

Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft: Das gemeine Strafrecht auf römischrechtlicher Grundlage

Von Wiss. Mitarbeiter **Dennis Bock**, Kiel

Europäisierung und Internationalisierung beschäftigen, nachdem das Zivilrecht schon länger entsprechenden Vereinheitlichungsbestrebungen ausgesetzt ist, nunmehr verstärkt auch die Strafrechtswissenschaft. Dieser strafrechtshistorische Beitrag erinnert daran, dass es mit dem gemeinen Strafrecht (ius commune) der früheren Neuzeit bereits einmal einen länderübergreifenden wissenschaftlichen und praktischen Austausch auf strafrechtlichem Gebiet gegeben hat, dessen Grundlage das federführend von der italienischen Wissenschaft dogmatisch verarbeitete römische Strafrecht war.

I. Einführung: Europäisierung – déjà vu

Das „Europäische Strafrecht“ und die „Europäisierung der Strafrechtswissenschaft“ sind zu beherrschenden (Mode-) Themen im wissenschaftlichen Schrifttum geworden.¹ Die Bestrebungen, im Rahmen der Europäischen Union eine grenzüberschreitende leicht handhabbare Strafverfolgung zu ermöglichen (Europol, Eurojust, OLAF, Europäische Staatsanwaltschaft, Europäischer Haftbefehl, Europäische Beweisverordnung), stehen hierbei im Mittelpunkt des Interesses. Erste Vorüberlegungen beschäftigen sich allerdings bereits mit der Frage einer materiellen Strafrechtslehre, die über nationale Grenzen hinausgeht.²

Eine internationale Strafrechtswissenschaft stellt jedoch keine Neuschöpfung des 21. Jahrhunderts dar: Der Prozess der Überwindung nationaler strafrechtswissenschaftlicher Grenzen ist keine primäre Europäisierung, sondern vielmehr eine Re-Europäisierung des Strafrechts, dessen gemeinsame Wurzeln im römischen Recht und in der gemeinen Strafrechtswissenschaft des Mittelalters und der früheren Neuzeit wieder zu entdecken sind. Am Beispiel eines Teilaspekts der Beteiligungslehre und anhand einiger leicht zugänglicher gemeinrechtlicher Strafrechtslehrbücher aus den Niederlanden und aus Deutschland soll aufgezeigt werden, wie auf Grundlage strafrechtlicher Regelungen im römischen Strafrecht des Corpus Iuris Civilis die italienische Strafrechtswissenschaft seit dem Mittelalter bis in die Neuzeit in Teilen Europa derart dominierte, dass von einer internationalen Geltung des maßgebend italienisch bearbeiteten römischen Rechts gesprochen werden kann.

¹ Vgl. schon *Jung*, GA 1983, 241 ff.; aus der reichhaltigen aktuellen Literatur vgl. nur die Lehrbücher von *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2005, S. 77 ff., und *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2005; ferner beispielsweise *Braun*, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003; *Kühl*, ZStW 109 (1997), 777 ff.; *Perron*, in: Dörr/Dreher (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, S. 135 ff.; *ders.*, ZStW 109 (1997), 279 ff.; *Prittowitz*, ZStW 113 (2001), 774 ff.; *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957 ff.; *ders.*, in: GS Schlüchter, 2002, S. 109 ff.; *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 255 ff.

² Vgl. die in voriger Fn. Genannten.

II. Das römische Strafrecht: Ausgangspunkt internationaler Strafrechtswissenschaft

1. Die Vernachlässigung des römischen Strafrechts

Dem römischen Strafrecht wird in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft im Vergleich zum römischen öffentlichen Recht und Zivilrecht verhältnismäßig geringe Aufmerksamkeit entgegengebracht. Man hat das römische Strafrecht treffend als ein Stiefkind im Schatten des Privatrechts charakterisiert.³ Dies gilt insbesondere für das materielle römische Strafrecht. Das letzte deutschsprachige Gesamtwerk zum römischen Strafrecht, Theodor Mommsens „Römisches Strafrecht“⁴, ist bereits mehr als hundert Jahre alt,⁵ auch die Anzahl neuerer Einzeluntersuchungen ist recht begrenzt.⁶ In den Lehrbüchern zur römischen Rechtsgeschichte nimmt die römische Strafrechtsgeschichte nur einen Bruchteil ein,⁷ das Gleiche gilt für manche Werke, die ausweislich ihres Titels das (gesamte) römische Recht darstellen.⁸ Auch in den heutigen Büchern zur Strafrechtsgeschichte wird dem römischen Strafrecht, anders als früher üblich,⁹ in der Regel wenig Raum gegeben.¹⁰ Diese Vernachlässigung mag im wesentlichen auf der überragenden Bedeutung des römischen Zivilrechts für die Entwicklung des geltenden Privatrechts und der daher üblichen Verknüpfung romanistischer und zivilrechtli-

³ So *Molnar*, FS Zlinsky, 1998, S. 207; vgl. auch *Platner*, Quaestiones de Iure Criminum Romano, 1842, S. V: „*paene neglecta*“; *Brasiello*, La repressione penale in Diritto Romano, 1937, S. 3: „vasto e poco esplorato“.

⁴ Zu diesem epochalen Werk ausführlich *Masiello*, Mommsen e il diritto penale romano, 1995, S. 11 ff.

⁵ Dagegen in englischer Sprache zuletzt *Robinson*, The Criminal Law of Ancient Rome, 1995, in italienischer *Santolucia*, Diritto e processo penale nell' antica Roma, 2. Aufl. 1998.

⁶ Vgl. allgemein *Robinson* (Fn. 5), S. 161 ff. Übersichten über neuere italienische Forschungen gibt *Centola* in: SDHI 1997, S. 499 ff.

⁷ Vgl. den in Relation zu den anderen Gebieten geringen Raum, den etwa *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 2005, S. 52 ff., dem römischen Strafrecht einräumen.

⁸ Vgl. auch *Wacke* (einer der wenigen lebenden deutschen Romanisten, die sich auch mit dem römischen Strafrecht befassen) in: *Collatio iuris Romani: Etudes dédiées à Hans Ankum*, S. 595: „Römischrechtler beschäftigen sich nur noch selten mit dem Strafrecht“.

⁹ *Bar*, Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, 1882, S. 3 ff.; *Geib*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts I, 1861, S. 7 ff.; *Hippel*, Deutsches Strafrecht I, 1925, S. 54 ff.; *Köstlin*, Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriß, 1859, S. 1 ff.

¹⁰ *Rüping/Jerouschek*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. 2002, lassen diese aus.

cher Lehrstühle basieren, dazu kommen sprachliche Schwellenängste, eine Rolle spielt natürlich auch der große zeitliche Abstand, der auf den ersten Blick eine nur noch geringe Bedeutung für das heutige Strafrecht indiziert. Letzteres trifft aber bei Lichte besehen und bei näherer Betrachtung der strafrechtlichen Entwicklungsstränge nicht zu.¹¹ Eine große Anzahl von Prinzipien des geltenden Strafrechts ist im römischen Recht verwurzelt, ein großer Teil der heute anerkannten und angewendeten Grundprinzipien kam bereits in Roms antikem Strafrecht zur Geltung.¹²

2. Die römische Strafrecht: Quellen und Charakteristika

An dieser Stelle kann keine eingehende Darstellung des römischen Strafrechts erfolgen, einige einführende Bemerkungen mögen aber als Anreiz zu weiterer Beschäftigung dienen.¹³

a) Die Quellen

Die Quellen des römischen Strafrechts lassen sich in juristische und literarische einteilen.¹⁴ Sowohl historisch als auch vom Umfang des Materials her steht bei den juristischen Quellen das Corpus Iuris Civilis Justinians im Mittelpunkt. Innerhalb dessen enthalten das Strafrecht insbesondere die sogenannten libri terribiles (Bücher 47 und 48) und das neunte Buch des Codex. Zu beachten sind des weiteren die Institutionen des Gaius,¹⁵ die Sentenzen des Pau(l)lus, die Mosaico-

rum et romanorum legum collatio¹⁶ sowie der Codex Theodosianus¹⁷. Unter den nicht juristischen Werken¹⁸ ist Cicero am bedeutendsten,¹⁹ daneben sind aber auch Schriften des (Pseudo-)Quintilian, Livius, Aulus Gellius, Sueton, Sallust und Cato zu erwähnen. Diese Quellen sind freilich juristisch bisweilen von zweifelhaftem Wert.²⁰

b) Allgemeine Lehren

Die scharfe Abgrenzung, die das Strafrecht in der heutigen Zeit als Teilgebiet der Rechtswissenschaft erfährt, war im alten Rom nicht vorhanden, eine Gesamtbezeichnung als ius poenale oder criminale existierte nicht, überhaupt wurde das Strafrecht in der römischen Rechtswissenschaft vernachlässigt.²¹ Diese unselbständige Entwicklung beruht nicht zuletzt auf den Besonderheiten strafgesetzgebender²² und strafpro-

¹¹ Vgl. Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 9. Aufl. 1934, S. 32; Fuchs, SchwZStrR 1959, 21 ff.

¹² Molnar (Fn. 3), S. 207; vgl. auch Garofalo, St. Talamanca, 2001, S. 91 ff.; Benedek, FS Zlinsky, 1998, S. 229: „[...] scheint die Meinung, wonach die römische Strafrechtswissenschaft belanglos sei, nicht vertretbar zu sein. Aus den Quellenaussagen geht nämlich hervor, daß die Elemente der allgemeinen Lehre des modernen Strafrechts zum überwiegenden Teil – zumindest implicite – auch in den Entscheidungen der Juristen des antiken Roms anzutreffen sind.“

¹³ Chronologisch-historische Darstellungen bei Zumpt, Das Criminalrecht der römischen Republik I und II, 1865, 1868; Costa, Crimini e pene da Romula a Giustiniano, 1921; Brasiello, La repressione penale in Diritto Romano, 1937; Giuffrè, La repressione criminale nell'esperienza romana, 5. Aufl. 1998; Santalucia, Diritto e processo penale nell'antica Roma, 2. Aufl. 1998; Talamanca, Lineamenti di Storia del diritto Romano, 2. Aufl. 1989, S. 35 ff.; Laboulaye, Essais sur les lois criminelles des Romains, 1845; Pugliese, in: Arangio-Ruiz/Guarino/Pugliese, Il diritto Romano, 1980; dogmatische Darstellungen finden sich bei Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899; Rein, Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian, 1844; Robinson (Fn. 5); Ferrini, Diritto Penale Romano, 1899; Giuffrè, I principi del Diritto Penale Romano, 1970.

¹⁴ Übersicht bei Rein (Fn. 13), S. 7 ff.; Ferrini (Fn. 13), S. 1 ff.

¹⁵ Hierzu zuletzt Manthe, Die Institutionen des Gaius, 2004, S. 11 ff.

¹⁶ Ausführlich zu dieser Rechtsquelle Hohenlohe, Ursprung und Zweck der Collatio legum Mosaicorum et Romanorum, 1935, S. 5 ff.

¹⁷ Zu Theodosius II und seinem Codex Theodosianus Archi, Teodosio II e la sua codificazione, 1976, S. 3 ff.

¹⁸ Vgl. hierzu vor allem Lanfranchi, Il diritto nei retori Romani, 1938, S. 397 ff.; Lengle, Römisches Strafrecht bei Cicero und den Historikern, 1934, S. 5 ff.

¹⁹ Zur bedeutenden Rolle Ciceros als Strafrechtler vgl. Costa, Cicerone giureconsulto II, 2. Aufl. 1927, S. 59 ff.

²⁰ Zu Gefahren der Heranziehung nichtjuristischer Schriftsteller eindringlich Nagler, Die Strafe, 1918, S. 138 ff. in Fn. 2 (z.B.: „unmethodisch“, „irreführend“, „Verzerrung“); ausführlich Langenbeck, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1868, S. 5 ff., auch zu den Gründen („bloßes Produkt der Parteilichkeit“, fehlende Rechtskundigkeit, „Auslassungen von Dingen, die dem Laien unwichtig erscheinen, für das juristische Verständnis der Sache aber höchst bedeutend sind“, fehlende Mitteilung der Entscheidungsgründe, Vermischung von tatsächlich geltendem und ihrer Ansicht nach richtigem Recht; fehlerhafte Heranziehung juristischer Quellen).

²¹ Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961, S. 165, insbesondere Fn. 5; Giuffrè (Fn. 13), S. 14 f.; Giuffrè (Fn. 13), S. XI f.; vgl. auch Langenbeck (Fn. 20), S. 1 f.; zu den Gründen der juristischen Vernachlässigung des Strafrechts im alten Rom Wilinski, Das römische Recht, 1966, S. 89; vgl. auch die berühmte und viel zitierte Äußerung des jungen Mommsen, Juristische Schriften III (Die Bedeutung des römischen Rechts), S. 595, vom „ganz schlechten und zum Teil wirklich niederträchtigen römischen Kriminalrecht“, dem er das Zivilrecht gegenüberstellt.

²² Es gelang den Römern nach den Zwölf Tafeln nicht mehr, das Strafrecht zu kodifizieren; vgl. Rudorff, Römische Rechtsgeschichte II, 1859, S. 320; stattdessen wurde für einen konkreten Anlass stets ein Spezialgesetz erlassen; zur Geschichte dieser Gesetzgebungen vgl. Giuffrè (Fn. 13), S. 1 ff., S. 221 ff.; Costa (Fn. 13), S. 17 ff.; Pugliese (Fn. 13), S. 252 ff.; Santalucia (Fn. 5), S. 69 ff.

zessualer Entwicklungen²³ im römischen Recht. Zudem erschwerte die intensive politische Instrumentalisierung des Strafrechts den wissenschaftlichen Diskurs.²⁴

Die heutige Strafrechtmaterie war im römischen Recht nur zum Teil öffentliches Recht (Verfolgung der *crimina*), zum anderen Teil handelte es sich um Privatrecht²⁵, namentlich Deliktsrecht (Verfolgung der *delicta*).²⁶ Von allgemeinen Strafrechtslehren kann nur insofern eingeschränkt die Rede sein, als entsprechende Fragen bei den einzelnen Straftaten gegebenenfalls übereinstimmend angesprochen wurden. Die römische Rechtswissenschaft schuf niemals allgemeine Lehren zum Strafrecht in einer dem heutigen Maße vergleichbaren Abstraktionshöhe.²⁷ Bei der Lösung strafrechtlicher Probleme blieben die römischen Juristen ihrer kasuistischen, einer generalisierenden Betrachtungsweise fern stehenden Denkweise treu.²⁸ Allgemeine Theorien gab es wenig,²⁹ dennoch ist es durchaus möglich, die Leitprinzipien moderner deutscher allgemeiner Strafrechtslehre in den Quellen wiederzuentdecken.³⁰ In den Rechtsquellen finden sich insbesondere

²³ Zu denken ist insbesondere an die besonderen ständigen Strafgerichtshöfe (*quaestiones perpetuae*), die – eigens für bestimmte Delikte eingerichtet – auch prozessual einer einheitlichen Wissenschaft ein Hindernis waren, ganz abgesehen von der gänzlich unbestimmten kaiserlichen Verfahrensgestaltung; zum römischen Strafrechtsprozess und zur Strafgerichtsverfassung vgl. nur *Geib*, Geschichte des römischen Criminalprocesses, 1842, S. 7 ff.; *Mommsen* (Fn. 13), S. 339 ff.; *Marzo*, Storia della procedura criminale Romana, 1898, S. 9 ff.

²⁴ Zur Verflechtung von Strafrecht und Politik in der römischen Republik *Gruen*, Roman Politics and the Criminal Courts, 1969, S. 1 ff.

²⁵ Zwar liegt prozessuales Zivilrecht vor, aufgrund des Strafcharakters des vervielfachten Schadensersatzes ist es jedoch materiell Strafrecht und wird im folgenden mit einbezogen; gerade die *delicta* (vor allem das *furtum*) sind für die Beteiligungslehre ergiebig.

²⁶ Zu dieser prozessualen (vereinfachten) Zweiteilung (Doppelspurigkeit privater und kriminalrechtlicher Verbrechenverfolgung) vgl. nur *Gioffredi* (Fn. 13), S. 9 ff.; zum Beispiel der teils privaten (Grunddelikt), teils öffentlichen (besonders qualifizierte Fälle) Verfolgung des *furtum* etwa *Rein* (Fn. 13), S. 318 ff.; *Mommsen* (Fn. 13), S. 773 ff.

²⁷ Allgemein *Köstlin* (Fn. 9), S. 1; *Molnar* (Fn. 3), S. 191, 207 (allerdings mit dem Hinweis darauf, dass trotz fehlender systematischer Ausarbeitung in der Lehre die Grundprinzipien in der Praxis konsequent angewandt wurden); zur fehlenden Abstraktion am Beispiel der Beteiligungslehre siehe *Gioffredi* (Fn. 13), S. 111; *Chevallier*, RHD 1953, S. 204.

²⁸ Vgl. nur *Nagler* (Fn. 20), S. 137 f., insbesondere S. 138 in Fn. 2; *Benedek* (Fn. 12), S. 230; *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 47.

²⁹ Vgl. *Köhler*, Deutsches Strafrecht AT, 1917, S. 482; *Bloy* (Fn. 28), S. 47 („grundlegender Mangel an Begriffsschärfe“).

³⁰ Für die Beteiligungslehre: vgl. *Rosshirt*, Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts, 1828, S. 246; *Bonfiglio*, Atti del II convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano,

Erörterungen zur Kausalität, zum Vorsatz und zur Fahrlässigkeit, zu Fragen der Rechtfertigung (Einwilligung, Notwehr, Notstand), zur Schuldfähigkeit (Alter, Krankheit), der Irrtumslehre, der Beteiligung am Verbrechen (Täterschaft und Teilnahme),³¹ des Versuchs, der Unterlassungsdelikte; schließlich existierte ein vielgestaltiges Sanktionensystem.³²

c) Die einzelnen Straftaten

Vereinfacht lassen sich zwei Gruppen von Straftaten unterscheiden: erstens die *crimina*, die öffentlicher Strafverfolgung unterlagen, zweitens die *delicta*, bei denen Verstöße im Zivilrechtsweg einzuklagen waren, deren pönales Element aber darin bestand, dass ein erhöhter Schadensersatz gezahlt wurde. Zu den *crimina* zählten insbesondere Meuchel- und Giftmord, Verwandtenmord (*parricidium*), Fälschungsdelikte (*falsum*), Hochverrat (*crimen maiestatis*), Gewalt (*vis*), Ehebruch (*adulterium*), Zerstörung der Nildämme, Religionsverbrechen, Hehlerei (*receptatio*), Erpressung (*conscussio*), Entführung (*raptus*), bestimmte qualifizierte Eigentumsdelikte (u.a. Vieh-, Bade-, Einbruchsdiebstahl), Grenzverrückung (*termini motio*), Grabschändung (*sepulcri violatio*) und Betrug (*stellionatus*).³³ Privatdelikte strafrechtlichen Charakters waren vor allem Diebstahl (*furtum*), Raub (*vis bonorum raptorum*) und die Injurie (Körperverletzung, Beleidigung, Hausfriedensbruch).³⁴

3. Ein Beispiel: Das *mandatum* zur *iniuria*

Die Darstellung der strafrechtswissenschaftlichen Europäisierung auf Grundlage des römischen Strafrechts soll im Folgenden an einem prominenten Beispiel dargestellt werden, der Beauftragung (*mandatum*) zu einer *iniuria*. Im Hinblick auf diesen Sachverhalt liegt ein Fragment Ulpians aus dessen 57. Buch zum Edikt vor.

D. 47, 10, 11, 3-5:³⁵

Si mandatu meo facta sit alicui iniuria, plerique aiunt tam me qui mandavi quam eum qui suscepit iniuriarum teneri. Proculus recte ait, si in hoc te conduxerim, ut iniuriam facias, cum utroque nostrum iniuriarum agi posse, quia mea opera

1995, S. 187 Fn. 4; *Chevallier* (Fn. 27), S. 202; freilich besteht stets die Gefahr, heutige Vorstellungen in beliebiger Weise in ambivalente römische Rechtsquellen hineinzudeuten, hierzu vgl. *Bonfiglio*, S. 187 („necessaria cautela“).

³¹ Hierzu ausführlich *Bock*, Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre, 2006.

³² An dieser Stelle sei nur auf das nach wie vor sehr instruktive systematische Werk *Reins* (Fn. 13) verwiesen (Allgemeine Lehren, S. 91 ff.).

³³ Übersicht bei *Binding*, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1907, S. 12 ff.; ausführlich und nach wie vor maßgebend *Mommsen* (Fn. 13), S. 523 ff.

³⁴ Übersicht bei *Binding* (Fn. 33), S. 16 ff.; ausführlich *Mommsen* (Fn. 13), S. 784 ff.

³⁵ Hierzu vgl. *Pothier*, Pandectae Iustinianae III, 1752, S. 412; *Bonfiglio* (Fn. 30), S. 209 f.

facta sit iniuria. Idemque ait si filio meo mandavero, ut tibi iniuriam faciat.

(Wenn jemandem in meinem Auftrag eine Injurie widerfahren ist, so sagen die meisten, dass sowohl ich, der ich den Auftrag erteilt habe, als auch der, der ihn angenommen hat, wegen Injurien haften. Proculus sagt ganz richtig, dass, wenn ich dich dazu gebracht habe, eine Injurie zu begehen, gegen jeden von uns die Injurienklage erhoben werden kann, weil dieselbe durch meine Veranlassung entstanden ist. Dasselbe gilt, wenn ich meinen Sohn beauftrage, dir eine Injurie anzutun.)

Aus Sicht des heutigen deutschen Strafrechts handelt es sich beim *mandatum* um eine Anstiftung im Sinne des § 26 StGB.³⁶ Der Auftrag im zivilrechtlichen Sinne war ein Vertrag zur Besorgung eines Geschäfts.³⁷ Auch das strafrechtliche *mandatum* erforderte einen (wenn auch zivilrechtlich nichtigen³⁸) Vertragsschluss. Unter einem strafrechtlichen *mandatum* wurde mithin das förmliche Auftragen der Tat verstanden, die ausdrückliche Aufforderung an den Haupttäter, gegen Belohnung eine bestimmte Tat zu begehen, an der der Mandatar kein eigenes Interesse hatte.³⁹ Der Haupttäter nahm das Angebot des Mandanten ausdrücklich, durch Entgegennahme der Belohnung oder durch die Tatausführung an.

Ulpian⁴⁰ teilt uns mit, dass nach der von ihm gebilligten herrschenden Ansicht der Mandant neben dem unmittelbaren Täter haftete. Das Mandat wurde vollständig einer eigenhändigen Täterschaft gleichgestellt.⁴¹ Begründet wurde dies damit, dass die iniuria des unmittelbar Handelnden aus Sicht des Mandanten *mea opera facta sei*, bei der Tat des Haupttäters handelte es sich also eigentlich um das Werk des Auftraggebers, so dass der Mandatar zwar für die Ausführung zu bestrafen war, das Unrecht der Tat aber auch dem moralisch beteiligten⁴² Mandanten zugerechnet wurde. Diese Gleichstellung von Mandat und Ausführung, d.h. dieser qualifizierte Fall der Anstiftung und der Täterschaft, fand sich außer bei der iniuria auch bei anderen Straftaten.⁴³

³⁶ Ausführlich Bock (Fn. 31).

³⁷ Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 17. Aufl. 2003, § 44 Rn. 1.

³⁸ Vgl. nur allgemein Kaser/Knütel (Fn. 37), § 9 Rn. 7 ff. und insbesondere Chevailler (Fn. 27), S. 225; Rein (Fn. 13), S. 193 f.; Bonfiglio (Fn. 30), S. 210 f.

³⁹ Chevailler (Fn. 27), S. 224 f.; Rein (Fn. 13), S. 193.

⁴⁰ Zu Domitius Ulpianus Kunkel, Die römischen Juristen, 2. Aufl. 1967, S. 245 ff.; ausführlich Honoré, Ulpian, 2. Aufl. 2002, S. 1 ff.

⁴¹ Vgl. auch Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, S. 979; Pampaloni, St. Senesi, 1899, S. 31 f.

⁴² In dieser Terminologie bewegen sich etwa aus französischer Warte Chevailler (Fn. 27), S. 218, aus italienischer Gioffredi (Fn. 13), S. 113, 117; Ferrini (Fn. 13), S. 286 f.; die Differenzierung zwischen moralischer und materieller Teilnahme ist nicht deckungsgleich mit der zwischen Anstiftung und Beihilfe, vgl. die psychische Beihilfe.

⁴³ Vgl. Rosshirt (Fn. 30), S. 253 ff.; Chevailler (Fn. 27), S. 224 ff.; Gioffredi (Fn. 13), S. 125; Brasiello, ED 8, 1961,

III. Die Wiederentdeckung des antiken römischen Rechts: Die Schulen der Glossatoren und Kommentatoren

1. Allgemeines

Im Jahre 1060 wurde eine Digestenhandschrift im byzantinischen Amalfi erbeutet und nach Pisa, später nach Bologna verbracht. Etwa ab Beginn des zwölften Jahrhunderts lässt sich aufgrund dieser Wiederentdeckung⁴⁴ des Corpus Iuris Civilis von einer akademischen Rezeption des römischen Rechts sprechen, insbesondere in Bologna, wo es – zuerst im Rahmen von Rhetorik, Dialektik (Logik) und Grammatik (sogenanntes Trivium) – Gegenstand wissenschaftlicher Beschäftigung und Lehre wurde. Die Schule der Glossatoren bemühte sich um Erfassung des Sinns des schwer verständlichen, nicht lehr- und lernbaren sowie nur formal geordneten Corpus Iuris Civilis. Zu den bedeutendsten Glossatoren rechnet man Pepo von Bologna (Ende des 11. Jahrhunderts), Irnerius (Guernerius, Wernerius, gestorben 1140, sogenannte *lucerna iuris*), die „quattuor doctores“ Martinus Gosia, Bulgarus, Hugo de Porta Ravennate und Jacobus de Porta Ravennate (Wirken zwischen 1130 und 1170, sogenannte Lilien des Rechts), Placentinus (Piacentino, gestorben 1192), Azo Portius (Azzone, gestorben 1220, Verfasser der *Summa Codicis*), Accursius (1185-1263, Verfasser der *Glossa magna/ordinaria*) und Odofredus (gestorben 1265). Die italienischen Juristen stellten Parallelstellen zusammen, entwickelten Distinktionen (Harmonisierung widersprüchlicher Textstellen) und sammelten Dissensionen (Streitfragen). Mit ihren Versuchen einer Systematisierung und ersten Ansätzen einer Textkommentierung (Erstellung von *glossae interlineares*, später *glossae marginales*) legten sie den Grundstein der wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechts.

Herkömmlich aufgrund einer stärkeren Hinwendung zur Praxis werden die den Glossatoren nachfolgenden Kommentatoren (auch Konsiliatoren, früher überwiegend: Postglossatoren) unterschieden.⁴⁵ Für die Kommentatoren stand die Beschäftigung mit dem Corpus Iuris für die Anwendung als geltendes Recht im Vordergrund. Insbesondere sind zu erwähnen Cino de Pistorio (Cino Sighibuldi da Pistoia, 1270-1336), Bartolus de Saxoferratis (Bartolo da Sassoferrato, 1313-1357)⁴⁶, Baldus de Ubaldis (Baldo degli Ubaldi, 1327-

S. 562 f.; Rein (Fn. 13), S. 193 ff.; Bonfiglio (Fn. 30), S. 209 ff.; Bock (Fn. 31).

⁴⁴ Inwieweit das römische Recht zumindest in gewissem Maße im Mittelalter kontinuierlich bekannt war, ist umstritten; vgl. Lange, Römisches Recht im Mittelalter I, 1997, S. 8 ff.

⁴⁵ Zusammenfassend Mezger, Strafrecht, 3. Aufl. 1949, S. 15.

⁴⁶ Zu diesem zusammen mit Baldus berühmtesten Kommentator Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 2. Aufl. 1850, VI, S. 137 ff.; Kleinheyer/Schröder, Deutsche und europäische Juristen, 4. Aufl. 1996, S. 43 ff.; 1313-1357.

1400)⁴⁷, Paulus de Castro (1360-1441), Alexander de Tagnis (1424-1477) und Jason de Mayno (1435-1519).

2. Die Anfänge selbständiger Strafrechtswissenschaft auf römischrechtlicher Basis: Albertus Gandinus

Die genannten Glossatoren und Kommentatoren waren weit überwiegend zivilrechtlich tätig, immerhin das private Strafrecht war allerdings durchaus Gegenstand wissenschaftlicher Beschäftigung. Bereits früh, wenn auch im Vergleich mit dem Zivilrecht um einiges verzögert, bildete sich jedoch auch eine selbständige Strafrechtswissenschaft heraus, die sich um die Lösung genuin strafrechtlicher Probleme mit Hilfe der römischen Rechtsquellen bemühte.⁴⁸

Die herausragende Gestalt⁴⁹ dieser frühesten Strafrechtswissenschaft ist der Kommentator Albertus de Gandino (Gandinus).⁵⁰ Er war es, der die erste überlieferte umfassende Darstellung des Strafrechts vorlegte: Sein berühmtes „Tractatus de malificiis“⁵¹, dessen erste Fassung von 1286/87 stammt, die wesentlich erweiterte zweite Fassung von 1299, eine dritte schließlich von 1300. Am Beispiel des mandatum sei gezeigt, wie Albertus Gandinus das römische Strafrecht zur Entwicklung seines mittelalterlichen Strafrechtssystems fruchtbar macht⁵²:

Im Abschnitt *De penis reorum* Nr. 12 des *Tractatus*⁵³ heißt es:

Dominus Odofredus notat, quod mandans maleficium fieri videatur illud propria manu fecisse per ... [D. 48, 10, 15, 3; D. 48, 18, 15; D. 43, 16, 1, 12]. Unde uterque puniendus est, tam mandans quam maleficium committens, ut ... [D. 29, 5, 17; D. 29, 5, 6; C. 9, 2, 5; D. 43, 24, 6]. Sed quis eorum magis peccat? Dic: mandans, quia auctor est peccati, quia peccat in se et alium peccare facit, unde acerbius puniri debet, quam si propriis manibus occidisset, ut... [N. 8, 8; D. 43, 24, 6; D. 11, 3, 10]

⁴⁷ Zu diesem Savigny (Fn. 46), VI, S. 208 ff.; Kleinheyser/Schröder (Fn. 46), S. 40 ff.

⁴⁸ Zur Benutzung römischer Strafrechtsquellen seit der Wiederentdeckung der Digesten vgl. auch Garofalo, *St. Talamanca* IV, S. 75 ff.; Costa (Fn. 13), S. 1 ff.

⁴⁹ Vgl. nur Mayer, *Strafrecht AT*, 1952, S. 7; Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl. 1983, S. 108.

⁵⁰ Um 1245 geboren, gestorben nach 1311; zu diesem ausführlich Kantorowicz, *ZRG (RA)*, 1924, 226 ff.; Savigny (Fn. 46), V, S. 560 ff.; Cordero, *Criminalia – Nascita dei sistemi penali*, 1985, S. 182 ff.

⁵¹ Hierzu Kantorowicz (Fn. 49), S. 272 ff.

⁵² Vgl. auch Engelmann, *FS Binding II*, 1911, S. 459 f.; Beyer, *Das italienische Strafrecht der Scholastik nach Albertus Gandinus*, 1931, S. 10 f.

⁵³ Leicht zugänglich dank der verdienstvollen Ausgabe von Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, II, 1926, S. 215.

Übersetzungsvorschlag:

Herr Odofredus bemerkt, dass der Mandant eines Verbrechens als eigenhändiger Täter angesehen wird, arg. ... [D. 48, 10, 15, 3; D. 48, 18, 15; D. 43, 16, 1, 12]. Daher muss jeder bestraft werden, Mandant wie Täter, so D. 29, 5, 17; D. 29, 5, 6; C. 9, 2, 5; D. 43, 24, 6. Aber wer von ihnen sündigt mehr? Sag: der Mandant, weil er der Urheber der Sünde ist, weil er sich versündigt und einen anderen sündigen lässt, daher muss er härter bestraft werden, als wenn er mit eigenen Händen getötet hätte, so N. 8, 8; D. 43, 24, 6; D. 11, 3, 10.

Vgl. ferner *De penis reorum* Nr. 36:

Item pone, quod ego tibi dedi consilium, quod tu homicidium, furtum vel aliud committeres maleficium, quod quidem tu fecisti. Queritur, numquid ego puniar ex hoc? Distingue breviter secundum dominum Dynum, quia aut non eras alias facturus idem maleficium, aut sic. Primo casu, quando non eras alias facturus, teneor, ... [D. 47, 10, 11, 3, 4 und 6].

Übersetzungsvorschlag:

Angenommen, ich habe dir Rat gegeben, dass du einen Mord, Diebstahl oder ein anderes Verbrechen begehen sollst, was du auch getan hast. Es fragt sich, ob ich deswegen bestraft werde. Unterscheide kurz nach Herrn Dynus, je nachdem, ob du sonst das gleiche Verbrechen nicht verübt hättest oder doch. Im ersten Fall, wenn du es nicht verübt hättest, hafte ich, D. 47, 10, 11, 3, 4 und 6.)

Albertus Gandinus stellt den Anstifter nicht nur – wie schon frühere Kommentatoren – einem unmittelbaren Täter gleich, sondern sieht in dessen Bestimmung des Haupttäters zur Tat sogar ein schwereres Unrecht als es die Haupttat selbst darstellt. Aufgrund der doppelten Versündigung, gegen das Opfer einerseits, gegen den Haupttäter andererseits, hält er eine strengere Bestrafung für notwendig und richtig.⁵⁴ Der zweite Text betont die Haftung des Anstifters im unproblematischen Normalfall einer Einwirkung auf den Haupttäter, der anderenfalls die Tat nicht ausgeführt hätte, also kein omnimodo facturus⁵⁵ war.

Anhand der beiden Texte wird ersichtlich, wie Albertus Gandinus unter Verwendung früherer Autoren das römische Recht als Grundlage eines geltenden strafrechtlichen Prinzips aus dem Bereich der Beteiligungslehre verwendet. Indem er der Digestenstelle D. 47, 10, 11, 3-5 das prinzipielle Erfordernis des Hervorrufen des Tatentschlusses entnimmt, bereitet er den Weg dafür, dass die kasuistischen Einzelfallentscheidungen der römischen Juristen systematisiert und generalisiert und somit ein tauglicher Ausgangspunkt späterer länderübergreifender Strafrechtswissenschaft werden konnten. Aus einer Quelle, die ursprünglich lediglich das Mandat zu einer privatstrafrechtlichen iniuria regelte, wurde eine in

⁵⁴ Beyer (Fn. 53), S. 11; Engelmann (Fn. 52), S. 459.

⁵⁵ Vgl. Hoyer, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Aufl., 34. Lieferung, Stand: Oktober 2000, § 26 Rn. 7; Joecks, in: *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2003, § 26 Rn. 23 ff.

zweifacher Richtung ausgedehnte normgleiche Referenz dadurch, dass der Grundgedanke einerseits auf alle Straftaten und andererseits auch auf andere Arten der intellektuellen Einwirkung auf den späteren Täter angewandt wurde. Es ist hier am Beispiel der Beteiligungslehre zu sehen, wie das römische Recht durch Generalisierung klassisch-römischer Entscheidungen fortgebildet wurde.⁵⁶

IV. Die fortschreitende wissenschaftliche Ausarbeitung des römischen Strafrechts: die italienischen Praktiker

Die auf Albertus Gandinus folgende italienische Strafrechtswissenschaft schritt in den folgenden Jahrhunderten mit der Verarbeitung der römischen Rechtsquellen voran und behauptete ihre führende Stellung in Europa.⁵⁷ Aufgrund der Tatsache, dass die meisten strafrechtlichen Schriftsteller auch bzw. vornehmlich in der Praxis tätig waren, wird insofern von der Epoche der italienischen Praktiker gesprochen.⁵⁸ Zu nennen sind hier insbesondere Bartholomeus de Saliceto⁵⁹, Angelus Aretinus de Gambilionibus⁶⁰, Bonifacius de Vitalinis⁶¹, Hippolytus de Marsiliis⁶², Aegidius Bossius, Tiberius Decianus⁶³, Jacobus Menochius⁶⁴ und Prosper Farinacius⁶⁵.

⁵⁶ Zur Verwertung römischer Quellen am Beispiel des Albertus Gandinus siehe auch Cordero (Fn. 50), S. 205, 220 f.

⁵⁷ Knappe Überblicke bei Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl. 1932, S. 48 f.; Mezger (Fn. 45), S. 15; ausführlicher Hippel (Fn. 9), S. 92 ff.; Dahm, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931, S. 208 ff.; Engelmann (Fn. 52), S. 414 ff.; Calisse, A History of Italian Law, 1969, S. 384 ff.

⁵⁸ Vgl. nur Dahm (Fn. 57), 1 f.; Heimberger, Die Teilnahme am Verbrechen, 1896, S. 1.

⁵⁹ Zu diesem Savigny (Fn. 46), VI S. 259 ff.; Geburtsjahr unbekannt, gestorben 1412.

⁶⁰ Zu diesem Zordan, Il Diritto e la Procedura Criminale nel Tractatus de Maleficiis di Angelo Gambiglioni, 1976, S. 9 ff.; Ende des 14. oder Anfang des 15. Jahrhunderts in Arezzo geboren, Todesjahr ist nicht genau zu bestimmen, lag aber zwischen 1451 und 1465, berühmtestes Werk ist das *Tractatus super maleficiis*, das zwischen 1438 und 1444 entstanden ist.

⁶¹ Zu diesem Pertile, Storia del diritto Italiano V, 2. Aufl. 1966, S. 43; 1340 zum ersten Mal erwähnt, Todesjahr kann nur insofern bestimmt werden, als es nach 1388 liegen muss; Autor eines „*Tractatus super maleficiis*“.

⁶² Zu diesem Cordero (Fn. 50), S. 290 ff.; 1451 geboren, seine wissenschaftliche und rechtshistorische Bedeutung ergibt sich vor allem daraus, dass er 1509 einen Lehrstuhl für Strafrecht erhielt: die Widmung eines Lehrstuhls nur für Strafrecht war eine Neuerung, wurde doch das Strafrecht bis dato als Anhängsel des Zivilrechts stiefmütterlich mit abgehandelt; um 1531 gestorben; bekanntestes Werk „*Practica causarum criminalium*“, zum ersten Mal 1526 gedruckt.

⁶³ Zu diesem Marongiu, RSDI 1934, S. 135 ff., 312 ff.; Schaffstein, Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus, 1954, S. 38 ff.; Cordero (Fn. 50), S. 297 ff.; mit ihm verbindet man eine hochentwickelte Strafrechtswissenschaft der frühen Neuzeit, insbesondere hinsicht-

Hervorzuheben ist unter den italienischen Praktikern Julius Clarus⁶⁶, der als einer der bedeutendsten Strafrechtler der frühen Neuzeit, gar als Höhepunkt der italienischen Kriminalistik überhaupt gilt.⁶⁷ Er wurde 1525 geboren, als Jurist von König Philipp an den spanischen Hof gerufen und war Mitglied des italienischen Rates bis zu seinem Tod 1575. Sein bedeutendstes strafrechtliches Werk ist das „*Sententiarum receptarum Liber quintus*“ (auch unter den Namen *Volumen* und *Practica criminalis* gedruckt), dessen Entstehung auf 1568 bestimmt wird. Anhand einer Textstelle aus diesem immens einflussreichen Lehr- und Handbuch soll nun die Spur des römischen Strafrechts weiterverfolgt werden. In seiner Quaestio 89 beschäftigt er sich mit der Frage des Mandats. Er schreibt:

Successive quaero, nunquid mandans fieri delictum debeat puniri eadem poena, qua punitur ille, qui maleficium propriis manibus committit. Resp. In hoc articulo magna fuit aliquando controversia inter scribentes: nam aliqui dixerunt, quod aut mandatarius erat alias facturus delictum et eo casu mandans non tenetur; aut vero non erat alias facturus et tenetur. Sed certe haec distinctio communiter reprobatur, ut dicit [...]. Et ideo Bartolus in D. 47, 10, 11, 3-5. Tenuit indistincte, quod mandans puniatur eadem poena, qua puniendus est mandatarius ipse, qui delictum commisit. [...]. Hanc etiam opinionem dicit esse communem Gandinus de maleficiis in titulo de transactionibus et in titulo de poenis.

Übersetzungsvorschlag:

Im Folgenden frage ich, ob der Mandant mit der gleichen Strafe zu belegen ist, wie derjenige, der das Verbrechen mit eigenen Händen begeht. Antwort: In dieser Sache gab es einst unter den Autoren große Meinungsverschiedenheiten: denn einige sagten, dass der Mandatar entweder das Delikt auch sonst begangen hätte und in diesem Fall der Mandant nicht haftete, oder dass er die Tat sonst nicht begangen hätte und der Mandant haftete. Diese Unterscheidung wird gewiss aber einhellig zurückgewiesen, wie [...] sagt. Ebenso Bartolus zu D. 47, 10, 11, 3-5. Ohne Unterschied wird der Mandant der gleichen Strafe unterworfen wie der Mandatar selbst, der das Delikt begangen hat. Diese Meinung hielt auch Gandinus in seinem Buch über Verbrechen in den Titeln „de transactionibus“ und „de poenis“ für gängig.

lich allgemeiner Lehren. 1509 geboren; sein Hauptwerk, das „*Tractatus criminis*“, blieb unvollendet und wurde erst nach seinem Tod 1590 von seinem Sohn herausgegeben.

⁶⁴ Zu diesem Cordero (Fn. 50), S. 336 ff., insbesondere S. 336 in Fn. 1.

⁶⁵ Geboren 1544; von großem Einfluss, aber in der Neuzeit auch kritisch betrachtet, vgl. Bar (Fn. 9), S. 132 in Fn. 526; Cordero (Fn. 50), S. 339.

⁶⁶ Zu Julius Clarus ausführlich Moeller, Julius Clarus aus Alessandria – der Kriminalist des 16. Jahrhunderts, 1911, S. 7 ff.; vgl. auch Cordero (Fn. 50), S. 307 ff.

⁶⁷ Vgl. Hippel (Fn. 9), S. 97; Schmidt (Fn. 49), S. 150; Moeller (Fn. 66), S. 4 f.; Schaffstein, Deutsche Rechtswissenschaft, 1938, S. 125.

Julius Clarus widmet dem Mandat als Unterform heutiger Anstiftung ebenso besondere Aufmerksamkeit wie das römische Recht und Albertus Gandinus dies tun. Albertus Gandinus war zwar grundsätzlich von der Äquivalenz von Mandat und Ausführung ausgegangen, wollte den Mandanten jedoch strenger bestrafen und unterschied des weiteren zwischen den Fällen, in denen der Auftragsempfänger bereits zur Tat entschlossen war und solchen, in denen das nicht der Fall war. Julius Clarus erörtert diese Auffassungen, vertritt selbst aber die Gegenansichten, dass einerseits die Strafe des Mandanten zwar genauso hoch, nicht aber höher als die des Mandatars zu sein hat, und dass es andererseits auf ein Hervorrufen des Tatentschlusses nicht ankomme.⁶⁸ Das römische Strafrecht, vermittelt durch frühere Erörterungen der Glossatoren und Kommentatoren, wurde Julius Clarus zur Grundlage seiner gutachterlichen Tätigkeit im Italien der frühen Neuzeit.

V. Die Verbreitung der italienischen Strafrechtslehren in Europa

Bis in die Neuzeit reichte die Geltung römischrechtlicher Rechtsgrundsätze in der italienischen Strafrechtslehre hinüber: Im Folgenden soll der Prozess der strafrechtswissenschaftlichen Europäisierung, d.h. die Verbreitung außerhalb Italiens, auf eben dieser Grundlage vorgestellt bzw. wieder in Erinnerung gerufen werden. Hierbei wird der Nachweis auf zwei Beispiele außerhalb Italiens beschränkt: die deutsche und die niederländische gemeine Strafrechtswissenschaft.⁶⁹ Prima facie liegt Skepsis über die Bedeutung italienischer Strafrechtler für die sonstige europäische Strafrechtsentwicklung, gerade auch für diejenige Deutschlands, nahe; die maßgebende Rolle der italienischen Strafrechtswissenschaft für die gesamte europäische Entwicklung für das späte Mittelalter und die frühe Neuzeit ist freilich unbestritten.⁷⁰

1. Deutschland: Benedikt Carpzov

Besonders deutlich ist die Europäisierung auf romanischer Basis am Beispiel der deutschen Strafrechtswissenschaft zu erkennen. Symptomatisch sind die überaus kritischen Beurteilungen späterer, national gesinnter Autoren, die deutsche Strafrechtswissenschaft dieser Zeit habe sich im wesentlichen darauf beschränkt, bei den Italienern abzuschreiben,⁷¹ oder habe sich doch eng an ihre Lehren angelehnt.⁷² In seiner drastischen Ausdrucksweise spricht *Geib* von Romanomanie

bzw. romanisierendem Fanatismus und sklavischer Abhängigkeit von den italienischen Schriftstellern.⁷³ Die positive Kehrseite dieser teilweisen Verschmelzung römischer, italienischer und deutscher Rechtsgeschichte, die es angesichts heutiger Tendenzen, die Grenzen der Nationalstaaten erneut zu überwinden, wieder zu betonen gilt, lag freilich in einer Vereinheitlichung wissenschaftlicher Methodik und beträchtlichen wissenschaftlichen Wirkungsmöglichkeiten strafrechtlicher Erkenntnisse.

Zur Anwendung in Deutschland gelangten die römischrechtlichen Grundsätze in Gestalt der italienischen Verarbeitung insbesondere durch die *Constitutio Criminalis Carolina*, der Peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532,⁷⁴ und die sich an diese anschließende Wissenschaft. Das antike römische Recht fand über die italienische Strafrechtswissenschaft in modifizierter Form im Wege der allgemeinen Rezeption nach Deutschland, wurde dort bei der Erstellung der *Carolina* durch Johann von Schwarzenberg (1465-1528) verarbeitet,⁷⁵ auf deren Grundlage sich eine gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft anschloss. *Fuchs* spricht hier von einer Brücke zwischen der deutschen Strafrechtspflege und dem römischen Recht.⁷⁶ Besonders deutlich lässt sich dies bei der Behandlung von Täterschaft und Teilnahme nachweisen. *Bloy* hat den entwicklungsgeschichtlichen Weg von der Wiederentdeckung des *Corpus Iuris* durch die italienische Wissenschaft bis zu den deutschen Gesetzgebungen im 19. Jahrhundert anlässlich der Beteiligungslehre instruktiv aufgearbeitet.⁷⁷ Auf diesen Bogen der Bedeutung römischen Rechts sei wieder einmal hingewiesen.⁷⁸ Als ein monographisches Beispiel sei die Abhandlung *Langenbecks* genannt, in der dieser immer wieder auf die italienischen Praktiker zurückkommt, und auf diese Weise von der beträchtlichen Beeinflussung der deutschen Strafrechtslehre durch die italienische Strafrechtswissenschaft noch im 19. Jahrhundert zeugt.⁷⁹

In Fortführung des Beispiels des Mandats⁸⁰ sei exemplarisch auf das Werk des wohl bedeutendsten deutschen gemeinrechtlichen Strafrechtlers, Benedikt *Carpzov* (1595-

⁶⁸ Vgl. *Moeller* (Fn. 66).

⁶⁹ Hierzu grundlegend für den Bereich des Allgemeinen Teils *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1932.

⁷⁰ *Rüping/Jerouschek* (Fn. 10), Rn. 40; *Gerland*, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl. 1932, S. 43f.; *Dahm* (Fn. 57), S. 1; zur prozessualrechtlichen Bedeutung *Biener*, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, 1827, S. 92 ff.

⁷¹ So *Bar* (Fn. 9), S. 131 f.

⁷² So, etwas vorsichtiger, *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 94.

⁷³ *Geib* (Fn. 9), S. 283.

⁷⁴ Zu dieser und ihrem Verfasser Schwarzenberg vgl. nur *Rüping/Jerouschek* (Fn. 10), Rn. 94 ff.; *Geib* (Fn. 9), Lehrbuch I, S. 254 ff.

⁷⁵ *Hippel* (Fn. 9), S. 163 ff.; *Brunnenmeister*, Die Quellen der Bambergensis, 1879, S. 206 ff., 288; *Liszt/Schmidt* (Fn. 56), S. 48 ff.

⁷⁶ *Fuchs* (Fn. 11), S. 22.

⁷⁷ *Bloy* (Fn. 28), S. 53 ff.

⁷⁸ Vgl. für die Lehren von Täterschaft und Teilnahme den Überblick bei *Hippel* (Fn. 9), II, S. 441 ff.; für das gemeine Recht *Schaffstein* (Fn. 69), S. 169 ff.

⁷⁹ *Langenbeck*, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1868.

⁸⁰ Zum mandatum im gemeinen Recht *Schaffstein* (Fn. 69), S. 182 f.

1666), abgestellt, dessen äußerst einflussreiche *Practica nova rerum criminalium* aus dem Jahre 1635 stammt.⁸¹

Pars I Quaestio 4, Nr. 6:

Uterque igitur poena homicidii tenetur. Quod quidem in persona mandatarii vix dubium habet, ut qui ob mandatum non excusatur, Bartolus in D. 47, 10, 11, 3-5.

Übersetzungsvorschlag:

Beide [Mandant und Mandatar] werden mit der Strafe für Totschlag belegt. Bzgl. des Mandatars bestehen kaum Zweifel, dass er wegen des Mandats nicht entschuldigt wird, Bartolus zu D. 47, 10, 11, 3-5 [...].

Pars I Quaestio 4, Nr. 9:

Quoad personam vero mandantis certo statuendum est, quod is non minus, ac mandatarius, ultimo supplicio affici debeat, [...], Julius Clarus, Quaestio 89, [...].

Übersetzungsvorschlag:

Was aber die Person des Mandanten betrifft, so ist sicher festzuhalten, dass dieser ebenso wie der Mandatar der höchsten Strafe zu unterwerfen ist, [...] Julius Clarus, Quaestio 89, [...].

Pars I Quaestio 4, Nr. 10:

Tum, quia nihil interest, utrum occidat quis ipse, an vero causam mortis dolo malo praebeat, [...], D. 47, 10, 11, 3-5, [...].

Übersetzungsvorschlag:

Ferner, weil es nicht darauf ankommt, ob jemand selbst tötet oder vorsätzlich eine Todesursache setzt, [...], D. 47, 10, 11, 3-5, [...].

Carpzov und das deutsche gemeine Recht übernehmen den Inhalt des Mandatsbegriffs von der italienischen Doktrin und behalten ihn ohne Inhaltsränderung bei.⁸² *Carpzov* selbst legt offen, wie er seine Rechtsgrundsätze aus den römischen Rechtsquellen und den italienischen Kommentatoren und Praktikern schöpft. Er zitiert nicht nur den *Ulpian*text D. 47, 10, 11, 3-5, sondern auch die Sekundärliteratur zu dieser Stelle, insbesondere *Bartolus* und *Julius Clarus*. Die Strafbarkeit des Mandatars leuchtete ohne weiteres ein, die des Mandanten stützte er auf den Grundsatz der Gleichstellung von Auftrag und Ausführung, wie er im römischen Strafrecht vorherrschte.⁸³ *Carpzov* wird ganz deutlich in der strafrechtshistorischen Literatur als der Beginn einer selbständigen

deutschen Strafrechtswissenschaft angesehen⁸⁴, und dennoch war er kein Neuschöpfer, sondern ein Kompilator des geltenden rezipierten gemeinen Rechts auf italienisch-römischer Grundlage.⁸⁵

Für die späte historisch arbeitende deutsche gemeine Strafrechtslehre⁸⁶ sei exemplarisch die Behandlung der Teilnahme in dem gemeinrechtlichen Lehrbuch *Carl Georg Wächters* angeführt.⁸⁷ *Wächter* differenziert die Arten der Teilnahme (von ihm *concursum ad delictum* genannt) nach mehreren Gesichtspunkten: einer davon ist die Unterscheidung zwischen unmittelbar physischer, mittelbar physischer und intellektueller Teilnahme. Zur intellektuellen Teilnahme rechnet er – frühere römische und italienische Begrifflichkeiten übernehmend – Rat, Überredung, Befehl und Auftrag.⁸⁸ Für jede dieser Arten zitiert er Texte des *Corpus Iuris Civilis*, für den Auftrag unter anderem auch D. 47, 10, 11, 3-5. In Bezug auf die Methodik, die Terminologie und teilweise die dogmatischen Ergebnisse steht auch seine Strafrechtswissenschaft noch ganz im Zeichen römisch-italienischer Vorarbeiten.

2. Die (spanischen) Niederlande: Antonius Matthaeus

Um dem Beispiel für eine gemeinsame europäische Strafrechtswissenschaft neben Italien und Deutschland ein drittes Standbein zu geben, bieten sich die Niederlande an. Zu den bedeutendsten und einflussreichsten niederländischen Strafrechtlern zählten *Joos de Damhouder* (1507-1581) und *Antonius Matthaeus* (1601-1654).⁸⁹ Während ersterer heute weitgehend als unselbständiger Kopist und Kompilator angesehen wird,⁹⁰ bescheinigt man letzterem größere wissenschaftliche Selbständigkeit, ohne freilich zu leugnen, dass auch er seine Erwägungen italienischen Schriftstellern entnahm.⁹¹ *Matthaeus'* herausragendes Werk ist sein Strafrechtskommentar *De criminibus*, zuerst erschienen 1644. Zur Frage des mandatum

⁸¹ Zu *Carpzov* und seinem Werk vgl. nur *Schmidt* (Fn. 49), S. 153 ff.; *Rüping/Jerouschek* (Fn. 10), Rn. 115.

⁸² *Schaffstein* (Fn. 69), S. 182.

⁸³ Vgl. *Schaffstein* (Fn. 69), S. 183.

⁸⁴ Vgl. nur *Liszt/Schmidt* (Fn. 57),: „neue deutsche Rechtswissenschaft“; *Hippel* (Fn. 9), S. 227: „Aufschwung der Wissenschaft“, *Bar* (Fn. 9), S. 144 f.

⁸⁵ Ausgewogene Darstellung der Verdienste, aber auch der wissenschaftlichen Abhängigkeiten bei *Hippel* (Fn. 9), S. 228.

⁸⁶ Vgl. *Allfeld* (Fn. 11), S. 47.

⁸⁷ *Wächter*, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts, 1825, S. 144.

⁸⁸ Aus heutiger Sicht umfasst die intellektuelle Teilnahme die Anstiftung und (soweit man eine solche anerkennt, vgl. *Hoyer* [Fn. 55], § 27 Rn. 11 f.) psychische Beihilfe.

⁸⁹ Zu beiden *Geib* (Fn. 9), S. 285; *Bar* (Fn. 9), S. 132, 152.

⁹⁰ Sehr kritisch etwa *Bar* (Fn. 9), S. 132.

⁹¹ Vgl. einerseits *Bar* (Fn. 9), S. 152 („ohne fremdartigen Zusatz in seinem eigenen Geiste“), andererseits *Schaffstein* (Fn. 69), S. 183 („Alle diese Erwägungen entstammen den italienischen Quellen und finden sich, teilweise in wörtlicher Übereinstimmung, auch bei [...] *Matthaeus* [...], wie überhaupt bei allen anderen gemeinrechtlichen Autoren dieser Zeit.“).

äußert er sich in den Prolegomena, Caput I, Quid sit crimen, Rn. 9, und Lib. XLVIII, Tit. XVIII, De poenis, Rn. 15.

Prolegomena, Caput I, Quid sit crimen, Rn. 9:

Progrediamur ad mandatores et mandatarios. Qui mandant scelus, quique mandatum exequantur, utique rei sunt, et ordinariae quidem poenae subiugandi: idque cum nostrorum testimoniis, tum rationibus atque argumentis copiose probatur; ab interpretationibus etiam, ut loquuntur, communiter receptum est. Nostrorum auctorum totidem loca sunt, quot locis dicitur, teneri non solum eum, qui fecerit, sed et qui dolo malo curaverit, ut quid fieret. Nihil interesse, ipse quid facias, an per alium fieri cures, causamve crimini praebeas.

Übersetzungsvorschlag:

Fahren wir fort mit den Mandanten und Mandataren. Beide sind Angeklagte und unterliegen der ordentlichen Strafe: dies zeigen viele Zeugnisse mit Gründen und Argumenten. Auch die Interpreten haben dies alle übernommen. Bei unseren Autoren finden sich Stellen, wo gesagt wird, dass nicht nur derjenige haftet, der die Tat begeht, sondern auch der, der dafür arglistig sorgt. Es kommt nicht darauf an, ob er selbst dafür sorgt oder dies durch andere geschehen lässt oder eine Ursache des Verbrechens setzt, [...], D. 47, 10, 11, 3.

Und Lib. XLVIII, Tit. XVIII, De poenis, Rn. 15:

Uterque odinaria poena afficiendus erit, et qui mandavit, et qui mandatum crimen executus est, [...] D. 47, 10, 11, 3.

Übersetzungsvorschlag:

Beide sind mit der gewöhnlichen Strafe zu belegen, sowohl derjenige, der beauftragt hat, als auch derjenige, der das Verbrechenmandat ausgeführt hat.

Die Ausgaben des Werks verweisen hier am Rande beider Texte unter anderem auf die Quaestio 89 des Julius Clarus. Inhaltlich folgt *Matthaeus* der bereits früher herrschenden Meinung, die Mandant und Mandatar gleich bestrafte, wobei er Fragen der Kausalität freilich nicht erörtert. An seinem Werk und an dessen einflussreicher Rolle für die gemeinrechtliche Strafrechtspraxis lässt sich zeigen, wie die italienischen Lehren auch in den Niederlanden aufgenommen und Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung wurden. Der Text Ulpianus zur Anstiftung – in Gestalt eines Mandats – zur iniuria, D. 47, 10, 11, 3-5, ist auch zum Ausgangspunkt holländischer strafrechtswissenschaftlicher Bearbeitung geworden, die in vielfältiger wechselseitiger Beeinflussung zur deutschen und natürlich italienischen Lehre stand, deren Fundament und gemeinsamer Nenner aber stets das römische Strafrecht war.

VI. Das Ende der ersten Europäisierung: die partikularen Kodifikationen

Die europäisierte gemeine Strafrechtswissenschaft der frühen Neuzeit fand mit Erstarken nationalen Denkens und den daraus resultierenden Strafrechtsskodifikationen ein schleichen-

des Ende. Schon immer hatte es lokale Statuten gegeben, die einzelne Bereiche des Strafrechts für ein mehr oder weniger großes Gebiet speziell regelten, so dass das gemeine Strafrecht insofern lediglich subsidiäre Anwendung fand.⁹² Durch die in der Mitte des 18. Jahrhunderts einsetzende, der CCC entgegenstehende Landesgesetzgebungen⁹³ begann in Deutschland das Ende der ersten europäisierten Strafrechtswissenschaft: mehr und mehr Gebiete schlossen durch ihre Kodifikationen das gemeine Strafrecht aus und ließen so den Geltungsbereich immer weiter zusammenschrumpfen. Den Anfang machten Bayern mit dem Codex Iuris Bavarici Criminalis von 1751,⁹⁴ Österreich mit der Constitutio Criminalis Theresiana von 1768⁹⁵ und Preußen mit dem Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten⁹⁶ im Jahre 1794. Im 19. Jahrhundert setzte schließlich eine Welle landesherrlicher Strafgesetzgebungen ein, von denen das Allgemeine Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern von 1813 und das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten von 1851 besondere Erwähnung verdienen.⁹⁷ Im Jahre 1869 war das Geltungsgebiet des ius commune nur noch auf Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Schaumburg-Lippe und Bremen beschränkt. Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund von 1870, der Vorläufer des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich aus dem Jahre 1871, hob das gemeine Strafrecht schließlich für diese letzten deutschen Gebiete auf. Das gemeine Strafrecht in den anderen sich bildenden Nationen verlor in parallelen Entwicklungen auch dort endgültig seine Bedeutung im Laufe des 19. Jahrhunderts

VII. Ergebnis

Berner formuliert: „Die Italiener haben der gebildeten Welt die Bahn gebrochen, auf welcher sich die Wissenschaft des Strafrechts entwickeln sollte. Sie schufen für dieselbe einen gemeinsamen Europäischen Boden.“⁹⁸ Ähnlich drückt es *Mayer* aus: „Die italienische Strafrechtswissenschaft hat dieses neue peinliche Recht für ganz Europa zuerst wissenschaftlich formuliert.“⁹⁹ In der Tat ist es spätestens seit dem 16. Jahrhundert gerechtfertigt, von europäischer Rechtswis-

⁹² Zum problematischen Verhältnis von Statutenrecht und rezipiertem römisch-italienischen Strafrecht vgl. etwa die entsprechenden Kapitel zum niederländischen Recht bei *Matthaeus*, z.B. Lib. XLVIII Dig. Tit. V, Caput VII: De moribus ad statut. Traject.; zur Rechtsanwendung auf dem Gebiet der Beteiligungslehre, insbesondere zum Verhältnis von ius commune und Partikularrecht, *Engelmann* (Fn. 52), S. 560 ff.

⁹³ Überblick bei *Binding* (Fn. 33), S. 37 ff.; *Geib* (Fn. 9), S. 322 ff.

⁹⁴ Hierzu *Bar* (Fn. 9), S. 155 ff.

⁹⁵ Hierzu *Bar* (Fn. 9), S. 155 ff.

⁹⁶ Hierzu vgl. nur *Rüping/Jerouschek* (Fn. 10), Rn. 195 ff.; *Bar* (Fn. 9), S. 161 ff.

⁹⁷ Weitere bei *Binding* (Fn. 33), S. 40 ff.

⁹⁸ *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16. Aufl. 1891, S. 14 f.

⁹⁹ *Mayer* (Fn. 49), S. 7.

senschaft zu sprechen.¹⁰⁰ Grenzen der Länder und nationalen Kulturen wurden nicht nur im Zivilrecht, sondern auch im Strafrecht übersprungen. Begünstigt wurde dies durch kulturelle und politische Rahmenbedingungen¹⁰¹: Kulturell handelte es sich zum einen um den Buchdruck mit beweglichen Lettern, der es seit Gutenberg ermöglichte, Bücher in hohen Auflagen herzustellen; zum anderen konnte Latein als Weltsprache der Wissenschaft den Austausch zwischen den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen fördern. Die weitaus meisten römischen Rechtsquellen waren in lateinischer Sprache verfasst, die strafrechtlichen Werke der Italiener *Albertus Gandinus* und *Julius Clarus*, des Deutschen *Benedikt Carpzovs* und des Niederländers *Antonius Matthaeus* waren in eben dieser lateinischen Sprache erschienen und konnten von der gesamten europäischen Wissenschaftsgesellschaft ohne sprachliche Barrieren gelesen, diskutiert und fortentwickelt werden. Die Weltreiche Karls V. und Philipps II. leisteten überdies ihren politischen Beitrag grenzüberschreitenden Dialogs.

Am Beispiel des Ulpiantextes D. 47, 10, 11, 3-5 und des Mandats, d.h. der Anstiftung zu einer iniuria, lässt sich nachvollziehen, wie das römische Strafrecht über Italien in die verschiedenen europäischen Länder, insbesondere Deutschland und die Niederlande eindrang und dort Gegenstand wissenschaftlicher Beschäftigung einerseits, forensischer Praxis andererseits werden konnte. Wenn *Albertus Gandinus*, *Julius Clarus*, *Benedikt Carpzov*, *Carl Georg Wächter* und *Antonius Matthaeus* dieselbe Digestenstelle auslegen, jeweils unter Berücksichtigung der vorher veröffentlichten Kommentierungen und Interpretationen, voneinander abschreiben, einander zitieren oder aber auch widersprechen und angreifen, dann wird deutlich, dass es sich tatsächlich um römisch-italienisch-deutsch-niederländische – sprich: europäische – Strafrechtswissenschaft handelte. Kopistentum und fruchtbarer wissenschaftlicher Austausch sind hierbei die beiden Seiten dieser Medaille internationalen Wissenstransfers.

Erst nach und nach entstanden partikuläre Gesetzgebungen, die den Anwendungsbereich des Gemeinrechts einengten; der aufkommende Nationalismus beseitigte die letzten Reste.

Die inter- und supranationalen Tendenzen des 20. und 21. Jahrhunderts sind insofern auch strafrechtlich eine Wiederentdeckung gemeinsamer Ausgangspunkte, die im europäischen Kontext zu einer neuen gemeinsamen Basis eines europäischen Strafrechts führen können. Auch heute stehen mit dem Englischen als Weltsprache, den neuen Telekommunikationsmitteln und den Strukturen der EG und EU treibende kulturelle und politische Kräfte zur Verfügung. Auf dem Gebiet des Zivilrechts ist es bereits weitgehend anerkannt, dass im Zuge der Arbeiten an einem gesamteuropäischen Zivilgesetzbuch die römische Rechtstradition als gemeinsame Grundlage vieler nationaler Rechtsordnungen eine bedeutende Rolle spielt und weiter spielen wird.¹⁰² Das römische Recht, in eine historische Behandlung abgedrängt, erfährt hier nun eine Reaktualisierung und einen Bedeutungsrückgewinn beim Auffinden gemeinsamer Wurzeln als Grundlage eines zukünftigen gemeinsamen Weges der europäischen Rechtsordnungen.¹⁰³ Die Tendenz, die Nationalität der Rechtsordnungen zu überwinden, hat in den letzten Jahren verstärkt auch das Strafrecht erfasst. Gewiss lassen sich Zivilrecht und Strafrecht hinsichtlich national-souveräner Sensibilität nicht ohne weiteres vergleichen,¹⁰⁴ dennoch: die Suche nach einer gesamteuropäischen Basis, auf die sich eine fortschreitende Strafrechtsvereinheitlichung gründen kann, wird die Berücksichtigung der historischen Grundlagen – auch des römischen Strafrechts und vor allem der gemeineuropäischen Strafrechtswissenschaft als Grundlage vieler nationaler Rechtsordnungen – zur Folge haben müssen. Diese historisch-vergleichende Dimension der Europäisierung wurde bislang nur unzureichend erkannt.

¹⁰⁰ Vgl. auch *Schaffstein* (Fn. 63), S. 10.

¹⁰¹ Hierzu *Schaffstein* (Fn. 63), S. 11.

¹⁰² Hierzu *Bürge*, in: Filippo Ranieri (Hrsg.), *Die Europäisierung der Rechtswissenschaft*, 2002, S. 19 ff.; *Zimmermann*, *Roman Law, Contemporary Law, European Law – The Civilian Tradition today*, 2001, S. 107 ff.

¹⁰³ Vgl. zur europäischen Identität *Grossfeld*, *Rechtsvergleichung*, 2001, S. 24 f.

¹⁰⁴ Bedenken aus neuerer Zeit vor allem bei *Weigend*, *ZStW* 105 (1993), 786 ff.; vgl. aber auch schon *Geib* (Fn. 23), S. 1 f.