweist, ein Diktat für ein Schreiben an die Anwälte von Ps Frau zu tippen und D dies tut, obgleich sie erkennt, dass das Schreiben falsche Tatsachen enthält und weiß, dass der P sich mit seiner Frau nach der Scheidung um die Auseinandersetzung des ehelichen Vermögens streitet.¹⁰ D folgt hier nur der Anweisung ihres Arbeitgebers, der sie aufgrund der Arbeitsverhältnisses Folge zu leisten hat.

Drittens ist auch das Opfer bei den Begegnungsdelikten nicht zu bestrafen. Diese Regelung entspricht der Rechtslage im Common Law:¹¹

6 *Protective offences: victims not liable*

- (1) *A person is not guilty of an offence under section 1 or 2 if-*
 (a) *the principal offence is a protective offence,*
 (b) *he falls within the protected category, and*
 (c) *he is the person in respect of whom the principal offence was committed (or would have been if it had been committed).*
- (2) *"Protective offence" means an offence that exists (wholly or in part) for the protection of a particular category of persons ("the protected category").*

2. Vorschläge zur Reform des Rechts der Teilnahme

Für das Recht der Teilnahme schlägt die Law Commission drei konzeptionell verschiedene Arten der Verantwortlichkeit vor. Sind an einer Straftat mehrere Personen beteiligt, so soll nach wie vor Täter sein, wer die unmittelbare Ursache für

¹⁰ Beispiel und Ergebnis entsprechen dem Bericht Nr. 300 der Law Commission „Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime“, S. 10.

¹¹ *Tyrell* [1894] 1 QB 710.

den Erfolgseintritt setzt oder selbst handelt¹² und wer durch einen *agent* die Tat begeht. Des Weiteren sollen die *doctrine of complicity* und die Figur des *joint enterprise*, wenn auch beide in modifizierter Form, erhalten bleiben. Im Einzelnen stellen sich die Vorschläge der Law Commission wie folgt dar:

Die erste Art der Verantwortlichkeit entspricht der bisherigen *doctrine of complicity* insoweit, als es sich um eine akzessorische Haftung des Teilnehmers handelt. Es sind zwei Untergruppen zu unterscheiden. Die erste (*clause 1* des Entwurfs: *Assisting or encouraging an offence*) liegt vor, wenn D den Täter P zur Verwirklichung des *actus reus* anstiftet (*encourage*) oder P dazu Beihilfe leistet (*assist*) in der Absicht (*intention*), dass der *actus reus* der Haupttat verwirklicht werde:¹³

1 *Assisting or encouraging an offence*

- (1) *Where a person (P) has committed an offence, another person (D) is also guilty of the offence if:*
- (a) *D did an act with the intention that one or more of a number of other acts would be done by another person,*
 - (b) *P's criminal act was one of those acts,*
 - (c) *D's behaviour assisted or encouraged P to do his criminal act, and*
 - (d) *subsection (2) or (3) is satisfied.*
- (2) *This subsection is satisfied if D believed that a person doing the act would commit the offence.*
- (3) *This subsection is satisfied if D's state of mind was such that had he done the act he would have committed the offence.*

Encouragement umfasst jede Art der Einflussnahme auf den Täter, so die eigentliche Erweckung des Tatentschlusses durch Anregung und Überredung wie auch eine Einflussnahme durch Drohungen oder die Ausübung von Druck. Strafbar soll nunmehr auch die Bestärkung des Täters in seinem bereits gefassten Tatentschluss sein.¹⁴ Die Kettenanstiftung bleibt weiterhin strafbar.¹⁵

Assistance soll jedes Verhalten des Teilnehmers erfassen, das dem Täter die Tatbegehung erleichtert. Ein solches Verhalten ist nach Ansicht der Law Commission auch der Ratschlag. Die Hilfe des Teilnehmers muss nicht gewichtig sein. Es scheint, dass jede der Hilfeleistungen ausreicht.¹⁶ Entscheidend ist, dass *encouragement* und *assistance* den Täter erreicht haben, in ihm also tatsächlich den Tatent-

¹² Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 177, Fn. 10: Die Law Commission kritisiert hier ausdrücklich die Ausdehnung des Täterbegriffs über die durch die unmittelbare Verursachung gezogenen Grenzen.

¹³ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 16.

¹⁴ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 52 f, 160 (*Clause 8* des Gesetzesentwurfs).

¹⁵ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 160

¹⁶ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 54, 160 (*Clause 8* des Gesetzesentwurfs).

schluss hervorgerufen oder ihm die Tatausführung erleichtert haben.¹⁷ Beide Teilnahmeformen sollen nach den Vorstellungen der Law Commission durch ein Unterlassen verwirklicht werden können, wenn der Teilnehmer einer Handlungspflicht unterliegt.¹⁸ Mangels weiterer Hinweise der Law Commission kann davon ausgegangen werden, dass die Handlungspflichten den Garantenpflichten des common law entsprechen und damit überwiegend den Beschützergaranten nach deutscher Dogmatik betreffen Zweiter Teil 3. Kapitel III. 2. b) bb) (7) (c), (d). Die Law Commission nimmt in Fortführung des common law auch eine Teilnahme beim Unterlassen der gebotenen Handlung angesichts eines Rechts zur Kontrolle eines anderen (*right to control*) an, vgl. dazu oben Zweiter Teil 3. Kapitel III. 2. b) bb) (7) (b).¹⁹

Im Hinblick auf die erforderliche *mens rea* hat die Law Commission den erforderlichen Teilnahmevorsatz so beschrieben, dass seine Prüfung mit größerer Genauigkeit durchgeführt werden kann als mittels des *Bainbridge-(type of crime-)* Tests. Bezugselement kann erstens das Verhaltenselement der Haupttat sein, dass nunmehr zur Charakterisierung dessen dienen soll, was vom Vorsatz des Teilnehmers umfasst ist: Der Teilnehmer handelt mit dem erforderlichen Vorsatz, wenn er das täterische Verhalten beabsichtigt (*intent*). Dazu das folgende Beispiel: D beabsichtigt, dass seinem verhassten Nachbarn V während dessen Urlaub der Rasenmäher gestohlen werde. Er hängt einen Zettel an dessen Gartentür, auf dem vermerkt ist, dass V sich im Urlaub befinde und der teure Rasenmäher unter einer Plane im Garten stehe. P liest den Zettel, betritt den Garten und findet den Rasenmäher zwar nicht unter einer Plane, wohl aber in einem Schuppen, den er aufbricht. Sodann stiehlt er den Rasenmäher. P ist wegen Einbruchsdiebstahls (*burglary*) strafbar. D hatte nicht beabsichtigt, dass P in den Schuppen einbricht. Er ist deshalb nur wegen Diebstahls strafbar. Das Verhaltenselement „Eindringen in ein Gebäude“, das zum Verhaltenselement des englischen Einbruchsdiebstahls gehört, hatte er nicht beabsichtigt.²⁰ Ein Wissensselement ist daneben nicht erforderlich. Die Jury könnte künftig wie folgt belehrt werden: Ist erwiesen, dass der Teilnehmer die Verwirklichung des *actus reus* als sicher voraussieht, so soll das als Beweis für das absichtliche Handeln des Teilnehmers genügen.²¹

Hinsichtlich des Vorsatzes des Täters muss der Teilnehmer glauben, dass dieser beim Täter gegeben ist. Alternativ ist der Teilnehmer wegen des gleichen Delikts wie der Täter zu bestrafen, wenn er, würde er den *actus reus* verwirklichen, mit dem für seine Strafbarkeit erforderlichen Vorsatz handeln würde.²²

¹⁷ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 55.

¹⁸ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 58.

¹⁹ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 58.

²⁰ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 73.

²¹ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 16.

²² Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 69ff., 81.

Die zweite Untergruppe ähnelt der, die bislang als *joint enterprise* bekannt ist. Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass der D für jedes durch den P verwirklichte Delikt zu bestrafen ist, das vom gemeinsamen Tatplan umfasst ist oder dessen Verwirklichung D in Übereinkunft mit P anstrebt:

2 *Participating in a joint criminal venture*

- (1) *This section applies where two or more persons participate in a joint criminal venture.*
- (2) *If one of them (P) commits an offence, another participant (D) is also guilty of the offence if P's criminal act falls within the scope of the venture.*
- (3) *The existence or scope of a joint criminal venture may be inferred from the conduct of the participants (whether or not there is an express agreement).*
- (4) *D does not escape liability under this section for an offence committed by P at a time when D is a participant in the venture merely because D is at that time:*
 - (a) *absent,*
 - (b) *against the venture's being carried out, or*
 - (c) *indifferent as to whether it is carried out.*

Der *actus reus* der Teilnahme ist hier erfüllt, wenn D mit P einen gemeinsamen Tatplan vereinbart (*agree with P to commit an offence*) oder D, für P erkennbar, die Absicht des P teilt, eine Straftat zu begehen (*share a common intention with P to commit an offence*). Abgesehen von dem gemeinsamen Tatplan soll es den Empfehlungen der Law Commission zufolge für die Verantwortlichkeit des Teilnehmers unerheblich sein, ob das Verhalten des Teilnehmers darüber hinaus als Anstiftung oder Beihilfe zu werten ist, wengleich in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle die Übereinkunft die Voraussetzungen von Anstiftung oder Beihilfe erfüllt.²³ Der gemeinsame Plan, die Straftat zu verwirklichen, reicht in objektiver Hinsicht für die Begründung der Verantwortlichkeit aus. Der Strafgrund wird unter dem Gesichtspunkt der übereinstimmender Willensbildung (*consensus theory*, vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel III. 7. a) bb)) als gegeben angesehen.²⁴ Als vom Tatplan umfasst gelten Straftaten, deren Begehung D als mögliches Ergebnis der Umsetzung des gemeinsamen Tatplans vorausgesehen hat. Die Abwesenheit vom Tatort oder die bloße Ablehnung der Begehung einer solchen Straftat soll die Strafbarkeit des D nicht ausschließen.²⁵ Konstellationen, in denen eine Begleittat (*collateral offence*) begangen wird, haben im Hinblick auf den *actus reus* keine anderen Voraussetzungen.²⁶ Auch den Voraussetzungen der *mens rea* des an einem *joint criminal venture* Beteiligten hat sich die Law Commission angenommen: Unabhängig davon, ob es zur Verwirklichung einer Begleittat kommt, ist der an einem *joint criminal venture* Beteiligte zu bestrafen, wenn er hinsichtlich des Verhaltenselements der Haupttat zumindest

²³ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 81.

²⁴ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 60.

²⁵ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 16.

²⁶ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 60.

glaubte, dass der Täter dieses möglicherweise verwirklichen werde, oder wenn er zumindest beabsichtigte, dass der Täter es verwirkliche.²⁷ Hinsichtlich des Vorsatzes des Täters muss der Beteiligte glauben, dass die weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen neben dem Verhaltenselement möglicherweise beim Täter gegeben sind.²⁸

Die zweite Art der Verantwortlichkeit entspricht im Wesentlichen der bisherigen *doctrine of innocent agency*, die jedoch in ihrem Anwendungsbereich durch die Beschränkung der anerkannten Strafbarkeitsdefizite beschnitten worden ist.

4 *Using an innocent agent*

- (1) *If a person (D) uses an innocent agent (P) to commit an offence, D is guilty of that offence.*
- (2) *P is an innocent agent in relation to an offence if:*
 - (a) *he does a criminal act, and*
 - (b) *he does not commit the offence itself for one of the following reasons—*
 - (i) *he is under the age of 10,*
 - (ii) *he has a defence of insanity, or*
 - (iii) *he acts without the fault required for conviction, and there is no other reason why he does not commit it.*
- (3) *D uses P to commit an offence if:*
 - (a) *D intends to cause a person (whether or not P) to do a criminal act in relation to the offence,*
 - (b) *D causes P to do the criminal act, and*
 - (c) *subsection (4) or (5) is satisfied.*
- (4) *If a particular state of mind requires to be proved for conviction of the offence that D uses P to commit, D's state of mind must be such that, were he to do the act that he intends to cause to be done, he would do it with the state of mind required for conviction of the offence.*
- (5) *If the offence which D uses P to commit is a no-fault offence, D must know or believe that, were a person to do the act that D intends to cause to be done, that person would do it:*
 - (a) *in the circumstances (if any), and*
 - (b) *with the consequences (if any), proof of which is required for conviction of the offence.*

Der, der eine Tat durch einen *innocent agent* begeht, ist Täter, wenn der *agent* den *actus reus* der Tat verwirklicht, aber gleichwohl nicht bestraft werden kann, weil er jünger als zehn Jahre alt ist, weil er schuldunfähig ist und sich somit auf die *defence of insanity* berufen kann oder vorsatzlos handelt. Andere Strafbarkeitsdefizite sollen nicht mehr erfasst sein, weil in diesen Fällen keine „Unschuld“ (*innocence*) dem Wortsinne nach mehr gegeben ist. Dies soll auch trotz der Bedenken der Law Commission für Fälle gelten, in denen der Vordermann sich auf einen Nötigungsnotstand (*duress*)

²⁷ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 81ff.

²⁸ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 95f.

berufen kann.²⁹ Die Voraussetzungen der Strafbarkeit beim Hintermann sind die folgenden: Der Hintermann muss beabsichtigen (*intend*), den Täter dazu zu bringen (*cause*), das Verhaltenselement der Tat zu verwirklichen, er muss ihn tatsächlich dazu bringen (*cause*), das Verhaltenselement zu verwirklichen und muss dabei mit dem für die Tat des *agent* erforderlichen Vorsatz handeln.³⁰ Zu beachten ist, dass die Handlungen des Hintermanns „den Täter dazu bringen“ auch die Fortsetzung einer vom *agent* bereits begonnen Handlung umfasst.³¹ Fälle, in denen eine Person mit den gesetzlich vorgesehenen Strafbarkeitsdefiziten den *actus reus* eines Erfolgshaftungsdelikts auf Veranlassung eines anderen verwirklicht, sollen von der neuen *doctrine of innocent agency* erfasst werden. Der Hintermann muss in Abänderung der vorgenannten Vorsatzerfordernisse dann die Umstände, die die Strafbarkeit nach dem Erfolgshaftungsdelikts begründen, kennen.³²

Der Hintermann soll auch dann als mittelbarer Täter bestraft werden können, wenn es sich bei der Straftat um ein Sonderdelikt handelt, er dessen Voraussetzungen jedoch nicht erfüllt.³³

3 *Liability not restricted by special characteristics required of offender*

(1) *D may be guilty under this Chapter of an offence even though:*

- (a) *the offence is one that may be committed only by a person who meets a particular description, and*
- (b) *D does not meet that description.*

(2) *“No-fault offence” means an offence that does not require proof of fault.*

Die dritte Art der Verantwortlichkeit soll die bedeutsamste Funktion übernehmen, die nach dem derzeitigen Recht von der Beteiligungsform *procure* ausgefüllt wird.

5 *Offence of causing a no-fault offence*

(1) *A person commits an offence if he causes another person to commit a no-fault offence, and:*

- (a) *it is his intention that a person should commit the offence, or*
- (b) *he knows or believes that his behaviour will cause a person to commit it.*

(2) *“No-fault offence” means an offence that does not require proof of fault.*

Wer die Verwirklichung eines Erfolgshaftungsdelikts im Sinne des bisherigen *procurement* verursacht (vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel III. 2. b) bb)(5)), wird als Täter bestraft.³⁴ Präzisierend führt die Law Commission aus, dass es nach dem neuen Delikt für die Strafbarkeit ausreicht, die inkriminierenden Tatumstände zu

²⁹ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 100.

³⁰ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 99ff.

³¹ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 102.

³² Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 103.

³³ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 17; 159 (Clause 3 des Gesetzesentwurfs).

³⁴ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 17; 159 (Clause 4 des Gesetzesentwurfs).

verursachen. Nicht erforderlich ist es, den *actus reus* des Täters zu verursachen. So genügt es z.B. für die Bestrafung wegen des *offence of causing a no-fault offence*, ein Getränk eines anderen so mit Alkohol zu versetzen, dass dieser fahruntüchtig wird. Der Täter muss keinen Einfluss darauf nehmen, dass der Fahruntüchtige auch tatsächlich die Fahrt antritt. Fährt der Fahruntüchtige jedoch, so ist der Täter zu bestrafen.³⁵ Der Täter muss wissen oder glauben, dass sein Verhalten dazu führt, dass ein anderer das Erfolgsdelikt verwirklicht, oder er muss dies beabsichtigen.³⁶

Ebenso wie bei den *inchoate offences* ist eine Strafbarkeit des Opfers eines Begegnungsdelikts, das zum Schutz des Opfers existiert, ausgeschlossen.

6 *Protective offences: victims not liable*

- (1) *D is not liable under Chapter 1 of Part 1 for a protective offence if:-*
 - (a) *he falls within the protected category, and*
 - (b) *he is the person in respect of whom it was committed.*
- (2) *D does not commit an offence under section 5 if:*
 - (a) *the no-fault offence is a protective offence,*
 - (b) *he falls within the protected category, and*
 - (c) *he is the person in respect of whom it was committed.*
- (3) *"Protective offence" means an offence that exists (wholly or in part) for the protection of a particular category of persons ("the protected category").*

Handelt der Teilnehmer, um die Begehung eines Delikts abzuwenden oder einen Nachteil zu verhindern oder zu begrenzen, so wird er, ebenso wie bei den *inchoate offences*, nicht bestraft.³⁷

7 *Defence of acting to prevent commission of offence etc.*

- (1) *In proceedings for an offence to which this section applies, a person is not guilty of the offence if he proves on the balance of probabilities that -*
 - (a) *he acted for the purpose of:*
 - (i) *preventing the commission of that offence or another offence, or*
 - (ii) *preventing, or limiting, the occurrence of harm, and*
 - (b) *it was reasonable for him to act as he did.*
- (2) *This section applies to an offence of which a person is alleged to be guilty as a result of section 1 or 2.*

Schließlich spricht sich die Law Commission aus rechtspolitischen Erwägungen dafür aus, die Teilnahme am Selbstmord eines anderen gem. s. 2 Suicide Act 1961 als Straftat beizubehalten.³⁸

³⁵ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 106.

³⁶ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 107.

³⁷ Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 18; 159 (*Clause 4* des Gesetzesentwurfs).

3. Resümee

Die Vorschläge der Law Commission werden im Falle ihrer Umsetzung die Würdigung von Fällen strafrechtlicher Teilnahme für die Rechtsanwender zunächst vereinfachen. Das scheint nach einer ersten Auswertung aber mehr die Folge der im Rahmen der Kodifizierung geschaffenen, größeren terminologischen Sicherheit zu sein. Es sei nochmals in Erinnerung gerufen, dass die größte Schwäche des englischen Rechts von Täterschaft und Teilnahme nicht fehlerhafte Konzepte sind. Die Antworten des englischen Einheitstätersystems auf die Frage, ob bestraft werden soll, ist nicht kritikwürdig. Schwierigkeiten bereitet die Terminologie. Die Vielfalt verschiedener Formulierungen bei der Benennung der Strafbarkeitsvoraussetzungen ist – das sollte die Analyse des Fallrechts gezeigt haben – der Besonderheit des Verfahrens unter Beteiligung einer Jury geschuldet: Dem Laien eine Frage zu stellen, die er zur Feststellung der Schuld mit Ja oder Nein beantworten kann, ist eine Schwierigkeit, an der mancher englische Richter gescheitert ist. Dieses Scheitern hat zur Verwirrung beigetragen.

³⁸ Bezeichnenderweise im Bericht Nr. 300 „Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime“, S. 160ff; 165f.

A

BILL

TO

To create offences in respect of the encouragement or assistance of crime; and to abolish the common law offence of incitement.

Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:-

PART 1

ENCOURAGING OR ASSISTING CRIME

- 1 Intentionally encouraging or assisting a criminal act
 - (1) A person commits an offence if:
 - (a) he does an act capable of encouraging or assisting the doing of a criminal act in relation to an offence ("the principal offence"), and
 - (b) he intends to encourage or assist the doing of that criminal act.
 - (2) If the principal offence requires proof of fault, a person is not guilty of an offence under this section unless:
 - (a) he believes that, were another person to do the criminal act, that person would do it with the fault required for conviction of the principal offence, or
 - (b) his state of mind is such that, were he to do the criminal act, he would do it with that fault.
 - (3) If particular circumstances or consequences (or both) must be proved for conviction of the principal offence, a person is not guilty of an offence under this section unless:
 - (a) he intends the criminal act to be done:
 - (i) in those circumstances,
 - (ii) with those consequences, or
 - (b) he believes that, were another person to do the criminal act, that person would do it-
 - (i) in those circumstances, with those consequences.
 - (ii) with those consequences
- 2 Encouraging or assisting criminal acts believing that one or more of them will be done
 - (1) A person commits an offence if:
 - (a) he does an act capable of encouraging or assisting the doing of a criminal act (the "act in question"), and
 - (b) he believes:
 - (i) that the act in question will be done, and
 - (ii) that his act will encourage or assist the doing of the act in question.
 - (iii)

- (2) A person commits an offence if:
 - (a) he does an act capable of encouraging or assisting the doing of one or more of a number of criminal acts, and
 - (b) he believes:
 - (i) that at least one of a number of criminal acts will be done (but has no belief as to which), and
 - (ii) that his act will encourage or assist the doing of one of those criminal acts ("the act in question").
- (3) If the principal offence requires proof of fault, a person is not guilty of an offence under this section unless:
 - (a) he believes that, were another person to do the act in question, that person would do it with the fault required for conviction of the principal offence, or
 - (b) his state of mind is such that, were he to do it, he would do it with that fault.
- (4) If particular circumstances or consequences (or both) must be proved for conviction of the principal offence, a person is not guilty of an offence under this section unless he believes that, were another person to do the act in question, that person would do it:
 - (a) in those circumstances,
 - (b) with those consequences.
- (5) Neither subsection (1) nor (2) applies if the principal offence is:
 - (a) an offence under this Part, or
 - (b) an offence listed in Schedule 1.
- (6) In this Act, in relation to an offence under subsection (1) or (2), "the principal offence" means the offence in relation to which the act in question is a criminal act.

3 Supplemental provisions

- (1) An offence may be committed under section 1 or 2 whether or not the principal offence is committed.
- (2) If a person's act is capable of encouraging or assisting the doing of a number of criminal acts-
 - (a) section 1 applies separately in relation to each act that he intends to encourage or assist to be done, and
 - (b) section 2(1) applies separately in relation to each act that he believes will be encouraged or assisted to be done.
- (3) A person may, in relation to the same act, commit both an offence under section 2(1) and an offence under section 2(2).
- (4) But a person may not, in relation to the same act, be prosecuted for more than one offence under section 2(2).
- (5) For the purposes of section 2(1) (b) (i) it is sufficient for the person concerned to believe that the act in question will be done if certain conditions are met.
- (6) For the purposes of section 2(2) (b) (i) it is sufficient for the person concerned to believe that one or more of the criminal acts will be done if certain conditions are met.
- (7) If a person is charged with an offence under section 2(2), both the act in question and the principal offence must be specified in the information, charge or indictment.

PART 2

DEFENCES AND OTHER LIMITATION ON LIABILITY

Defences

Defence of acting to prevent commission of offence etc.

A person is not guilty of an offence under section 1 or 2 if he proves that:

- (a) he acted for the purpose of:
 - (i) preventing the commission of that offence or another offence, or
 - (ii) preventing, or limiting, the occurrence of harm, and
- (b) it was reasonable for him to act as he did.

4 Defence of acting reasonably

- (1) A person is not guilty of an offence under section 2 if he proves:
 - (a) that he knew certain circumstances existed, and
 - (b) that it was reasonable for him to act as he did in those circumstances.
- (2) A person is not guilty of an offence under section 2 if he proves:
 - (a) that he believed certain circumstances to exist,
 - (b) that his belief was reasonable, and
 - (c) that it was reasonable for him to act as he did in the circumstances as he believed them to be.

Limitation on liability imposed under Part 1

5 Protective offences: victims not liable

- (1) A person is not guilty of an offence under section 1 or 2 if:
 - (a) the principal offence is a protective offence,
 - (b) he falls within the protected category, and
 - (c) he is the person in respect of whom the principal offence was committed (or would have been if it had been committed).
- (2) "Protective offence" means an offence that exists (wholly or in part) for the protection of a particular category of persons ("the protected category").

PART 3

JURISDICTION AND PROCEDURE

6 Jurisdiction

- (1) If a person (D) knows or believes that what he anticipates might take place wholly or partly in England or Wales, he may be guilty of an offence under Part 1 no matter where he was at any relevant time.
- (2) If it is not proved that D knows or believes that what he anticipates might take place wholly or partly in England or Wales, he is not guilty of an offence under Part 1 unless paragraph 1, 2 or 3 of Schedule 2 applies.
- (3) In relation to an offence under section 1, a reference in this section (and in any of those paragraphs) to what D anticipates is a reference to the act, circumstances and consequences mentioned in subsections (2) and (3) of that section.

(4) In relation to an offence under section 2, a reference in this section (and in any of those paragraphs) to what D anticipates is a reference to the act, circumstances and consequences mentioned in subsections (3) and (4) of that section.

8 Role of the Attorney General

No proceedings for an offence triable by reason of any provision of Schedule 2 may be instituted except by, or with the consent of, the Attorney General.

9 Mode of trial

The mode of trial of a person charged with an offence under Part 1 is to be determined as if he had been charged with the principal offence.

10 Persons who may be perpetrators or encouragers etc.

(1) In proceedings for an offence under section 1 or 2 ("the Part 1 offence") the defendant may be convicted if:

- (a) it is proved that he must have committed the Part 1 offence or the principal offence in question, but
- (b) it is not proved which of those offences he committed.

(2) For the purposes of subsection (1) (a), a person is not to be treated as having committed the principal offence merely because he aided, abetted, counselled or procured its commission.

11 Conviction under Part 1 not prevented by inability to do particular act

For the purposes of sections 1(2) (b) and 2(3) (b), the person concerned is to be assumed to be able to do the criminal act in question.

12 Penalties

- (1) This section applies if a person is convicted of an offence under Part 1.
- (2) If the principal offence is murder, he is liable to imprisonment for life.
- (3) Unless an enactment provides otherwise, he is liable in any other case to any penalty for which he would be liable on conviction of the principal offence.

PART 4

CONSEQUENTIAL ALTERATIONS OF THE LAW

13 Abolition of common law replaced by this Act

The common law offence of inciting the commission of another offence is abolished.

14 Consequential amendments and repeals

- (1) In the provisions listed in Part 1 of Schedule 3, any reference however expressed to (or to conduct amounting to) the offence abolished by section 13 has effect as a reference to (or to conduct amounting to) the offences in Part 1 of this Act.
- (2) Part 2 of Schedule 3 contains other minor and consequential amendments.

- (3) The Secretary of State may by order:
 - (a) amend Part 1 of Schedule 3 by adding or removing a provision;
 - (b) amend any Act or subordinate legislation in such way as he thinks fit in consequence of the provisions of this Act.
- (4) An order under subsection (3)
 - (a) must be made by statutory instrument, and
 - (b) may not be made unless a draft of it has been laid before Parliament and approved by a resolution of each House of Parliament.
- (5) Schedule 4 contains repeals.

PART 5 INTERPRETATION

15 Being capable of encouraging or assisting

- (1) A reference in this Act to a person's doing an act that is capable of encouraging the doing of a criminal act includes a reference to his doing so by threatening another person or otherwise putting pressure on another person to do the act.
- (2) A reference in this Act to a person's doing an act that is capable of encouraging or assisting the doing of a criminal act includes a reference to his doing so by:
 - (a) taking steps to reduce the possibility of criminal proceedings being brought in respect of the act's being done,
 - (b) failing to take reasonable steps to discharge a duty.
- (3) But a person is not to be regarded as doing an act that is capable of encouraging or assisting the doing of a criminal act merely because he fails to respond to a constable's request for assistance in preventing a breach of the peace.

16 Indirectly encouraging or assisting

If a person (D1) arranges for a person (D2) to do an act that is capable of encouraging or assisting an act to be done, and D2 does any such act, D1 is also to be treated for the purposes of this Act as having done it.

17 Acts and criminal acts

- (1) A reference in this Act to an act includes a reference to a course of conduct and a reference to doing an act is to be read accordingly.
- (2) A reference in this Act to a criminal act is, in relation to an offence, a reference to an act (or a failure to act) that falls within the definition of the act (or failure to act) that must be proved in order for a person to be convicted of the offence.
- (3) A reference in this Act to the doing of a criminal act includes a reference to:
 - (a) the continuation of an act that has already begun;
 - (b) an attempt to do an act (except in relation to an offence of attempting to commit another offence).

18 Intention required for liability under section 1

- (1) A person is not to be taken to have intended to encourage or assist a criminal act to be done merely because such encouragement or assistance was a foreseeable consequence of his act.
- (2) A person is not to be taken to have intended that a criminal act be done in particular circumstances or with particular consequences merely because its being done in those circumstances or with those consequences was a foreseeable consequence of his act.
- (3) A reference to a person's act is to an act of his of the kind mentioned in section 1(1)(a).

PART 6 FINAL PROVISIONS

19 Saving for offences committed before commencement

- (1) Nothing in this Act affects the operation of:
 - (a) any rule of the common law, or
 - (b) any provision of an Act or of subordinate legislation,
 - (c) in relation to offences committed wholly or partly before commencement.
- (2) An offence is partly committed before commencement if:
 - (a) a relevant event occurs before commencement; and
 - (b) another relevant event occurs on or after commencement.
- (3) "Commencement" means the day on which Part 1 comes into force.
- (4) "Relevant event", in relation to an offence, means any act or other event (including any consequence of an act) proof of which is required for conviction of the offence.

20 Commencement

This Act, except this section and sections 21 and 22, comes into force in accordance with provision made by the Secretary of State by order made by statutory instrument.

21 Extent

- (1) Subject to subsection (2), this Act extends to England and Wales only.
- (2) The following provisions of this Act also extend to Scotland and Northern Ireland:
 - (a) paragraphs 37 and 38 of Schedule 3 (and section 14(2) so far as it relates to those paragraphs);
 - (b) section 14(3) and (4);
 - (c) this Part.

22 Short title

This Act may be cited as the Participating in Crime Act 2006.¹

¹ Text des Entwurfs gem. Bericht Nr. 300 der Law Commission „Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime“, S. 146 ff.

This Act may be cited as the Crime (Encouraging and Assisting) Act 2006.¹

A

BILL

To

Codify with amendments the law of England and Wales on the criminal liability of persons for offences committed, and acts done, by others; and to create an offence of causing a no-fault offence.

Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:

PART 1

LIABILITY FOR PARTICIPATING IN CRIME

CHAPTER 1

LIABILITY FOR OFFENCES COMMITTED OR ACTS DONE BY OTHERS

Ways in which a person may become liable

1 Assisting or encouraging an offence

- (1) Where a person (P) has committed an offence, another person (D) is also guilty of the offence if:
 - (a) D did an act with the intention that one or more of a number of other acts would be done by another person,
 - (b) P's criminal act was one of those acts,
 - (c) D's behaviour assisted or encouraged P to do his criminal act, and
 - (d) subsection (2) or (3) is satisfied.
- (2) This subsection is satisfied if D believed that a person doing the act would commit the offence.
- (3) This subsection is satisfied if D's state of mind was such that had he done the act he would have committed the offence.

2 Participating in a joint criminal venture

- (1) This section applies where two or more persons participate in a joint criminal venture.
- (2) If one of them (P) commits an offence, another participant (D) is also guilty of the offence if P's criminal act falls within the scope of the venture.

¹ Text des Entwurfs gem. Bericht Nr. 300 der Law Commission „Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime“, S. 146 ff.

- (3) The existence or scope of a joint criminal venture may be inferred from the conduct of the participants (whether or not there is an express agreement).
- (4) D does not escape liability under this section for an offence committed by P at a time when D is a participant in the venture merely because D is at that time:
 - (a) absent,
 - (b) against the venture's being carried out, or
 - (c) indifferent as to whether it is carried out.

Extension of liability under this Chapter

- 3 Liability not restricted by special characteristics required of offender
 - (1) D may be guilty under this Chapter of an offence even though:
 - (a) the offence is one that may be committed only by a person who meets a particular description, and
 - (b) D does not meet that description.
 - (2) "No-fault offence" means an offence that does not require proof of fault.
- 4 Using an innocent agent
 - (1) If a person (D) uses an innocent agent (P) to commit an offence, D is guilty of that offence.
 - (2) P is an innocent agent in relation to an offence if:
 - (a) he does a criminal act, and
 - (b) he does not commit the offence itself for one of the following reasons:
 - (i) he is under the age of 10,
 - (ii) he has a defence of insanity, or
 - (iii) he acts without the fault required for conviction, and there is no other reason why he does not commit it.
 - (3) D uses P to commit an offence if:
 - (a) D intends to cause a person (whether or not P) to do a criminal act in relation to the offence,
 - (b) D causes P to do the criminal act, and
 - (c) subsection (4) or (5) is satisfied.
 - (4) If a particular state of mind requires to be proved for conviction of the offence that D uses P to commit, D's state of mind must be such that, were he to do the act that he intends to cause to be done, he would do it with the state of mind required for conviction of the offence.
 - (5) If the offence which D uses P to commit is a no-fault offence, D must know or believe that, were a person to do the act that D intends to cause to be done, that person would do it:
 - (a) in the circumstances (if any), and
 - (b) with the consequences (if any), proof of which is required for conviction of the offence.
- 5 Offence of causing a no-fault offence

- (1) A person commits an offence if he causes another person to commit a no-fault offence, and:
 - (a) it is his intention that a person should commit the offence, or
 - (b) he knows or believes that his behaviour will cause a person to commit it.
- (2) "No-fault offence" means an offence that does not require proof of fault.

6 Protective offences: victims not liable

- (1) D is not liable under Chapter 1 of Part 1 for a protective offence if:
 - (a) he falls within the protected category, and
 - (b) he is the person in respect of whom it was committed.
- (2) D does not commit an offence under section 5 if:
 - (a) the no-fault offence is a protective offence,
 - (b) he falls within the protected category, and
 - (c) he is the person in respect of whom it was committed.
- (3) "Protective offence" means an offence that exists (wholly or in part) for the protection of a particular category of persons ("the protected category").

7 Defence of acting to prevent commission of offence etc.

- (1) In proceedings for an offence to which this section applies, a person is not guilty of the offence if he proves on the balance of probabilities that:
 - (a) he acted for the purpose of:
 - (i) preventing the commission of that offence or another offence, or
 - (ii) preventing, or limiting, the occurrence of harm, and
 - (b) it was reasonable for him to act as he did.
- (2) This section applies to an offence of which a person is alleged to be guilty as a result of section 1 or 2.

PART 3 GENERAL Interpretation

8 Encouraging and assisting

- (1) A reference in this Act to encouraging a person to do an act includes a reference to threatening or otherwise putting pressure on him to do it.
- (2) A reference in this Act to encouraging or assisting a person to do an act includes a reference to:
 - (a) taking steps to reduce the possibility of criminal proceedings being brought in respect of the act's being done,
 - (b) failing to take reasonable steps to discharge a duty.
- (3) But a person is not to be regarded as encouraging or assisting another person to do an act merely because he fails to respond to a constable's request for assistance in preventing a breach of the peace.

9 Indirectly encouraging or assisting

If a person (D1) arranges for a person (D2) to do something that will encourage or assist another person to do an act, and D2 does any such thing, D1 is also to be treated for the purposes of this Act as having done it.

10 Committing an offence

- (1) For the purposes of sections 1 and 2 and of Part 2 (so far as it relates to those sections), a reference to a person (P) who commits an offence is to a person who:
 - (a) acts with the fault required for conviction of the offence,
 - (b) is of or over the age of 10, and
 - (c) does not have a defence of insanity.
- (2) For those purposes, it is immaterial whether P has any other defence.

11 Acts, criminal acts and no-fault offences

- (1) A reference in this Act to an act includes a reference to a course of conduct and a reference to the doing of an act is to be read accordingly.
- (2) A reference in this Act to a criminal act is, in relation to an offence, a reference to an act (or a failure to act) that falls within the definition of the act (or failure to act) that must be proved in order for a person to be convicted of the offence.
- (3) A reference in this Act to the doing of a criminal act includes a reference to:
 - (a) the continuation of an act that has already begun,
 - (b) an attempt to do an act (except in relation to an offence of attempting to commit another offence).
- (4) A reference in this Act to a no-fault offence is to read in accordance with section 5(2).

Final provisions

12 Commencement

This Act, except this section and sections 13 and 14, comes into force in accordance with provision made by the Secretary of State by order made by statutory instrument.

13 Extent

This Act extends to England and Wales only.

14 Short title

This Act may be cited as the Crime (Assisting and Encouraging) Act 2006.²

² Text des Entwurfs gem. Bericht Nr. 305 der Law Commission „Participating in Crime“, S. 157 ff.

Literaturverzeichnis

- ALBANESE; BERNARDO: Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo, in: BIDR 70 (1967) S. 119ff.
- ALLDRIDGE, PETER: The Doctrine of Innocent Agency, in: (1990) 2 Crim.L.R. 45ff.
- ALLEN, MICHAEL J.: Textbook on Criminal Law, 8. Aufl. Oxford 2005.
- AMIRTHALINGAM, KUMARALINGAM: Caldwell Recklessness is Dead, Long Live Mens Rea's Fecklessness, in: [2004] M.L.R. 491ff., 493.
- ANDREWS, N. H.: „Occidere“ and the lex Aquilia, in: [1987] C.J.L. 315ff.
- ANKUM, HANS: Das Problem der „überholenden Kausalität“ bei der Anwendung der Lex Aquilia im klassischen römischen Recht, in: Harder, Manfred; Thielmann, Georg (Hrsg.) FS v. Lübtow, Berlin 1980, S. 325ff.
- ASHWORTH, ANDREW: Principles of Criminal Law, 3. Aufl. Oxford 2003.
- Autor unbekannt „The policeman's dilemma“, in: The Economist, October 15th-21st 2005, S. 38.
- BAKER, J.H.: An Introduction to English Legal History, 3. Aufl. London 1990.
- BEAUMONT, JOHN: Accomplices and Liability for Joint Enterprises, in: (1999) 63 J.C.L. 166ff.
- BEHRENDTS, OKKO: Selbstbehauptung und Vergeltung und das Gewaltverbot im geordneten bürgerlichen Zustand nach klassischen römischem Recht, in: ZS 119 (2002) S. 44ff.
- BEHRENDTS, OKKO; KNÜTEL, ROLF; KUPISCH, BERTHOLD; SEILER, HANS HERMANN (Hrsg.): Corpus Iuris Civilis, Bd.I Institutionen, Heidelberg 1990.
- BENÖHR, H. - P: Zur Haftung für Sklavendelikte in: ZS 97 (1980), S. 273ff.

- BESCHÜTZ, JULIUS: Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre (bis zur Carolina), Strafrechtl. Abh. Heft 76, Breslau 1907.
- BEYNON, HELEN: Causation, Omissions and Complicity, in: [1987] Crim.L.R. 537ff.
- BINDER, JULIUS: Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht, Leipzig 1899.
- BINDING, KARL: Die Normen und ihre Übertretung, 4. Band, Leipzig 1919.
- DERS.: Die Normen und ihre Übertretung, 2. Band, 2. Hälfte, 2. Aufl. Leipzig 1916.
- BIONDI, BIONDO: Actiones noxales in diritto romano classico, in: AUPA. 10 (1925).
- BIRKS, PETER: Injuria, in: (1969) 37 TR 163ff.
- DERS.: A Note on the Development of *Furtum*, in: The Irish Jurist 8 (1973), S. 349ff.
- BLACKSTONE, WILLIAM: Commentaries on the Laws of England, Bd. IV., Oxford 1767, Neudruck 1966
- DERS.: Commentaries on the Laws of England, 4. Buch, Neudruck der 1. Auflage von 1769, London 1966.
- BLEICKEN, JOCHEN: Verfassungs- und Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreiches, Bd.1, Paderborn München Wien Zürich, 4. Aufl. 1995.
- BRACON, HENRY DE: De legibus et consuetudinibus angliae, Cambridge (Mass.), Ausgabe 1968.
- BRAND, C. E.: Roman Military Law, Austin London 1968
- BRECHT, C. H.: Perduellio, Diss., München 1938.
- BRUNS, CARL GEORG: Popularklagen, in: Kleinere Schriften, Bd. I, Weimar 1882, S. 313ff.
- DERS.: Fontes Iuris Romanes Antiqui, Tübingen 1909.
- BUCKLAND, W. W.: The Roman Law of Slavery, Cambridge 1908.
- DERS.: Contrectatio, in: 47 L.Q.R. (1941) S. 467ff.
- BÜRGE, ALFONS: Vertrag und personale Abhängigkeiten, in SZ 97 (1980) S. 105ff.
- DERS.: Der mercennarius und die Lohnarbeit; in: SZ 107 (1990) S. 80ff.

- CAMPBELL, J.B.: The Emperor and the Roman Army, 31 BC – AD 235; Oxford 1984.
- CASAVOLA, FRANCO: Studi sulle azioni popolari: Le „actiones populares“, Neapel 1958.
- CHEVALLIER, A.: Contribution à l'étude de la complicité en droit pénal romain, in RHD 31 (1953), S. 204ff.
- CLOUD, J.D.: The Text of Digest XLVIII, 4, in: ZS 80 (1963), 206ff.
- COKE, EDWARD: Institutes of the lawes of England, Bd. I, London 1669.
- DERS.: The third part of the Institutes of the lawes of England: concerning high treason, and other pleas of the crown, and criminall cause, London 1669.
- CRAWFORD, M.H. (Hg.): Roman Statutes, Bd. 2, London 1996.
- CROSS, RUPERT: Duress and Aiding and Abetting – A Reply, in: (1953) 69 L.Q.R. 354ff.
- DAHM, GEORG: Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin, Leipzig 1931.
- DAUBE, DAVID: Roman Law, Linguistic, Social and Philological Aspects, Edinburgh 1969.
- DERS.: Nocere and Noxa, in: (1939) 7 C.L.J. 23ff.
- DERS.: The Defence of Superior Orders, in: (1956) 72 L.Q.R. 494ff.
- DERS.: “The Term Damnum”, Studi Solazzi, 1948, S. 93ff.
- DERS.: The Lex Julia concerning Adultery, in: The Irish Jurist 7 (1972), S. 373ff.
- DAVIES, MITCHELL: Lawmakers, Law Lords and Legal Fault: Two Tales from the (Thames) River Bank: Sexual Offences Act 2003; R v G and Another, in: [2004] C.L.J. 130ff.
- DE VISSCHER, FERNAND: Études de droit romain, Paris 1931.
- DENNIS, I. H.: The mental element for accessories, in: Peter, Smith (Hrsg.): Criminal Law – Essays in Honour of J C Smith, London 1987, S. 40ff.
- DERS.: Intention and Complicity: A Reply, in: [1988] Crim.L.R. 649ff.

- DERS.: Letter to the Editor, in: [1989] Crim. L.R. S. 168ff
- DOPPS, LINDA P.; LUCRAFT, MARK; CROWTHER, ERIC (Hrsg.): Road Traffic Offences, London 1990.
- DOWNER, L.J. (HRSG.): Leges Henrici Primi, Oxford 1972.
- EDWARDS, J. L.: Duress and Aiding and Abetting, in: (1953) 69 L.Q.R. 226ff.
- FALCHI, GIUSEPPINO FERRUCCHIO: Diritto Penale Romano, Padua, 2. Aufl. 1937.
- FIKENTSCHER, WOLFGANG: Die Methoden des Rechts in vergleichender Betrachtung, Bd. 2, Tübingen 1975.
- FINN, JEREMY: Culpable Non-Intervention: Reconsidering the Basis for Party Liability by Omission, in: (1994) 18 Crim.L.J. 90ff.
- FLACH, ANDREAS: Die Fortgeltung des Zwölftafelrechts, Diss. Freiburg 2003.
- DERS.: Die Gesetze der frühen römischen Republik, Darmstadt 1994.
- DERS.: Das Zwölftafelgesetz, Darmstadt 2004.
- FLETCHER, GEORGE P.: Basic Concepts of Criminal Law, New York Oxford 1998.
- FOSTER, M.: Crown Law 1762, Neudruck, Abingdon 1982.
- FOSTER, MICHAEL: A Report on Crown Cases and Discourses on the Crown Law, 1762, Neudruck 1982.
- FUHRMANN, MANFRED: proditio, in RE Suppl. 9, S. 1224, 1226f.
- GEBHARDT, JÖRG: Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom und in der Gegenwart, Diss., Köln Weimar Wien 1994.
- GELZER, MATTHIAS: Studien zur byzantinischen Verwaltung Ägyptens, Leipzig 1909.
- GIMÉNEZ, CANDELA TERESA: La "Lex Iritana". Une nouvelle loi municipale de la betique, in RIDA, 30, (1983), S.125ff.
- GOTTFRIED SCHIEMANN: Patronus, in: Cancik, Hubert; Schneider, Helmut (Hrsg.): Der Neue Pauly: Enzyklopädie der Anti-

- ke, Bd. 9, Stuttgart Weimar 2000.
- GRÄFF, H.; RÖNNE, L. V.: Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, Breslau 1855.
- GREAVES, CHARLES
SPRENGEL (HRSG.); RUSSELL,
SIR W.M. OLDNALL: A Treatise on Crimes and Misdemeanours, 4. Aufl. London 1865.
- GRIEW, EDWARD: It Must Have Been One of Them, in: [1989] Crim.L.R. 129ff.
- HACKL, KARL: Rezension zu LA ROSA, RENATO: La repressione del furtum in eta arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere, Neapel 1990, in: SZ 110 (1993) S. 754ff.
- DERS.: Gaius 4, 37 und die Formel der actio furti, in: Schermaier, Martin Josef, Vegh, Zoltán Végh (Hrsg.): Ars boni et aequi – Festschrift für Wolfgang Waldstein, Stuttgart 1993, S. 127ff.
- HAFT, FRITHJOF: Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. München 2004.
- HAGEMANN, MATTHIAS: Iniuria, Diss., Köln Weimar Wien 1998.
- HALE, SIR MATTHEW Historia Placitorum Coronae, Bd. 1, 1736, Neudruck London 1971.
- DERS.: Pleas of the Crown – A Methodical Summary, London 1678, Neudruck 1972.
- HART, H.L.A.; HONORÉ, TONY: Causation in the Law, 2. Aufl. Oxford 1985.
- HAUSMANINGER, HERBERT: Das Schadensersatzrecht der Lex Aquilia, 5. Auflage Wien 1996.
- HAWKINS, WILLIAM GEORGE: Treatise of the Pleas of the Crown; or, A system of the principal matter related to that subject, digested under their proper heads, Nachdruck der Ausgabe 1716-21, New York 1972.
- HEATON, RUSSELL: Dealing in Death, in: [2003] Crim LR 497ff.
- DERS.: Principals? No Principles!, in: [2004] Crim LR 463ff.
- HEIMBERGER, JOSEPH: Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach, Freiburg, Leipzig 1896.
- HERRING, JONATHAN: Criminal Law, Oxford 2004.

- HEUMANN, H.; SECKEL, E.: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl. Graz 1971.
- HITZIG, C.F.: furtum, in RE VIII 1, Sp. 388, Z. 57ff.
- HÖBENREICH, EVELYN: Überlegungen zur Verfolgung unbeabsichtigter Tötungen von Sulla bis Hadrian, in: ZS 107 (1990), S. 249ff.
- HOKE, RUDOLF: Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. Wien Köln Weimar 1999.
- HOLDSWORTH, SIR WILLIAM: A History of English Law, Band III, Neudruck der 5. Aufl. (1942) London 1966.
- HONSELL, HEINRICH: Römisches Recht, 5. Aufl. Berlin Heidelberg New York 2001 ???
- DERS.: Römisches Recht, 5. Aufl. Berlin Heidelberg New York 2002.
- HONSELL, HEINRICH; MAYER - MALY, THEO; SELB, WALTER: Römisches Recht, 4. Aufl. Berlin Heidelberg New York London Paris Tokyo 1987.
- HORAK FRANZ: Rationes Decidendi, Bd. 1, Aalen 1969.
- DERS.: Wer waren die veteres? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen, in: Vestigia Iuris Romani - Festschrift für Gunter Wesener, Graz 1992 S. 235ff.
- HUSAK, D.: Does Criminal Liability Require an Act?, in: Duff, A. (Hrsg.): Philosophy and the Criminal Law, Cambridge 1999, S. 60ff.
- HUVELIN, PAUL: La notion de l' iniuria dans le très ancien droit romain, in: Mélanges Ch. Appleton, Lyon 1903.
- DERS.: Études sur le furtum dans le très ancien droit romain, Bd. I, Paris 1915.
- JAHR, GÜNTHER: Rezension, SZ 77 (1960), S. 472ff.
- JANKA, KARL: Der strafrechtliche Notstand, Erlangen 1978, S. 43ff.
- JEFFERSON, MICHAEL: Criminal Law, 6. Auflage Harlow 2003.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH; WEIGEND, THOMAS: Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Berlin 1996.
- JHERING, RUDOLPH V.: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1. Teil, 8. Aufl. Leipzig 1924.

- JOLOWICZ, H.F.: Digest XLVII. 2 De furtis, Cambridge 1940.
- DERS.: Historical Introduction to Roman Law, Cambridge 1932.
- JOLOWICZ, H.F.; BARRY, NICHOLAS: Historical Introduction to the Study of Roman Law, 3. Aufl. Cambridge 1972.
- KADISH, SANFORD: Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine, in: Cal. L. Rev. 73 (1985) S. 324ff.
- KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte, Bd.I, Leipzig 1885.
- DERS.: Römische Rechtsgeschichte, Band II, Leipzig 1901.
- KASER, MAX: Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt – 2. Aufl. München 1971.
- DERS.: Das altrömische Ius, Göttingen 1949.
- DERS.: Typisierter «Dolus» im altrömischen Recht, in: BIDR 65 (1962), S. 79ff.
- DERS.: Das römische Zivilprozessrecht, München 1966 (mittlerweile 2. Aufl. 2005).
- KASER, MAX; HACKL, KARL: Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. München 1996.
- KASER, MAX; KNÜTEL, ROLF: Römisches Privatrecht, 17. Aufl. München 2003.
- KAYE, J.M.: The Making of the English Criminal Law, The Beginnings – A General Survey to Criminal Law and Justice down to 1500, in: [1977] Crim.L.R. 4ff.
- KENNY, C.S.: Outlines of the Criminal Law, 4. Aufl. Cambridge 1904.
- KIENAPFEL, DIETHELM: „Beteiligung“ und „Teilnahme“, in: NJW 1970, 1826ff.
- KNOTHE, HANS-GEORG: Zur 7-Jahresgrenze der „infantia“, in: SDHI 48 (1982), S. 239ff
- KRAUSE, JENS-UWE: Kriminalgeschichte der Antike, München 2004.
- KÜBLER, BERNHARD: Geschichte des römischen Rechts, Leipzig Erlangen 1925.
- KUNKEL, WOLFGANG: Ein direktes Zeugnis für den privaten Mordprozess im altrömischen Recht, in: Niederländer, Hubert (Hrsg.): Kleine Schriften, Weimar 1974, S. 111ff.

- KURYLOWICZ, MAREK: Paul. 47.10.26 und die Tatbestände der römischen „iniuria“, in: *Labeo* 23 (1987), S. 298ff.
- LA ROSA, RENATO: La repressione del furtum in eta arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere, Diss., Neapel 1990.
- LACKNER, KARL; KÜHL, KRISTIAN; DREHER, EDUARD: Strafgesetzbuch: Kommentar 25. Aufl. München 2004.
- LANHAM, DAVID: Larsonneur Revisited, in: [1976] *Crim. L.R.* 276ff.
- DERS.: Accomplices and Transferred Malice, in: [1980] *L.Q.R.* 110ff.
- LE BOHEC, YANN: L'armée romaine, 2. éd. 1990 Paris.
- LEIFER, F.: Parricidas, in: *RE* XVIII. 4, 1471ff.
- LEIGH, L.H.: Strict and Vicarious Liability, London 1982.
- LENEL, OTTO: Palingenesia Iuris Civilis, Bd.II, Leipzig 1889.
- DERS.: Das edictum Perpetuum, 3. Aufl. Leipzig 1927, 3. Neudruck Aalen 1985.
- LEVY, ERNST: Die Konkurrenz der Aktionen und der Personen im klassischen römischen Recht, Bd.I., Berlin 1918.
- LIEBS, DETLEF: Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, Göttingen 1972.
- DERS.: Damnum, damnare und damnas, in: *SZ* 85 (1968) S. 173ff.
- DERS.: Römisches Recht, 6. Aufl. Göttingen 2004.
- LISOWSKI, ZYGM: Noxalis actio, in: *RE* Suppl. VII, 1940, S. 654
- LISZT, FRANZ V.; SCHMIDT, EBERHARD: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd.I, Berlin und Leipzig 1932.
- LÖFFLER, ALEXANDER: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Band 1, Abteilung 1, Leipzig 1895.
- LONGO, GIANETTO: La complicità nel diritto penale romano, in: *BIDR* 61 (1958), S. 198ff.
- DERS.: La complicità nel diritto penale romano, in: *BIDR* 61 (1958), S. 103ff.
- LÜBTOW, ULRICH V.: Untersuchungen zur lex aquilia de damno iniuria dato, Berlin 1971.

- DERS.: Zum römischen Injurienrecht, in: *Labeo* 15 (1969), S. 131ff.
- MACCORMACK, GEOFFREY.: *Ope consilio furtum factum*, in: *TR* 51 (1983), S. 271ff.
- DERS.: The Liability of the Judge, in: *ANRW* II, 14, Berlin - New York 1982, S. 4ff.
- DERS.: Witnesses in the Law of the Twelve Tables, in: *BIDR* 76 (1973), S. 225ff.
- DERS.: Fault and Causation in Early Roman Law, in: *RIDA* (1981) 28, S. 97 ff.
- DERS.: Aquilian Studies, in: *SDHI* 41 (1975), S. 1ff.
- DERS.: Rezension zu NÖRR, DIETER: *Causa Mortis*, Berlin Heidelberg New York 1986, in: *TR* 56 (1988) S. 209ff.
- DERS.: Criminal Liability for Fire in Early and Classical Roman Law, in: *Index* 3 (1972), S. 382ff.
- DERS.: Rezension zu VÖLKL, ARTUR: *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Habil., Wien Köln Graz 1984, in: *ZS* 104 (1987), S. 764ff.
- DERS.: Fault and Causation in Early Roman Law, in: *RIDA* 28 (1981), S. 97.
- DERS.: „Dolus“, „Culpa“, „Custodia“ and „Diligentia“. Criteria of Liability or Content of Obligation, in: *Index* 22 (1994), S. 189ff.
- DERS.: Dolus in the Law of the Early Classical Period, in: *SDHI* 52 (1986), S. 236ff.
- DERS.: Culpa, in: *SDHI* 38 (1972), S. 123ff.
- DERS.: *Ope consilio furtum factum*, in: *TR* 51 (1983), S. 271ff.
- MACKAY, R.D.: *Mental Defences in the Criminal Law*, Oxford 1995.
- MEYER, HELLMUTH: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, Köln 1953.
- MILELLA, ORONZO: *Consensus del 'dominus' e furto*, in: *BIDR* 91 (1988), S. 391ff.

- MOLAN, MICHAEL T.: Criminal Law, 3. Auflage London 2001.
- MÖLLER, COSIMA: Die *mercenarii* in der römischen Arbeitswelt, in: ZS 110 (1993) S. 296ff.
- MOLNAR, IMRE: „Dolus malus“ im archaischen römischen Recht, in: BIDR 89 (1986), S. 465ff.
- MOMMSEN, THEODOR: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.
- DERS.: Popularklagen, in ZS 24 (1903) S. 1ff.; RE I, S. 318
- MOMMSEN, THEODOR; KRÜGER, PAUL; WATSON, ALAN: The Digest of Justinian, Vol. V, Philadelphia 1985.
- MURPHY, PETER (Hrsg.): Blackstone's Criminal Practice, Oxford 2004.
- NICOLSON, DONALD: The Citizen's Duty to Assist the Police, in: [1992] Crim.L.R. 611ff.
- NIEDERLÄNDER, HUBERT: Die Entwicklung des *furtum* und seine etymologischen Ableitungen, in: ZS 67 (1950) S. 185ff.
- DERS.: Die außernoxtale Haftung des Gewalthabers für Delikte der Gewaltunterworfenen im klassischen Römischen Recht, in: ZS 69 (1952), S. 211ff.
- NÖRR, DIETER: Causa Mortis, Berlin Heidelberg New York 1986.
- DERS.: Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht in: FS Wieacker, Göttingen 1978, S. 115ff.
- DERS.: Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom, in: SZ 82 (1965) S. 67ff.
- O'DOHERTY, STEPHEN: Involuntary Manslaughter: Where to Now?, in: [2004] Justice of the Peace 5ff.
- ORCHARD, G. F.: Criminal Responsibility for the Acts of Innocent Agents, in: [1977] N.Z.L.J. S. 4ff.
- PAMPALONI, MUZIO: La complicitá nel delitto di furto, in: SSE. 16 (1899).
- PARSONS, SIMON: Criminal Liability for the Act of Another: Accessorial Liability and the Doctrine of Joint Enterprise, in: [1998] C.L.J. 352ff.
- PERNICE, ALFRED: Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht, 1867.

- DERS.: Labeo, 2. Band, 1. Abschnitt, 2. Aufl. Halle 1895, S. 153.
- DERS.: Der verbrecherische Vorsatz im griechisch-römischen Rechte, in: ZS 17 (1896) 205ff.
- DERS.: Zu der Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte, Weimar 1867.
- PLESCIA, JOSEPH: The Development of „Iniuria“, in: Labeo 23 (1977), S. 271ff.
- DERS.: The development of agency, in: Labeo 30 (1984), S. 171ff.
- PLOWDEN, EDMUND The Commentaries, or Reports of Edmund Plowden containing divers cases upon matters of law, argued and adjudged in the several reigns of King Edward VI., Queen Mary, King and Queen Philip and Mary, and Queen Elizabeth: originally written in French, and now faithfully translated into English, names of the cases, the other of the principal matters, London 1761.
- PÓLAY, ELEMÉR: „iniuria dicitur omne, quod non iure fit“, in: BIDR 88 (1985), S. 73ff.
- DERS.: Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom, in: ZS 101 (1984) S. 143ff.
- POLLOCK, SIR FREDERICK;
MAITLAND, FREDERIC
WILLIAM: The History of the English Law, Bd. II, 2. Aufl. Cambridge 1952.
- PRICHARD, A. M.: Leage's Roman Private Law, 3. Aufl. London Melbourne Toronto 1967.
- PUGGSLEY, DAVID: On the Lex Aquilia and Culpa in: TR 50 (1982) S. 1ff.
- RABER, FRITZ: Grundlagen klassischer Injurienansprüche, Wien Köln Graz 1969.
- REED, ALAN: Joint Enterprise: Withdrawal, in: Journal of Criminal Law 2005, S. 19ff.
- REIN, WILHELM: Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1844, Aalen 1962
- REUVEN, YARON: Si adorat furto, in: TR 34 (1966), S. 510ff.

- RICHARDSON, P. J. (Hrsg.): Archbold, London 2004.
- RIGGSBY, A.M.: Lenocinium: Scope and Consequences, in: ZS 112 (1995), S. 423ff.
- RIZZELLI, GIUNIO: Ope Consilio Dolo Malo, in: BIDR 96 – 97 (1993/94), S. 293ff.
- ROBINSON, OLIVIA F.: The Criminal Law of Ancient Rome, Baltimore 1995.
- DIES.: Ancient Rome: city planning and administration, London New York 1992.
- ROXIN, CLAUDIUS: Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. Berlin New York 1999.
- RYAN, RAY; RYAN, DES: Recklessness, Subjectivity and the Criminal Law, in: [2004] I.L.T. 90ff.
- SAGER, FRITZ: Die Nebentäterschaft und ihre Abgrenzung zu den übrigen Beteiligungsformen, Diss. Schwerin 1924.
- SANDER, E.: Das römische Militärstrafrecht, Rhein. Museum f. Philologie 103 (1960) 289ff.
- SANTALUCIA, BERNARDO: Verbrechen und Ihre Verfolgung im Antiken Rom, Lecce 1997.
- SCHAFFSTEIN FRIEDRICH: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 2. Neudruck der Ausgaben 1930-1932, Aalen 1986.
- SCHEFFLER, UWE: Zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes, in: JuS 1997, 598-602.
- SCHINDLER, KARL-HEINZ: Ein Streit zwischen Julian und Celsus. Zum Problem der überholenden Kausalität, in: ZS, 74, 1957, S. 201.
- SCHÖNKE, ADOLF;
LENCKNER, THEODOR
[BEARB.]: Strafgesetzbuch: Kommentar, 25. Aufl. München 1997.
- SCHULZ, FRITZ: History of the Roman Legal Science, Oxford 1946.
- SELB, WALTER: Kausalität in der dogmengeschichtlichen Betrachtung, in: Horak, Franz; Waldstein, Wolfgang (Hrsg.) FS Herdlitzcka München 1972, S. 215ff.
- SIMESTER, A. P.; SULLIVAN, G.R.: Criminal law, theory and doctrine, 2. Aufl. Oxford 2003.

- SIMESTER, A.P.: On the So-called Requirement for Voluntary Action, in: (1998) *Buffalo Criminal Law Review*, S. 403ff.
- SIRKS, BOUDEWIJN: Reconsidering the Roman Colonate, in: *ZS* 110 (1993) S. 331ff.
- SMITH, A.T.H.: Error and mistake of law, in Anglo-American criminal law“, in: (1985) *14 Anglo-Am. L.R.* 3ff.
- SMITH, J. C. Commentary - [1982] *Crim.L.R.* 526ff.
- DERS.: Commentary - *Cogan and Leak* [1975] *Crim.L.R.* 585ff.
- DERS.: Commentary - *DPP v K and and B* [1997] *Crim.L.R.* 121ff.
- DERS.: *Criminal Evidence*, London 1995.
- DERS.: Commentary – *Pugsley v Hunter* [1973] *Crim.L.R.* 248.
- DERS.: Commentary, in: [1999] *Crim.L.R.* 67f.
- DERS.: Commentary – *Kennedy* [1999] *Crim.L.R.* 65.
- DERS.: Commentary - *R v Wan and Chan* [1995] *Crim.L.R.* 297ff.
- DERS.: Commentary - *Grundy* [1989] *Crim.L.R.* 503.
- DERS.: Aid, Abet, Counsel or Procure, in: Glazebrook, P.R. (Hrsg.): *Reshaping the Criminal Law*, London 1978.
- DERS.: Commentary – *Cogan and Leak* [1975] *Crim.L.R.* 585ff.
- DERS.: Commentary – *Millward* [1994] *Crim.L.R.* 528ff.
- DERS.: Commentary - *Wheelhouse* [1994] *Crim.L.R.* 757.
- DERS.: Commentary - *Reed (Nicholas)* [1982] *Crim.L.R.* 820.
- DERS.: Commentary – *Loukes* [1996] *Crim.L.R.* 342f.
- DERS.: Commentary – *Lewis* [1988] *Crim.L.R.* 518.
- DERS.: Commentary - *Smith* [1979] *Crim.L.R.* 252.
- DERS.: *Smith & Hogan Criminal Law*, 10. Aufl. London 2002.
- SMITH, K.J.M.: *A Modern Treatise of the Law of Complicity*, Oxford 1991.

- DERS.: Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles, in: [2001] Crim.L.R. 769ff.
- SÖLLNER, ALFRED: Einführung in die römische Rechtsgeschichte, 5. Aufl. München 1996.
- STEIN, HENRIKE: Die Regelungen von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, Spaniens, Österreichs und Englands, Diss. Herbolzheim 2002.
- STEIN, PETER: School Attitudes in the Law of Delicts, in: Studi in onore di Arnaldo Biscardi, Bd.II, Mailand 1982, S. 281ff.
- STEPHEN, SIR FITZJAMES: A Digest of the Criminal Law, 4. Aufl. London 1887.
- DERS.: A History of the Criminal Law of England, Bd. I, London 1883.
- STOLMAR, REINHARD: Die formula der actio nec manifesti des Alleintäters, Sindelfingen 1989.
- STRAUB, GERNOT: Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht, Diss. Bonn 1952.
- SULLIVAN, G.R.: Contemporaneity of Actus Reus and Mens Rea [1993] Camb LJ (1991) 487ff.
- TAYLOR, R.D.: Complicity and Excuses, in: [1983] Crim.L.R. 656ff.
- THE LAW COMMISSION: Report No. 177: A Criminal Code for England and Wales, Vol. 1, London 1965.
- THE LAW COMMISSION: Law Commission's Working Paper No. 43, Codification of the Criminal Law: Parties Complicity and Liability for the Act of Another, 1972.
- THE LAW COMMISSION: Consultation Paper No. 131 – Assisting and Encouraging Crime, 1993 HMSO.
- THE LAW COMMISSION: Report No. 177, Band 2 "Commentary on Draft Criminal Code Bill", London 1989.
- THOMAS, J. A.C.: The Development of Roman Criminal Law, in: L.Q.R. 79 (1963) S. 224 – 237.
- DERS.: Contrectatio, Complicity and furtum, in: IURA XIII (1962), S. 70ff.

- DERS.: Contrectatio – my last word, in: IURA 14 (1963), S. 163ff.
- DERS.: Animus furandi, in: IURA 19 (1968), S. 1ff.
- DERS.: Contrectatio , complicity and furtum, in: IURA XIII (1962), S. 70ff.
- DERS.: Sutor ultra crepidam, in: Journal of Religion 1962, S. 127ff
- DERS.: Furtum of Documents, in: RIDA 15 (1968), S. 429ff.
- TIEDEMANN, KLAUS: Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht – Stand, Harmonisierungstendenzen, Modellvorschläge, in: Albin Eser (Hrsg.): Festschrift für Haruro Nisihara zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 1995.
- TILLI, GIUSEPPE: „Dominus sciens“ e „servus agens“, in: Labeo 23 (1977), S. 16ff
- TOMULESCU, C. ST.: Die Rolle der actio furti concepti in F. De Visschers Anschauung, in: RIDA 15 (1968), S. 445ff.
- TOZCEK, LAURIE: f „The Rise and Fall of Caldwell“, in: [2004] Justice of the Peace S. 151.
- VOIGT, MORITZ: Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten. Bd. 2 Das Civil- und Criminalrecht der XII-Tafeln, Leipzig 1883.
- VÖLKL, ARTUR: proditio, in DNP 10, S. 371f.
- DERS.: Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht, Wien Köln Graz 1984; zugl.: Innsbruck, Univ., Habil.-Schr., 1983.
- WACKE, ANDREAS: Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht, in: RIDA 26 (1979), S. 505ff.
- DERS.: Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung, in: SZ 106 (1989) S. 467ff.
- DERS.: Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung, ZS 97 (1980) S. 26ff.
- WALDSTEIN, WOLFGANG: Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht, Innsbruck 1964; zugl.: Innsbruck, Univ., Habil.-Schr., 1963.

- WALKER, NIGEL: On Excusing Colonel Priebke, in: [1997] N.L.J. 720ff.
- WATSON, ALAN: The Law of Obligations in the Later Roman Republic Oxford 1965.
- DERS.: Personal Injuries in the XII Tables, in: TR 43 (1975), 213ff.
- DERS.: Rome of the XII Tables, Princeton London 1975.
- DERS.: Roman Slave Law, Baltimore London 1987.
- DERS.: Contrectatio as an essential of furtum, in: 77 (1967) L.Q.R., S. 526ff.
- WATZEK, JENS: Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1997.
- WELLS, CELIA: Swatting the Subjectivist Bug, in: [1982] Crim.L.R. 209ff.
- WENGER, LEOPOLD: Die Quellen des römischen Rechts, Wien 1953.
- WESEL, UWE: Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen, Köln Berlin Bonn München 1967.
- WESENER, GUNTER: Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht, in: Festschrift Arthur Steinwenter, Graz Köln 1958, S. 100ff.
- WESSELS, JOHANNES;
BEULKE, WERNER: Strafrecht Allgemeiner Teil, 35. Aufl. Heidelberg 2005.
- WESSELS, JOHANNES;
BEULKE, WERNER: Strafrecht Allgemeiner Teil, 32. Aufl. Heidelberg 2002.
- WESTBROOK, RAYMOND: The Nature and Origins of the Twelve Tables, in: ZS 105, 1988, S. 74.
- WIEACKER, FRANZ: Zwölf Tafelprobleme, in: RIDA 3 (1956), S. 459ff.
- DERS.: Endoplorare, in: San Nicolo, Mariano; Steinwenter, Artur; Wilcken, Ulrich: Festschrift für Leopold Wenger, München 1944, S. 129ff.
- DERS.: Römische Rechtsgeschichte, 1. Abschnitt, München 1988.
- WILLIAMS, GLANVILLE: Complicity, Purpose and the Draft Code, in: [1990] Crim.L.R. 4ff.

- DERS.: Criminal Law: The General Part, 2. Aufl. London 1961.
- DERS.: Criminal Omissions [1982] Crim L.R. 773ff.
- DERS.: Innocent Agency and Causation, in: (1990) 3 Criminal Law Forum, S. 289ff.
- DERS.: Textbook of Criminal Law, 2. Auflage London 1983.
- DERS.: The Problem of Reckless Attempts, in: [1983] Crim.L.R. 365ff.
- DERS.: The Theory of Excuses, in: [1982] Crim.L.R. 732ff.
- DERS.: Which of You Did It?, in: [1989] M.L.R. 179ff.
- WILSON, WILLIAM: Criminal Law, London New York, 2. Aufl. 2003
- WITTMANN, ROLAND: Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht, Diss., München 1972.
- DERS.: Die Entwicklungslinien der Injurienklage, in: ZS 91 (1974), S. 285ff.
- ZIEGLER, C.H.: Leage's Roman Private Law, 2. Aufl. London 1954.
- ZIMMERMANN, REINHARD: The Law of Obligations, Cape Town München 1990.
- ZUMPT, A.W.: Das Criminalrecht der römischen Republik, Bd. I, 1. Abteilung, Berlin 1865.

KRIMINOLOGISCHE FORSCHUNGSBERICHTE

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales

Strafrecht, Freiburg Herausgegeben von Hans-Jörg Albrecht und Günther Kaiser

Band K 135

Stefanie Tränkle

Im Schatten des Strafrechts

Berlin 2007, XI, 380 Seiten ISBN 978-3-86113-084-0

35,- €

Band K 136

Tim Lukas (ed.)

Crime Prevention in High-Rise Housing

Lessons from the Crime Prevention Carousel

Berlin 2007, VIII, 124 pages, ISBN 978-3-86113-085-7

31,- €

Band K 137

Evelyn Shea

Why work?

A Study of Prison Labour in England, France and Germany

Berlin 2007, XIV, 181 pages, ISBN 978-3-86113-086-4

31,- €

Band K 138

Jörg Kinzig

Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter

Berlin 2008, XVIII, 350 Seiten, ISBN 978-3-86113-087-1

35.- €

Band K 139

Albrecht/Grafe/Kilchling

Rechtswirklichkeit der Auskunftserteilung über Telekommunikationsverbindungsdaten nach §§ 100g, 100h StPO

Berlin 2008, XVIII, 414 Seiten, ISBN 978-3-86113-088-8

35.- €

Band K 140

Dirk Pehl

Die Implementation der Rasterfahndung

Berlin 2008, XXVI, 308 Seiten, ISBN 978-3-86113-092-5

35.- €

Band K 144

Serassis/Kania/Albrecht (eds.)

Images of Crime III

Berlin 2009, VIII, 218 Seiten, ISBN 978-3-86113-096-6

31.- €



Auswahl aus dem strafrechtlichen Veröffentlichungsprogramm:

- S 109 *Johanna Rinceanu*
Völkerstrafrecht in Rumänien
2008 • 284 Seiten • ISBN 978-3-86113-864-8 € 31,00
- S 110 *Peggy Pfützner*
Organisierte Kriminalität im französischen Strafverfahren
Zur Einführung eines besonderen Strafverfahrens
durch die Loi Perben II
2008 • 302 Seiten • ISBN 978-3-86113-863-1 € 31,00
- S 111 *Silvia Tellenbach* (Hrsg.)
Die Rolle der Ehre im Strafrecht
2007 • 813 Seiten • ISBN 978-3-86113-862-4 € 55,00
- S 112 *Richard Vogler/Barbara Huber* (eds.)
Criminal Procedure in Europe
2008 • 656 Seiten • ISBN 978-3-86113-865-5 € 52,00
- S 113 *Ulrich Sieber/Malaika Nolde*
Sperrverfügungen im Internet
Nationale Rechtsdurchsetzung im globalen Cyberspace?
2008 • 263 Seiten • ISBN 978-3-86113-861-7 € 31,00
- S 114.2 *Ulrich Sieber/Karin Cornils* (Hrsg.)
Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung
Allgemeiner Teil, Teilband 2: Gesetzlichkeitsprinzip
– Internationaler Geltungsbereich – Begriff und
Systematisierung der Straftat
2008 • 470 Seiten • ISBN 978-3-86113-860-0 € 41,00
- S 114.3 *Ulrich Sieber/Karin Cornils* (Hrsg.)
Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung
Allgemeiner Teil, Teilband 3: Objektive Tatseite – Subjektive
Tatseite – Strafbares Verhalten vor der Tatvollendung
2008 • 490 Seiten • ISBN 978-3-86113-859-4 € 41,00
- S 115 *Helmut Gropengießer*
Der Haustyrannenmord
Eine Untersuchung zur rechtlichen Behandlung von
Tötungskriminalität in normativer und tatsächlicher Hinsicht
2008 • 214 Seiten • ISBN 978-3-86113-857-0 € 31,00

