Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht

von Andreas WACKE
(*Köln*)

Überblick: I. Stand der Forschung S. 505; II. Modernes Recht S. 510; III. Die fahrlässige Tötung im allgemeinen S. 513; IV. Der Unfall beim «Prellen» S. 525; V. Die unvorsätzliche Tötung durch Medikamente S. 531; VI. Die grundsätzliche Straflosigkeit ungewollter Tötungen S. 535; VII. Die Tötung im Streit oder Affekt (*in rixa* oder *impetu*) S. 541; VIII. Theoretische Erfassung der Fahrlässigkeitstat? S. 544; IX. Die unbeabsichtigte Körperverletzung S. 549; X. Die fahrlässige Brandstiftung S. 552; XI. Weitere Fahrlässigkeitsdelikte S. 556; XII. *Dolus*-Gleichstellung der *culpa lata* und *dolus*-Vermutung? S. 559; XIII. Zusammenfassung und Ausblick S. 562.

I. Stand der Forschung

Die Bestrafung fahrlässiger Vergehen im römischen Recht wurde — trotz vieler Einzeluntersuchungen, die das Thema berühren (1) — seit Andreas Heuslers (des Älteren) über 150

(1) Nur mit dem Verfassernamen werden zitiert: BESCHÜTZ, *Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre* (bis zur Carolina), Strafrechtl. Abh. Heft 76 (Breslau 1907); BINDING: s. unten Anm. 12; BIRNBAUM, *Über die Ansichten der Römer von dem Verbrechen der Tötung* etc., in: Neues Archiv des Criminalrechts 14 (Halle 1833) 492-545; BRUNNENMEISTER: s.u. A. 32; C.Chr. BURCKHARDT, *Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und culpa lata im röm. Recht* (Göttingen 1885); CONDANARI(-MICHLER), *Über Schuld und Schaden in der Antike*, in: Scritti Ferrini III (Milano 1948) 28-108; W. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung* (1895);

Jahre zurückliegender, in lateinischer Sprache verfaßter Tübinger Dissertation (2) nicht mehr in größerem Zusammenhang dargestellt. Das Fehlen einer neueren Untersuchung über dieses Thema erstaunt. Denn die Frage, wieweit unabsichtliche Missetaten ihrem Urheber zugerechnet werden, ist ein untrügliches Kennzeichen für den jeweiligen Kulturzustand einer Rechtsgemeinschaft (3). Die Alternative « Erfolgshaftung oder Verschuldenshaftung » steht daher traditionell im Zentrum straf-

FERRINI: s.u. A. 8; MAX FRANK, *Die kasuelle Tötung in den Volksrechten* (Diss. Berlin 1890); C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano* (1970), das 3. Kapitel daraus: *L'elemento intenzionale nel diritto penale romano*, ist (um etliche Fußnoten gekürzt) auch abgedruckt in *Studi Grosso* III (1970) 35-53; HEUSLER: s. u. A. 2; HITZIG, *Das Tötungsverbrechen im römischen Recht seit der Strafgesetzgebung des Sulla*, in: Schweizer Zeitschrift für Strafrecht 9 (Bern 1896) 16-43; LÖFFLER: s. u. A. 10; G. LONGO, *Delictum e crimen* (1976); MACCORMACK: s. u. A. 161; P. MIKAT: s. u. A. 4; MOMMSEN: s. u. A. 6; PERNICE: s. u. A. 9; POLARA, *Marciano e l'elemento soggettivo del reato*, BIDR 77 (1974) 89-138; RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche* (1969); REIN: s. u. A. 7; F. SCHAFFSTEIN, *Die allg. Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts* (Berlin 1930); Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*[3] (Göttingen 1965); R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klass. röm. Recht* (1972).

(2) Andreas HEUSLER, *De ratione in puniendis delictis culpa commissis apud Romanos servata* (Diss. Tübingen 1826). Der 1802 geborene und 1868 gestorbene Verfasser wirkte in Basel als Professor der Rechte, Ratsherr und Mitglied der Kantonsregierung. Er ist der Vater des großen gleichnamigen Baseler Germanisten Andreas Heusler des Jüngeren (1834-1921); vgl. R. HOKE, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (künftig: HRG) II 142. Die wichtige Quelle der *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, die einen besonderen Abschnitt '*De casualibus homicidis*' enthält (RICCOBONO/BAVIERA, *Fontes* II 545ff.), konnte HEUSLER bereits benutzen, da dieser Text im Unterschied zu anderen vorjustinianischen Rechtsquellen schon seit dem 16. Jh. bekannt war, vgl. WENGER, *Die Quellen des röm. Rechts* (1953) 545ff. — Die bei REIN 145 (Anm.) zitierte, kurz vor Heusler erschienene, von ihm nicht benutzte, aber von BINDING, *Programm* I 3 A. 1 gelobte Abhandlung von R. WINSSINGER, *Responsio ad quaestionem: Quaenam sit differentia inter delicta dolosa et culposa, et an Romani unquam et quo tempore in delictis culposis poenam publicam statuerint* (Preisschrift Löwen, Brüssel 1824) war mir nicht zugänglich.

(3) Vgl. etwa JHERING, *Das Schuldmoment im röm. Privatrecht*, in dessen *Vermischten Schriften jurist.Inhalts* (1879, Neudr. Aalen 1968) 156ff.

rechtshistorischer Forschung — zumindest für den « germanistischen » Quellenbereich (4). Auch für die moderne Strafrechtsdogmatik gehört das Problem der Fahrlässigkeitstat zu den wichtigsten Themen des « Allgemeinen Teils ». Im Vergleich zu diesen Nachbardisziplinen besteht für die romanistische Forschung hier ein gewisser Nachholbedarf (5). Anders als im römischen Privat- und Zivilprozeßrecht können wir uns für das Strafrecht leider nicht auf ein neueres Handbuch stützen; es wäre ein dringliches Desiderat. Mommsens monumentales Standardwerk enthält über die innere Tatseite des Verbrechens nur eine knappe Skizze (6). Wilhelm Rein (7) und Contardo Ferrini (8) machten zur Verschuldensproblematik vergleichsweise längere Ausführungen; alle gewiß im Stile ihrer Zeit. Beachtenswert sind die einschlägigen Partien der Monographien von Alfred Pernice (9) und

(4) Vgl. die u. A. 28 zitierten Arbeiten von E. Kaufmann; dazu P. Mikat, *Erfolgshaftung und Schuldgedanke im Strafrecht der Angelsachsen*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber* (Bonn 1963) 9-31.

(5) « Trotz der vorzüglichen Leistungen von Mommsen und Ferrini muß ein Allgemeiner Teil des römischen Strafrechts erst noch geschrieben werden », bemerkte E. Seidl, Iura 1 (1950) 477 unter Berufung auf E. Levy. Ferrinis Grundriß trägt immerhin den Untertitel: *Teorie generali*. Zur Folgezeit s. die grundlegenden Arbeiten von Engelmann und Schaffstein. Zur Strafbarkeit der Unterlassung seither Honig in: *Festschrift E. Heilfron* (1930) 63-80 und *Festgabe Rich. Schmidt* (1932) 3-31. Für unser Thema unergiebig ist die Skizze von Diaz Bialet, *La imputabilidad penal en el derecho romano*, in: Revista de la Sociedad argentina de derecho romano 1 (Cordoba 1954) 11-30.

(6) Th. Mommsen, *Röm. Strafrecht* (1899, Neudr. Graz 1955) 85-94.

(7) W. Rein, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian* (1844, Neudr. 1962) 144-167: Von *dolus*, *culpa* und *casus*.

(8) C. Ferrini, *Diritto penale romano, Teorie generali* (Milano 1899) 73-155: L'elemento soggettivo del reato. Über Ferrinis Lebenswerk, der schon mit 44 Jahren starb, s. die Nekrologe in SZ 24 (1903) VII f. und bes. von Scialoja, BIDR 14 (1902) 294ff.; ferner Archi, *Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi*, RIDA 4 (1950 = Mélanges De Visscher III) 21ff. (auch in: *Miscellanea Contardo Ferrini*, Roma 1947, mir nicht zugänglich).

(9) A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo: Das röm. Privatrecht im 1. Jh. der Kaiserzeit* II, 1. Aufl. Halle 1878 (in der 2. Aufl., von der 1895 nur die 1. Abteilung erschien, sind die hier interessierenden Abschnitte VII-X über *culpa*, *diligentia* und *casus* nicht enthalten). Eine der besten Dar-

Alexander Löffler ([10]). Für die nachrömische Zeit sind außer Löffler zu erwähnen die dogmengeschichtlichen Untersuchungen von Engelmann, Beschütz und Schaffstein (alle o. Anm. 1).

Ein eigenwilliges Konzept vom römischen Fahrlässigkeitsdelikt entwickelte um die Jahrhundertwende der Kriminalist Karl Binding, der sich in seinem Handbuch ([11]) verdienstvoller Weise sehr um eine Klärung der strafrechtlichen Grundbegriffe *dolus* und *culpa* in den römischen Quellen bemühte ([12]). « Fahrlässigkeit » sei den Römern nach Binding nicht *culpa* schlechthin (die umfassend die Schuld bedeute), sondern nur die *culpa levis*. « *Culpa lata* » bedeute nicht grobe Fahrlässigkeit, sondern « schwere Schuld », und zwar eine so schwere, daß sie dem Vorsatz nahekomme. Unter *culpa lata* verstand Binding daher eine Unterart von Vorsatz, die im Gegensatz zum *dolus malus* aber einem nicht gemeinen Motiv entstamme. Nur diese an den *dolus eventualis* im heutigen Sinn grenzende mildere Vorsatzform sei nach Binding kriminell bestraft worden, wenn auch weniger streng als der schlimme *dolus malus*. Reine Fahrlässigkeit, für Binding *culpa levis*, hätten die Römer dagegen stets straflos gelassen.

stellungen zu unserem Thema, obwohl man sie in einem Werk über das römische Privatrecht nicht vermutet. Pernice lehrte zeitweilig Strafrecht. Er starb als Sechzigjähriger 1901. Zu seiner Charakterisierung vgl. die Nachrufe von Bekker, SZ 22 (1901) XX ff. und Ferrini, BIDR 14 (1901) 80ff.; auch Mittels, *Röm. Privatrecht* I (1908) 315 A. 1. Binding 640 A. 9 nannte Pernice einen engen Philologen, der trotz bewundernswerter Kenntnis der Details in diesen ertrinke und den Überblick über die großen Zusammenhänge verliere; hiergegen s. Beseler, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen* IV (1920) 240f.

(10) A. Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung* I 1 (Leipzig 1895).

(11) Zu ihm krit. Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie* (Göttingen 1954).

(12) K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung* II 2 [2] (1916, Neudr. 1965) 631-783, zur *culpa lata dolo proxima* bes. 711ff. Skizziert hat Binding seine Auffassung bereits in den früheren Abhandlungen: *Culpose Verbrechen im gemeinen römischen Rechte?* (2 Programme von 12 und 21 Seiten; Leipzig 1877; hier zitiert als *Programm* I und II; über den auswärtigen Leihverkehr zu beziehen von der Universitätsbibliothek Heidelberg). Die Texte zur fahrlässigen Vergiftung (unten V) ließ Binding allerdings außer acht.

An dieser Lehre trifft der Ausgangspunkt insoweit zu, daß die Römer — wie noch gezeigt wird — fahrlässige Vergehen nur ausnahmsweise bestraften. Nicht folgen kann man dagegen Bindings zu strenger weitergehender Ansicht, die Fahrlässigkeit sei niemals bestraft worden und die dafür sprechenden Quellen seien sämtlich im Sinne eines dem Vorsatz verwandten schweren Verschuldens zu deuten. Bindings generelle Leugnung der Strafbarkeit und besonders seine eigenwillige Auffassung der *culpa lata* stießen, obwohl er an diesen Thesen bis zuletzt festhielt ([13]), im Schrifttum einhellig auf Ablehnung ([14]). Eine ausführliche Auseinandersetzung mit ihnen ist heute wohl nicht mehr vonnöten; bei der Ausdeutung der Sachverhalte ist aber auf Bindings Interpretation der einzelnen Quellentexte kurz einzugehen.

Seit der Kontroverse um Bindings Thesen, also seit rund sechs Jahrzehnten, fehlt, wenn ich recht sehe, eine ausführlichere Stellungnahme zu unserem Thema; vermutlich weil sich die der romanistischen Forschung verbliebenen Kräfte stark auf das Zivilrecht konzentrierten. Die (soweit ersichtlich) letzte zusammenfassende Äußerung zum Thema, Luzzattos Artikel über « Colpa penale — diritto romano » in der *Enciclopedia del diritto* ([15]), verdeutlicht nur die Lücken unserer Erkenntnisse über die kriminelle Fahrlässigkeit. Der defizitäre Forschungsstand beruht großenteils auf der Lage der Quellen und dem geringeren Interesse, das die römischen Juristen dem Strafrecht entgegen-

(13) S. zuletzt BINDING, *Culpa lata und culpa levis*, SZ 39 (1918) 1-35.

(14) Gegen Binding namentlich LÖFFLER 100-110; FERRINI 101, 109ff.; BESCHÜTZ 53ff.; LENEL, *Culpa lata und culpa levis*, SZ 38 (1917) 263-290; ablehnend auch PERNICE II 381ff. A. 17, 20, 22 usw.; BURCKHARDT 7f., 133ff.; HITZIG 35 A. 2. LENELS Kritik überzeugt freilich ebenfalls nicht, da sie auf der Behauptung aufbaut, die quellenmäßige Gleichsetzung der *culpa lata* mit dem *dolus* sei eine justinianische Interpolation; dag. s. unten XII 1.

(15) Bd. 7 (1960) 614-617. Der Artikel beschränkt sich (wie bereits aus den Schrifttumsangaben ersichtlich) fast gänzlich auf die zivilrechtliche Haftung nach der *lex Aquilia* und vernachlässigt die strafrechtliche Seite der *culpa* in kaum begreiflicher Weise nahezu völlig. Besser informiert (auch über die Abgrenzung zur *culpa lata*): CANCELLI, Art. « Dolo I a: diritto romano penale », *Enciclopedia del diritto* 13 (1964) 716-725.

brachten ([16]). Die Dogmatik (zumal in Fragen des Allgemeinen Teils) ist auch sonst weniger ihre Stärke als die Kasuistik. Deren Ausdeutung ist darum auch unsere Hauptaufgabe.

II. Modernes Recht

Die Tatbestände des modernen Strafrechts erfordern grundsätzlich Vorsatz des Täters als Regelschuldform. Fahrlässigkeit ist die Ausnahmeschuldform; sie wird nur in Ausnahmefällen bestraft ([17]). Eine neue, 1975 in Kraft getretene Vorschrift des westdeutschen Strafgesetzbuches verordnet dies nun ausdrücklich:

> « Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht » (§ 15 StGB; wörtlich gleichlautend § 10 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten [OWiG]).

Diese Norm des Allgemeinen Teils enthält zunächst eine rein gesetzestechnische Vereinfachung ([18]), indem sie es dem Gesetzgeber bei der Aufstellung der Einzeltatbestände erspart, etwas über die innere Tatseite zu sagen, da sich die Voraussetzung vorsätzlicher Begehungsweise damit von selbst versteht. Das weitere Erfordernis hingegen, daß Fahrlässigkeit kriminalrechtlich nur relevant ist bei einer im Einzeltatbestand hierfür ausdrücklich angedrohten Strafe, bringt für die Entwicklung des materiellen Strafrechts etwas grundlegend Neues. Bisher hatte nämlich der Richter in Zweifelsfällen durch Auslegung des Strafgesetzes nach Sinn, Zweck und Systemzusammenhang zu ermitteln, ob nur die vorsätzliche Begehungsweise oder auch die fahrlässige strafbar sei ([19]). Vor diesem

(16) KASER, *Römische Rechtsgeschichte* [2](1967) § 29: Überblick über Strafrecht und Strafgerichtsbarkeit.

(17) S. z.B. J. BAUMANN/U. WEBER, *Strafrecht allg. Teil* [8](1977) §§ 26 I, 28 I.

(18) In diesem Sinn deutet die Vorschrift (m.E. zu eng) LACKNER, *Strafgesetzbuch* [12](1978) § 15 Anm. 1.

(19) Reichsgericht, Entscheidungen in Strafsachen 48 (1915) 118; Bundesgerichtshof in Strafsachen 6 (1954) 132: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Straf-*

Auslegungsproblem stand der Richter — zum Nachteil der Rechtsgewißheit für den Angeklagten — seit jeher: Die oberitalienischen Statuten z.B. bedrohten oft nur die Tat als solche mit Strafe; da sie aber nichts über *dolus* und *culpa* anordneten (oder *culpa* nur im allgemeinen Sinne des Verschuldens voraussetzten), stritten die mit deren Auslegung befaßten Juristen nicht selten über die Anforderungen an die innere Tatseite ([20]). Die Neufassung durch § 15 StGB verwirklicht nun schärfer den Grundsatz *nulla poena sine lege*, indem sie den Gesetzgeber zu überlegten Anordnungen über die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit zwingt und dem Richter diese Interpretationsfrage abschneidet: Ohne eine ausdrückliche gesetzliche Sanktion bleibt die unvorsätzliche Begehungsweise unweigerlich straflos.

Zum herkömmlichen Tatbild bestimmter Vergehen gehört ohnehin der Vorsatz: Beleidigung, Betrug und Diebstahl sind fahrlässig nicht begehbar ([21]). Der Kreis fahrlässiger Straftaten ist verhältnismäßig klein: Im Vordergrund stehen fahrlässige Tötung, Körperverletzung und Brandstiftung, dazu der fahrlässige Falscheid, sowie insbesondere eine in neuerer Zeit anwachsende Zahl fahrlässiger Gefährdungen des Bahn-, Straßen-, Schiffs- und Luftverkehrs, schließlich die Herbeiführung von Brand-, Sprengstoff- und Kernenergiegefahren ([22]). Das Anwachsen der Tatbestände auf diesem Gebiet spiegelt die vorwärtsstürmende Entwicklung der Technik. Diese Entwicklung führte auch dazu, daß nur für die theoretische Strafrechtsdoktrin der Vorsatz — wie erwähnt — die Regelschuldform ist, während in der praktischen Strafverfolgung die Fahrlässigkeits-

gesetzbuch [17](1974) § 59 Anm. 149. Relevant war die Frage vor allem bei den Übertretungen und bei der Baugefährdung (§ 330 StGB a.F.).

(20) W. ENGELMANN § 32: Strafbarkeit der *culpa*; DAHM, *Das Strafrecht Italiens* (u. A. 203) 273, 276ff.

(21) Eine fahrlässige Hehlerei gibt es nur an Metallen: § 5 des Gesetzes über den Verkehr mit Edelmetallen und § 18 des Ges. über den Verkehr mit unedlen Metallen (beide von 1926); abgedruckt bei DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* [38](1978) Anhang 12, 13.

(22) Einzelheiten bei SCHÖNKE/CRAMER, *Strafgesetzbuch* [19](1978) § 15 RdNr. 102ff.

taten zahlenmäßig weit überwiegen ([23]). In den knapp 80 Jahren seit 1900 stiegen die Verurteilungen wegen fahrlässiger Tötung auf das Sechsfache (von 700 auf 4.400), die wegen fahrlässiger Körperverletzung sogar auf mehr als das Zwanzigfache (von 4.600 auf 108.000). Allein im Straßenverkehr werden in Westdeutschland alljährlich 180.000 Personen wegen Vergehen verurteilt, und sogar über 1.100.000 wegen Ordnungswidrigkeiten mit Bußgeldern belegt. Diese hohen Zahlen wirkten befruchtend zurück auf die Dogmatik der Fahrlässigkeitstaten. Die von Hans Welzel begründete « finale Handlungslehre » nimmt die fahrlässige Verkehrsstraftat geradezu zum Modell des fahrlässigen Vergehens schlechthin ([24]). Daß vor dem Beginn des motorisierten Straßenverkehrs die Zahl der Fahrlässigkeitsdelikte weitaus geringer war, überrascht hiernach nicht. Aber es fällt doch auf, daß aus dem Bereich der typischen Verkehrsdelikte (abgesehen von dem sogleich sub III zu erörternden Fall des unachtsamen Baumverschneiders) kein einziger Strafrechtsfall aus den römischen Rechtsquellen überliefert ist. Die Verkehrsdelikte fallen für die Römer fast ganz in den zivilrechtlichen Bereich der aquilischen Haftung ([25]). Entsprechend dem Überwiegen der privaten Deliktsbuße (die für die folgende Betrachtung allerdings ausscheidet) gegenüber dem öffentlichen Kriminalrecht im allgemeinen, ist der Kreis der fahrlässigen Straftaten in Rom, wie sich zeigen wird, erheblich enger als heutzutage: Sogar die fahrlässige Tötung bleibt nach der Gesetzeslage straflos und wird nur bei dringendem kriminalpolitischen Bedürfnis extraordinär bestraft. Erst recht bleiben straflos die fahrlässige Körperverletzung (unten IX), die fahrlässige Majestätsbeleidigung, der fahrlässige

(23) Die folgenden Angaben nach BAUMANN/WEBER (o.A. 17) § 28 1; JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht* (Freiburger Univ. Reden 39, 1965) 5.

(24) Erkenntlich an seiner leitbildhaften Terminologie, wenn er das Wesen der Fahrlässigkeit in der unzureichenden « Steuerung und Lenkung » der finalen Handlung sieht; vgl. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* [11](1969) § 18 Einl. S. 127ff.; insbes. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* (1961).

(25) Zu den Straßenverkehrsunfällen bes. anschaulich Alfen D. 9, 2, 52, 2; ferner Gai. 8, 1; Iav. 57; Ulp. 7, 2; 9, 3; 27, 33f. h.t.

Falscheid (unten XI 3-4). Strafbar sind hingegen unter Umständen die fahrlässige Brandstiftung (zu der die Quellen reichlich fließen, unten X), ferner die fahrlässige Verrückung von Grenzzeichen, schließlich das in Westdeutschland seit 1969 nicht mehr strafbare ([26]) fahrlässige Entweichenlassen von Gefangenen (unten XI 1-2).

III. Die fahrlässige Tötung im allgemeinen

Die grundlegende Unterscheidung von absichtlicher und unwillentlicher Tötung herausgearbeitet zu haben, ist nach allgemeiner Überzeugung ein Verdienst der Römer, während das germanische Strafrecht auf dem Erfolgsgedanken beruht habe, oder doch zumindest von ihm ausgegangen sei ([27]). Ekkehard Kaufmann hat sich demgegenüber um den Nachweis bemüht, daß sich ein angebliches Erfolgsstrafrecht für die germanische Zeit aus den Quellen nicht belegen lasse ([28]). Die germanischen Rechte wollten nicht anders als das römische grundsätzlich den verbrecherischen Willen bestrafen; der Beweis, eine Schädigung sei unabsichtlich geschehen (im Wege eines Reinigungseides) wurde daher fast immer zugelassen. Das für die Erfolgshaftung vielzitierte Rechtssprichwort « Die Tat tötet den Mann » besagt nach Kaufmann nicht, daß jede Tat oder der Erfolg allein den Täter richte; es habe vielmehr einschränkend den Sinn, daß nur eine Betätigung des verbrecherischen Willens (zumin-

(26) Nach dem 1. Strafrechtsreformgesetz, vgl. SCHÖNKE/ESER § 120 RdNr. 21.

(27) Vgl. den knappen Abriß der Strafrechtsgeschichte bei MAURACH/ZIPF, *Strafrecht allgemeiner Teil*, Teilband 1 [5](Heidelberg 1977) § 4 II; ähnl. Rob. v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht* I (1925) 46f.; weit. Nachw. bei KAUFMANN (u.A. 28) 28 (Fn). Eb. SCHMIDT (o.A. 1) § 16ff. hält trotz Kaufmanns Untersuchungen an der Erfolgshaftung als Ausgangspunkt fest.

(28) Ekkehard KAUFMANN, *Die Erfolgshaftung. Unters. über die strafrechtliche Zurechnung im Rechtsdenken des frühen Mittelalters* (Frankfurt 1958); DERS., Artt. « Erfolgshaftung » und « Fahrlässigkeit », in HRG I (Berlin 1971) 989-1001 und 1045-1049. Zur Kritik von Kaufmanns Thesen vgl. MIKAT (o.A. 4) 12ff. und die dort A. 21 zitierten Rezensionen.

dest durch einen Anfang der Ausführung wie beim Versuch, entsprechend § 43 StGB a.F., vgl. jetzt § 22 StGB n.F.) bestraft werden dürfe. Dasselbe Verbot des reinen Gesinnungsstrafrechts enthält der verwandte Satz aus der (jüngeren) Reimvorrede des Sachsenspiegels: « Man kann falschen Mut nicht sehen, die Tat sei denn dabei ». Er deckt sich demnach inhaltlich mit Ulpians Ausspruch « *cogitationis poenam nemo patitur* » (29) oder den oft zitierten deutschen Sprichwörtern « Gedanken sind zollfrei », « Ums Denken kann man niemand benken ».

Für das altrömische Recht verwies Max Kaser den Gedanken an eine reine, von jeglicher Schuldfeststellung abstrahierende Erfolgshaftung (30) in den Bereich ungeschriebener Spekulation; für die Kapitalverbrechen gewiß mit Recht (31). Soweit unsere Quellen zurückreichen, setzt der Mord (*parricidium*) vorsätzliches Handeln voraus (« *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto* », im Gesetz des Numa) (31a), während die fahrlässige Tötung nach einem der Sache nach vermutlich ebenso alten Zwölftafelsatz (32) — sprachlich noch recht ungeschickt (33), aber dennoch verständlich — umschrieben wird mit:

(29) Ulp. (3 ed.) D. 48, 19, 18; vgl. zum Retorsionsedikt D. 2, 2, 1, 2 i.f.

(30) Für eine solche aufgrund allgemeiner Überlegungen etwa JHERING, *Geist des röm. Rechts* I 126ff.; DERS., *Schuldmoment* (o.A. 3) 163 ff.; BURCKHARDT (o.A. 1) 126ff; v. HIPPEL (o.A. 27) 57f.; weit. Hinw. bei BRUNNENMEISTER (n.A. 32) 126 A. 1. Gegen eine Erfolgshaftung bei Totschlag in antiken Rechten engagiert DAUBE, *Roman Law* (1969) 171ff.

(31) KASER, *Typisierter dolus im altröm. Recht*, BIDR 65 (1962) 79ff., 82. Bei der Körperverletzung enthalten aber noch die Zwölftafeln einen Rest der wohl ursprünglichen Erfolgshaftung, s.u. IX.

(31a) Festus (L.) 221; vgl. GIRARD/SENN/GIUFFRE, *Les lois des Romains* [7](Camerino 1977) 17; m. Lit. S. 5f.

(32) XII tab. 8, 24a. Zur Zusammengehörigkeit mit der *lex Numae* s. BRUNNENMEISTER, *Das Tötungsverbrechen im altröm. Recht* (1887) 125 (« zwei Teile einer *lex* »); KUNKEL, *Unters. zur Entwicklung des röm. Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit* (1962) 39; weit. Lit. bei KASER, *Das römische Privatrecht* I [2] (1971) 155; dazu noch BESCHÜTZ 29ff.; KUPISZEWSKI, *Studi Volterra* IV (1971) 60ff.; TONDO, *Leges regiae e paricidas* (Firenze 1973); POLARA 94ff.

(33) PERNICE II[1] 240; DERS., SZ 17, 250 A. 4 (m. Lit.); anders KUNKEL 40; WITTMANN 17. Unbeholfen ist die Formulierung, weil die der Hand von allein entglittene Lanze nur zu Boden fallen, aber schwerlich einen

« *si telum manu fugit magis quam iecit* ». Hob das Gesetz des Numa die Voraussetzung *dolo sciens* ausdrücklich hervor, was lag dann für einen Verteidiger des Angeklagten näher als der Einwand, der Täter habe den Tod unabsichtlich verursacht? (vgl. die drei Kaiserreskripte unten sub VI). Damit ist vereinbar, daß aus bestimmten Indizien, wie einer bestehenden Feindschaft zwischen Täter und Opfer und aus der Art des zur Tat verwendeten Werkzeugs, der Mordvorsatz widerlegbar — nicht, wie Kaser (a.a.O., S. 81 f. für andere altrömische Delikte) meinte, unwiderlegbar — vermutet wurde, wie noch zu zeigen ist (unten A. 75; VII).

Für die republikanische und die hier vornehmlich interessierende klassische Periode ist auszugehen von dem Mordgesetz Sullas gegen die Dolchmänner und Giftmischer, der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* (34). Das Gesetz enthält diverse Tatbestände und bedroht darunter vor allem denjenigen mit Todesstrafe, der einen Menschen (sei er Freier oder Sklave) (35) getötet oder dessen Tötung er in böser Absicht veranlaßt hat: *qui hominem*

anderen Menschen töten kann. Gemeint kann nur sein, daß die absichtlich geworfene Waffe ihr Ziel verfehlte. — Nach KASER (o.A. 31) 80 soll die magische Vorstellung der Frühzeit die Waffe selbst als den wahren Täter personifiziert haben, ebenso wie bei Schadenszufügungen durch Tiere, Wasser oder Feuer der Tier-, Wasser- oder Feuerdämon als Schuldiger betrachtet worden sei. Alsdann hätte es indessen nahe gelegen, ähnlich wie im griechischen Recht dem Gegenstand selbst den Prozeß zu machen, vgl. BRUNNENMEISTER 133. Anders als Tiere oder Naturkräfte ist der Speer überdies ein typischerweise von Menschenhand gefertigtes Werkzeug zur Jagd oder Kriegführung. Zwar mögen Waffen den Göttern geweiht worden sein, und im Mythos mag eine Gottheit ein Geschoß ablenken. Nicht immer aber haben Dämonen ihre Hand im Spiel, wenn ein Wurfspeer sein Ziel verfehlt. Hätte die Waffe, wie das Tier, als Täter gegolten, dann hätte vor allem wie bei den Noxalklagen sie selbst, nicht aber statt ihrer der Widder ausgeliefert werden müssen. Wie dieses Sühneopfer beweist, war bei der Abfassung des Rechtssatzes die persönliche Verantwortlichkeit des Werfers bereits klar erkannt. Skeptisch zu Kasers These auch WITTMANN 21 A. 86. Zur Auslieferung des Baumes an die Hinterbliebenen des beim Baumfällen unvorsätzlich Getöteten in germanischen Volksrechten s. FRANK 33.

(34) ROTONDI, *Leges publicae populi romani* (1912, Neudr. 1962) 357f.

(35) Ulp. coll. 1, 3, 2; Marci. D. 48, 8, 1, 2.

occiderit, cuiusve id dolo malo factum erit (36). Auf diesen Gesetzespassus bezieht sich der Kommentar des Paulus in folgendem Text:

> D. 48, 8, 7 (Paulus libro singulari de publicis iudiciis):
> *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 <si> putator ex arbore cum ramum deiecerit, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercitionem non pertinet.*
>
> « Bei der lex Cornelia wird der Vorsatz für die Tat selbst genommen. Grobe Schuld aber wird bei diesem Gesetz nicht zum Vorsatz gerechnet. Wenn sich daher jemand von oben herabstürzt, auf jemanden fällt und ihn tötet, oder wenn ein Baumverschneider, der einen Ast herunterwirft, keinen Warnruf abgibt und einen Vorübergehenden tötet, so fällt er nicht unter die Bestrafung nach diesem Gesetz. »

Der etwas mißverständliche erste Satz '*dolus pro facto accipitur*' (37) besagt streng wörtlich genommen weder, daß die *lex Cornelia* zur Verurteilung Vorsatz erfordere (38) (obwohl auch dies eine durchaus zutreffende Aussage wäre), noch daß der Vorsatz als unsichtbarer psychischer Umstand in Zweifelsfällen aus dem Tathergang selbst zu erschließen sei (39). Gemeint ist vielmehr, daß die — (wie zu ergänzen ist) durch eine vorbereitende

(36) Ulp. coll. 1, 3, 1 i.f.; vgl. Diocl. C. 9, 16, 6 (294); BRUNS/MOMMSEN/GRADENWITZ, *Fontes iuris romani antiqui* 7(1909) p. 92; HITZIG 18f. In Marcian D. 48, 8, 1 pr. stammt '*incendium*' vermutlich von späterer Hand anstelle eines ursprünglichen '*id*'. Auch in der *lex Pompeia de parricidiis* lautet die Klausel nach Marcian D. 48, 9, 1 ganz entsprechend: *occiderit cuiusve dolo malo id factum erit.*

(37) Auffallend ähnlich die sprichwortartige, auf LOISEL zurückgehende französische Formulierung: « *La volonté est réputée pour le fait* ». KAUFMANN, *Erfolgshaftung* (o.A. 28) 31 bemerkt dazu richtig, daß natürlich nicht der böse Wille allein strafbar gewesen sein kann; vgl. o. bei A. 29. Über den Cujaz-Schüler Ant. LOISEL, den Entdecker der *Consultatio*, s. VOLTERRA, ACJI II (1934) 399ff.

(38) Dann müßte er lauten *dolus requiritur* oder *exigitur*.

(39) So GIOFFREDI 79. Dann müßte aber *ex facto* statt *pro facto* dastehen. S. auch die Kritik von POLARA 105f. A. 33.

Handlung betätigte und erwiesene — Tötungsabsicht der vollendeten Tötung gleichstehe (40). Das Gesetz stellt nämlich in kasuistischer Weise bestimmte verbrecherische Vorbereitungshandlungen wie das Herumschleiden mit der Mordwaffe (41) und die Beschaffung von Giften in Tötungsabsicht (42) sowie den Versuch (43) und die Anstiftung (44) unter dieselbe Strafe wie den vollendeten Mord. Den vom Gesetz für diese Vorbereitungs- und Veranlassungshandlungen ausdrücklich geforderten Vorsatz ('*cuiusve id dolo malo factum erit*') verlangt Paulus folgerichtig, aber ohne dies ausdrücklich zu sagen, auch für die Haupttat des *occidere* (45), obschon das Gesetz für den Grundfall des *hominem occidere* die Mordabsicht nicht ausdrücklich hervorhob; der *dolus malus* war für diesen Grundtatbestand zu subintellegieren (46).

(40) So mit Recht CONDANARI 70f.

(41) Marcian D. 48, 8, 1 pr.; Diocl. C. 9, 16, 6 (294). Vgl. GENIN (u.A. 43) 95ff.; CLOUD, *The primary purpose of the lex Cornelia de sicariis*, SZ 86 (1969) 258ff.

(42) Marcian D. 48, 8, 3 pr., vgl. 1, 1; GENIN 108ff.; vgl. auch unten V.

(43) PS 5, 23, 3: *...aliquando et qui non occidit, ut homicida damnatur ... ideoque qui, cum vellet occidere, id casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur...* Die kasuistische gesetzliche Regelung verhinderte die Bildung einer dogmatischen Lehre vom Versuch bei den Römern. Lit.: SEEGER, *Der Versuch der Verbrechen nach röm. Recht* (Tübinger Gratulationsschrift für Wächter, 1879); auch v. BESELER, *Die Strafbarkeit des Versuchs*, in: Rigasche Zeitschrift für Rechtswiss. 10 (1937/38) 145-154; jetzt vor allem GENIN, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain* (Lyon 1968); dazu die Rez. MER, RHD 48 (1970) 643-646. Zum gemeinen Recht SCHAFFSTEIN 157ff.

(44) Auf sie bezieht unseren Text namentlich BINDING, SZ 39, 30, 44. Vgl. PS 5, 23, 10 (11): *Mandatores caedis perinde ut homicidae puniuntur.*

(45) Dieses dem Zusammenhang nach notwendige gedankliche Bindeglied zwischen dem ersten und dem zweiten Satz mag einer Textkürzung zum Opfer gefallen sein. Eine Kürzung vermuten auch LENEL, SZ 38, 286; BINDING aaO.

(46) Vgl. HITZIG 18, 30f.; auch POLARA 103f. A. 31, 107 (mit allerdings zumindest mißverständlichen Formulierungen. Sein Versuch, aus dem politischen Kräfteverhältnis Roms etwas für die Auslegung der Norm abzuleiten, S. 100f., 107, ist wohl überzogen).

Nach Paulus' ebenfalls folgerichtigem nächstem Gedankenschritt genügt fahrlässiges Verhalten nicht für eine Mordanklage, nicht einmal grobe Fahrlässigkeit: Anders als in vielen Vertragsverhältnissen steht die *culpa lata* dem *dolus* hier ausnahmsweise nicht gleich (47). Hierzu bringt Paulus zwei Beispiele für (grob?) fahrlässige Tötungen, die nicht unter das Mordgesetz fallen. Das erste Beispiel betrifft offenbar einen Selbstmörder (48), der sich von einer Anhöhe in einen Abgrund hinabstürzt, dabei auf einen anderen fällt und diesen ungewollt ums Lebens bringt. '*Se praecipitare*' ist bei römischen Juristen (49) und Philosophen (50) eine geläufige Art des Selbstmordes. Daß der Selbstmörder wider Erwarten am Leben bleibt und wegen Mordes oder fahrlässiger Tötung angeklagt wird, läßt sich

(47) Diesen Satz verdächtigten De Medio, BIDR 17 (1905) 31f. und Lenel, SZ 38, 285f. aufgrund der vorgefaßten Meinung, die Gleichstellung der *culpa lata* mit dem *dolus* in den Quellen sei durchweg interpoliert. Die Echtheit verteidigt dagegen im Ergebnis mit Recht Binding, *Normen* II 2² 753ff. und SZ 39, 30ff., obschon ihm in der Ausdeutung der Sachverhalte nicht gefolgt werden kann. Da die Klassiker die Strafbarkeit der *culpa lata* aufgrund der *lex Cornelia* nie generell bejaht haben können und daß die behauptete Interpolation demnach allenfalls eine formale sein könnte, räumte auch Lenel ein, der die Beispiele ausdrücklich für echt erklärte. Vgl. auch unten XII 1. Die Interpolationsbehauptung übernehmen unkritisch noch Genin (o.A. 43) 93 A. 39, 299 A. 7 und Gioffredi 84 A. 54.

(48) Pernice 388f.; Burckhardt 135; anders Binding (s. sogleich). Zum Selbstmord in der Antike s. allg. Berneker, *Kl. Pauly* V (1975) 81f.; Lamer/Kroll, *Wörterbuch der Antike* ⁸(1976) 674f.; bes. Genin, *Réflexions sur l'originalité juridique de la répression du suicide en droit romain*, in: *Mélanges Falletti* (Annales Lyon, Paris 1971) 233ff.; dazu die Summaria in Iura 23 (1972) 437 und SDHI 37 (1971) 478f.

(49) Von Sklaven gesagt in Ulp. D. 15, 1, 9, 7; 21, 1, 17, 4 (Teil 2) und 23, 3; von Freien in Diocl. C. 6, 22, 2, wohl auch Mod. D. 48, 3, 14, 3. Für den Strafprozeß vor allem C. 9, 2, 12 (Diocl. et Max., *Aurelio*): *Factum sponte se praecipitantis innocenti criminis periculum adferre non potest* (a. 293): «Die Tat desjenigen, der sich freiwillig herabgestürzt hat, kann einen an dem (begangenen) Verbrechen Unschuldigen nicht in Gefahr bringen». Der freiwillige Todessturz eines Beschuldigten darf also im Prozeß gegen einen Mitangeklagten nicht als Indiz für ein Schuldeingeständnis verwertet werden.

(50) Nachweise bei Pernice II¹ 389 A. 40 und Burckhardt 135f. A. 1.

schwer vorstellen (51): Vermutlich ist dies nur ein fingiertes Schulbeispiel (52). Parallelen zu ihm finden sich jedoch auffälligerweise bereits in altindischen Erzählungen (53). Heute gehört der Sturz aus der Höhe zu den seltensten Begehungsformen des Selbstmordes (54). Lebensnäher wäre der Strafrechtsfall, wenn der *praecipitans* o h n e Selbstmordabsicht etwa von einem Baum auf jemand unten Stehenden oder Gehenden herabgefallen wäre (55): Er müßte erst recht straffrei ausgehen. Das reflexive Verbum '*se praecipitaverit*' schließt eine solche Deutung jedoch aus (56). Der Zusatz *et super alium venerit* macht jedenfalls ganz deutlich, daß der Stürzende nur u n a b s i c h t l i c h auf den Getöteten gefallen sein kann (57): Daß er ihm dagegen aus einer

(51) Vgl. zum Sturz vom tarpeischen Felsen als Strafurteil MOMMSEN 931 A. 1: « Die Rhetorenfrage, ob, wer lebend den Sturz übersteht, dadurch freigesprochen ist, ist keine juristische » (mit Nachw.). Immerhin rechnet sogar das ädilizische Edikt ausdrücklich mit dem Fall, daß ein verkaufter Sklave einen Selbstmordversuch begangen hatte; dies gilt als ein Mangel: Ulp. D. 21, 1, 1 pr. und dazu die Beispiele eod. 23, 3.

(52) PERNICE 389 A. 40; BESCHÜTZ 69f.; CONDANARI 70; ablehnend BURCKHARDT 136 A. 1.

(53) L. GÜNTHER, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts* I (1889 Neudr. 1966) 12f. A. 22; CONDANARI 30.

(54) S. BROCKHAUS-*Enzyclopädie*, Art. « Selbstmord » Bd. 17 (1973) 282 Tabelle 3.

(55) So auch der Sachverhalt in der *Lex Wisigothorum* 5, 1, 3: *Si quis aut casu aut re quacumque impulsus vel praecipitatus in alterum corruerit hominemque occiderit, pro homicidio nec damnis nec poenis damnabilis erit...*; dazu FRANK 27 f. A. 5. Dieser Text ist unverkennbar vom römischen Recht beeinflußt, vgl. BESCHÜTZ 75f. — Weitere Parallelen finden sich in den Gesetzen der Normannen und Angelsachsen, ja sogar in afrikanischen Rechten; vgl. GÜNTHER aaO; MIKAT 22. Nach der besonderen Art der Wiedervergeltungsstrafe dafür soll der Ankläger von demselben Baum auf den unten stehenden Angeklagten springen. Vermochten sich diese Rechtsordnungen dem Vergeltungsverlangen des Verletzten demnach nicht zu entziehen, so läßt doch die « geradezu grotesk übertriebenen Talion » erkennen, was die Rechtsgemeinschaft von dem Verlangen des Rachsüchtigen hielt: MIKAT aaO. Vgl. u. A. 58.

(56) Wenn Tiere einen Abgrund hinabstürzen, wird *praecipitare* bezeichnenderweise nicht reflexiv gebraucht, D. 47, 2, 51 pr.

(57) LENEL, SZ 38, 286f. (mit Hinw. auf ein Scholion zu Bas. 60, 39, 5). *Et super alium venerit* ist etwas anderes als *ut...veniret* oder *se super alium praecipitare*.

rüpelhaften, groben Neckerei mit Absicht, wenngleich ohne Tötungsvorsatz auf den Kopf gesprungen sei, wie Binding sich den Fall vorstellte (58), ist noch weit unwahrscheinlicher als der etwas märchenhafte Selbstmordfall sich ohnehin darstellt. Selbst dann aber müßte es, falls ein solcher Fall je angeklagt wurde, bei einem Freispruch des Herabstürzenden bewenden. Denn im Unterschied zu dem folgenden Fall des Baumverschneiders, den Paulus noch in zwei weiteren Texten behandelt, kommt er auf den Herabstürzenden dabei nicht zurück, so daß von dessen Bestrafung nichts verlautet. Auf die umstrittene Auslegung des Sachverhalts kommt es daher (was Binding wohl verkannte) für unser Thema letztlich nicht an.

Das zweite Beispiel betrifft einen Baumverschneider, der infolge eines unterlassenen Warnrufs einen Passanten tötet. Dieser Fall begegnet auch in den Paulussentenzen:

> Pauli Sent. 5, 23, 12:
> *Si putator ex arbore cum ramum deiceret non proclamavit ut vitaretur, atque ita praeteriens eiusdem ictu pericrit, etsi in legem non incurrit, in metallum datur.*
>
> « Wenn ein Baumverschneider, während er einen Ast herabwirft, keinen lauten Warnruf ausstößt und so ein Passant durch den Schlag ums Leben kommt, wird er, obschon er nicht der gesetzlichen Strafe verfällt, doch zur Bergwerksarbeit verurteilt. »

Den sorglosen Baumputzer trifft zwar nicht die gesetzliche Strafe, wie beide zitierten Texte übereinstimmend aussagen; er wird nach der Sentenzenstelle jedoch zu Bergwerksarbeit verurteilt, und zwar, wie sich zeigen wird (unten IV), aufgrund der dem Gerichtsmagistrat zukommenden extraordinären Strafgewalt. Die sehr hohe Strafdrohung zur Zwangsarbeit im Berg-

(58) *Normen* 755f. ; vgl. SZ 39, 32, 34 A. 2. Dagegen LENEL aaO und PERNICE 388: « Daß einer sich von hoch oben auf einen anderen stürzt, *um* ihn zu verletzen, auf die Gefahr hin, selbst dabei ums Leben zu kommen, dünkt mir eine wunderliche *lascivia* ». Ebenso BURCKHARDT 135. Vgl. o.A. 55 und im folg. die gleiche Auseinandersetzung zum 2. Beispielsfall.

werk, die stets eine lebenslängliche war und der Todesstrafe am nächsten kam (59), konnte sich Binding (60) nicht anders erklären, als « daß der *putator* zwar nicht in Tötungsabsicht, aber doch absichtlich dem Vorübergehenden den Ast auf den Kopf warf — aus Gleichgültigkeit oder aus Übermut, um einen rohen Scherz zu machen oder *iniuriandi animo* ». Die Strafandrohung erscheint uns heute unleugbar erschreckend schwer. Dennoch ist sie milder als die für die vorsätzliche Tötung vorgesehene Todesstrafe (61). Für den Fall, daß eine verabreichte Arznei zum Tod eines Menschen führt, werden überdies nicht minder hohe Strafen in PS 5, 23, 19 (unten V a.E.) angedroht: Todesstrafe für Niedriggestellte, Relegation für Angehörige der Oberschicht. Verglichen mit der im Prellunfall (unten IV) gegen einen *honestior* verhängten fünfjährigen Verbannung ist die Bergwerksstrafe für den Ästefäller aus römischer Sicht somit nicht unangemessen (62). Denn die Bergwerksstrafe soll gewiß nur eine *humilis persona* treffen, als den sich der Sentenzenverfasser den Baumverschneider typischerweise vorstellt (63): Daß sich ein Senator oder eine sonst hochgestellte Persönlichkeit eigenhändig als Baumfäller oder Landschaftsgärtner betätigt, erscheint für die römische Gesellschaft nicht gut vorstellbar. Nach der hohen Strafe kann der Sentenzenverfasser einen Aufsehen erregenden konkreten Fall vor Augen gehabt haben (64). Bindings Ausdeutung des Sachverhalts im Sinne einer an *dolus eventualis* (im heutigen Verständnis) grenzenden *culpa lata* (65) ist jedoch nicht gerechtfertigt. Das folgt aus der ausführlicheren Behandlung desselben

(59) Hadrian-Callist. D. 48, 19, 28, 6: *In opus metalli ad tempus nemo damnari debet* ; eod. pr. : *proxima morti poena metalli coercitio* ; MOMMSEN 949ff. Zu den Kapitalstrafen allg. LEVY, *Ges. Schriften* II (1963 ex 1930) 325ff. ; LATTE, Art. *Todesstrafe*, RE Suppl. 7 (1940) 1610ff. ; insbes. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano* (1937) passim.

(60) *Normen* II 755 und SZ 39, 33f.

(61) HITZIG 35.

(62) PERNICE 388.

(63) HITZIG 35 A. 3 ; BURCKHARDT 137.

(64) BINDING 755 A. 6.

(65) So ausdrücklich BINDING 757 mit A. 10. Dagegen PERNICE 388 m.A. 37 ; BURCKHARDT 136f. ; LENEL, SZ 38, 286 ; gegen letzteren wiederum BINDING, SZ 39, 32.

Falles in einem dritten, die aquilianische Haftung betreffenden Paulustext:

D. 9, 2, 31 (Paulus 10 ad Sabinum):

Si putator ex arbore ramum cum deiceret (vel machinarius) hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius dixit, etiam si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

« Wenn ein Baumverschneider einen Ast hinunterwarf (oder ein Gerüstbauer etwas) und er einen vorübergehenden Sklaven getötet hat, so haftet er nur dann, wenn der Ast auf einen öffentlichen (Weg) fällt und der (Arbeiter) keine Warnung gerufen hat, durch die der Unfall hätte vermieden werden können. Doch Mucius sagte, auch wenn sich auf Privat(gelände) dasselbe ereignet, könne man wegen Fahrlässigkeit klagen. Fahrlässig sei es nämlich, etwas nicht vorauszusehen, was von einem Sorgfältigen vorausgesehen werden könne, oder dann erst zu warnen, wenn die Gefahr nicht mehr vermieden werden könne. Zufolge dieser Überlegung macht es nicht viel aus, ob er (der Verletzte) auf öffentlichem oder privatem Weg gegangen ist, da man häufig über Privatgrundstücke seinen Weg zu nehmen pflegt. Wenn allerdings kein Weg da ist, muß der (Täter) nur für Vorsatz einstehen; er darf (also) nicht auf jemanden werfen, den er vorbeigehen sieht. Denn (größere) Sorgfalt ist von ihm nicht zu verlangen, da er nicht ahnen konnte, daß an diesem Ort jemand vorübergehen würde. »

Wirft der Arbeiter einen Ast auf jemanden, den er daherkommen s i e h t, so ist dies nach dem vorletzten Satz dieses Textes — entgegen Binding — *dolus malus* und nicht mehr *culpa lata* (66). Gegen einen solchen Arbeiter wäre also (entgegen PS 5,

(66) Dies spricht letztlich entscheidend auch gegen BINDINGS Ausden-

23, 12) die gesetzmäßige Strafe zu verhängen; für eine (wenngleich geringe) Strafmilderung fehlte es an einem einleuchtenden Grund. Dem Sentenzenverfasser kam es im Gegenteil darauf an, die Sicherheit der Straßenpassanten zu gewährleisten. Gegen die viel häufiger auftretenden Fahrlässigkeiten mußten die Passanten aber weit eher geschützt werden als in dem doch sehr entlegenen Fall, wie ihn Binding sich zurechtlegte.

Zur haftungsrechtlichen Fahrlässigkeit machte nach dem dritten Text schon der republikanische Jurist Quintus Mucius Scaevola eingehende und wichtige Ausführungen, die ganz modern anmuten: *culpam esse, quod cum a diligente provideri poterit non esset provisum* (67). Verglichen mit dieser ausführlichen, auf die republikanische Zeit zurückgehenden *culpa*-Diskussion im Anwendungsbereich der *lex Aquilia* nimmt sich die Behandlung desselben Falles aus strafrechtlicher Sicht in der Sentenzenstelle dürftig aus: Über die Schuld des Ästefällers und ein eventuelles, dagegen abzuwägendes Selbstverschulden des Getöteten (68) schweigt sich dieser Text aus (69). Wird dem Arbeiter die Tatsache des unterlassenen Warnrufs als solche zum Vorwurf gemacht, so kann das nur dort gelten, wo eine Warnung geboten

tung des ersten Falles. Denn beide Beispiele will Paulus offensichtlich gleichstellen, vgl. PERNICE 388; nur im Ausgangspunkt, nicht im Ergebnis anders BURCKHARDT 135f. (gegen ihn krit. BESCHÜTZ 59f.)

(67) Auch für die kriminelle *culpa* verwenden diese Definition MOMMSEN 89 A. 1 und SCHAFFSTEIN 146. Für unecht erklären sie auch heute leider noch v. LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia* (1971) 99f. und WITTMANN 58f. A. 36; anders, in beifallswert gründlicher Textanalyse: SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia* (1969) 141ff., 145ff.; alle m. Lit.; dazu noch KASER, *Röm. Privatrecht* I² 504, II² 350.

(68) Dazu vgl. zuletzt WOLLSCHLÄGER, SZ 93 (1976) 127ff.; zu den Sportunfällen auch WACKE (u.A. 73). Zum erlaubten Risiko bei den Fahrlässigkeitsdelikten des geltenden Rechts namentlich G. JACOBS, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, in: Deutsche Landesreferate zum 9. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Teheran 1974, Beihefte zur Zeitschrift für die ges. Strafrechtswiss. (1974) 6ff., 12ff.

(69) Wie bereits BINDING, SZ 39, 33 und BURCKHARDT 137 bemerkten. Zum *non praeclamare* als Schuldvorwurf ansprechende Überlegungen bei BESCHÜTZ 60f. Weitaus differenzierter behandelt demgegenüber denselben Fall (wohl ebenfalls vom römischen Recht beeinflußt, vgl. o.A. 55) die *Lex Wisigothorum* 8, 3, 3; vgl. FRANK 33, BESCHÜTZ 77f.

war und der *praeteriens* befugtermaßen vorbeiging, also an einem öffentlichen Weg oder verkehrsreichen Privatweg. Und ein verspäteter Warnruf wäre dem unterlassenen gleichzustellen. Der Sentenzenverfasser, der möglicherweise aus umfassenderem Material des originalen Paulus schöpfte, wollte mit seinem offenbar verkürzenden Bericht vor allem dem Arbeiter seine Pflicht zur Verkehrssicherung nachdrücklich einschärfen. Die hohe Strafdrohung hat, wie aus den folgenden Beispielen noch deutlicher hervorgehen wird, hauptsächlich die kriminalpolitische Aufgabe der Abschreckung (70). Schon hier deutet sich überdies an, daß die strafrechtliche Fahrlässigkeitslehre der Römer im Vergleich zu ihrer zivilrechtlichen unterentwickelt und zurückgeblieben ist.

Die nach den beiden zuletzt behandelten Texten im Falle der Tötung eines Sklaven sich aufdrängende Frage nach dem Konkurrenzverhältnis von krimineller Bestrafung nach der *lex Cornelia de sicariis* und zivilrechtlicher Ersatzpflicht (und Buße) nach der *lex Aquilia* kann an dieser Stelle nicht vertieft werden (71).

(70) Ein Exempel sollte statuiert werden: BURCKHARDT 137; vgl. o. bei A. 64; u.A. 85.

(71) Für eine Kumulation sprechen deutlich Gordian C. 3, 35, 3 (241): *tam legis Aquiliae damni sarciendi gratia actionem quam criminalem accusationem adversus obnoxium competere posse non ambigitur*, und die ähnliche Formulierung mit *et...et* in Inst. 4, 3, 11. *Vel...vel* in der Parallelstelle Gai. 3, 213 ist nach LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im röm. Recht* (1972) 268f. vielleicht ebenso zu deuten. Ulpian D. 9, 2, 23, 9 sagt allerdings: *si lege Aquilia egerit, praeiudicium fieri Corneliae non debet.* Aber es fragt sich, ob damit eine Entscheidung über die Privathaftung vor durchgeführtem Strafprozeß verboten werden soll, oder ob dem Urteil im Privathaftungsprozeß nicht vielmehr nur die Präjudizwirkung auf den späteren Kriminalprozeß abgesprochen wird. Im ersten Sinne K. HACKL, *Praeiudicium im klass. röm. Recht* (1976) 174f.; dag. krit. LIEBS, SZ 94 (1977) 465; vgl. auch MARRONE, Labeo 24 (1978) 78f.; im zweiten Sinne HAUSMANINGER, *Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia* (1976) 57 (« Wenn er bereits aus der *lex Aquilia* geklagt hat, so soll die *Cornelia* dadurch nicht präjudiziert sein »). Aus der ält. Lit. noch REIN 258ff.

IV. Der Unfall beim « Prellen »

Wie die Römer in hochklassischer Zeit fahrlässige Tötungen kriminalrechtlich behandelten, beleuchtet am deutlichsten der anschauliche Unfall beim Prellen, der sich unter Hadrian in der spanischen Provinz Baetica ereignete:

Collatio 1, 11 (Ulpianus libro 7 de officio proconsulis) (72):

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

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

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

§ 4. *Et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut iustam provocare debet aut temperamentum admittere.*

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

§ 2. Die Worte der Anfrage und der Antwort lauten wie folgt: « Zwischen Claudius, bester Kaiser, und Evaristus habe ich festgestellt, daß Claudius, der Sohn des Lupus, bei einem Gastmahle, während er auf einem Mantel geprellt wurde, durch die Schuld des Marius Evaristus so schlecht

(72) Anfang und Schluß des Textes wurden auszugsweise in die Digesten aufgenommen : § 1 = D. 48, 8, 4, 1 ; § 3 Satz 2 und § 4 = D. 48, 19, 5, 2. Zu den textkritischen Problemen WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1959, Nachdr. 1975) 391f.

aufgefangen wurde, daß er am vierten Tage danach starb. Es hat sich herausgestellt, daß keine Feindschaft zwischen ihm und Evaristus war. Dennoch glaubte ich die aus Übermut (begangene) Fahrlässigkeit bestrafen zu müssen, damit die anderen jungen Leute dieses Alters gebessert würden. Deshalb habe ich den Marius Evaristus auf fünf Jahre aus der Stadt Rom, aus Italien und aus der Provinz Baetica verbannt und angeordnet, daß Evaristus zwecks Erstattung der Kosten zweitausend Sesterzen an den Vater des (getöteten) Jünglings zahlen solle, weil dessen Armut erwiesen war. Mögest Du bitte antworten. »

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

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

Bei einem Gastmahle prellten junge Leute einen anderen — wohl einen Tischgenossen — auf einem ärmellosen Soldatenmantel (*sagum*), d.h. sie faßten eine Art Wolldecke oder kräftiges Stück Tuch an den Rändern und warfen den Geprellten damit fortlaufend in die Höhe. Dieses derbe Spiel erfreute sich anscheinend gerade in Spanien besonderer Beliebtheit (73). Der

(73) Zu den sprach- und kulturgeschichtlichen Aspekten des Volksbrauchs anschaulich H. SCHULZ, *Prellen*, in KLUGES Zeitschr. f. deutsche Wortforschung 9 (1907) 102ff.; BESELER, *Juristische Miniaturen* (1929) 45ff.; jetzt WACKE, *Unfälle bei Sport und Spiel nach römischem und geltendem Recht*, in: Stadion, Zeitschrift für die Geschichte des Sports und der Körperkultur 3 (Köln/Leiden 1978) 33ff. Aus der dort angeführten reichen Literatur zu der oftmals behandelten Textstelle sind hervorzuheben bzw. nachzutragen: LÖFFLER 83f., 104ff.; DE DOMINICIS, *La ratio delle espressioni « admissum, commissum, culpa » nella terminologia del diritto criminale romano*, in: Atti del Reale Istituto Veneto 92 II (1932-33) 1215ff., 1260ff. (der Neuabdruck in *Studi vari di storia del dir. rom.*, Padova 1950 ist mir nicht zugänglich); CONDANARI 71; BONINI, RISG n. S. 10 (1959) 164ff. m.A. 149 (vgl. u.A. 140); DELL'ORO, *I 'libri de officio' nella giurisprudenza romana* (1960) 158f.; POLARA 119ff. CASAVOLA (u.A. 152) 149f.; WACKE, *Ein Unfall beim Prellen*, in: Rhein. Museum f. Philol. 1979/80, kürzer in: Jurist. Schulung 1979; DERS., *Eine Nachlese zum*

Geprellte, Claudius Lupus, wurde hier aber durch ein Versehen des Angeklagten, Marius Evaristus, so schlecht aufgefangen (74), daß er unglücklich zu Boden fiel und am vierten Tage darauf starb. Der über den Strafrechtsfall zu Gericht sitzende Statthalter klärt den Sachverhalt sorgfältig auf. Er zieht in Erwägung, daß der Angeklagte den Tod durch absichtliches Fallenlassen bezweckt haben könnte; dann — nur dann — wäre nach den obigen Ausführungen die *lex Cornelia* erfüllt. Der Gerichtsherr stellt jedoch fest, daß keine Feindschaft zwischen dem Getöteten und dem Schuldigen bestand. Im Wege des Indizienbeweises schließt er hieraus auf den fehlenden Vorsatz des Angeklagten (75).

Anders deutet den Sachverhalt wiederum Binding (76): Aus den Worten *lascivia* und *cupiditatis culpa* im Text folgert er, daß der Angeklagte zwar nicht den Tod beabsichtigt, aber doch aus Frivolität, um dem Geprellten einen bösen Streich zu spielen oder einen Denkzettel zu erteilen, es mutwillig dahin gebracht habe, daß dieser zu Boden fiel. Bereits Pernice (Anm. 76) vermochte jedoch « diesem Höhenflug einer Staatsanwaltsphantasie » nicht zu folgen; mit Recht sah er in dem Prellen « nur den beliebten Sport der römischen Goldjugend », also eine zwar nicht ganz ungefährliche, aber im großen und ganzen doch harmlose und volkstümliche Neckerei. '*Lascivia*' bedeutet daher nicht

Volksbrauch des Prellens, in : Österr. Zeitschr. f. Volkskunde 82 (1979) 151-166.

(74) § 2: *culpa Marii Evaristi ita male acceptus sit, ut...* Diesen Teil der Sachschilderung übersahen BURCKHARDT 144 und HITZIG 32 in ihrer Meinung, die spezielle Ursache der Verletzung bzw. das Verschulden des Angeklagten seien im Text nicht näher bezeichnet.

(75) Ähnlich zur Brandstiftung s. Callist. D. 48, 19, 28, 12 (unten X). Nicht beabsichtigt war danach vom Täter jedenfalls die Todesfolge, aber wohl nicht einmal eine Körperverletzung (Gliederbruch und Schmerzen). Selbst bei nachweisbarer Absicht einer Körperverletzung war diese mit der bei Freien einzig zuständigen, aber unvererblichen privaten Injurienklage (unten IX) entgegen FERRINI 100 m.A. 2 nach dem Tode des Verletzten nicht mehr verfolgbar; vgl. Ulp. D. 47, 10, 13 pr.; RABER 38.

(76) *Normen* II 763; dagegen einhellig PERNICE 382 A. 17; BURCKHARDT 144 f. (m. A. 3); LÖFFLER 105f.; HITZIG 33 A. 2; BESELER, *Beitr.* IV (o.A. 9) 244f.

mehr als der in der angeheiterten Laune des Gastmahls (wo man gewiß auch reichlich Wein ausschenkte) betriebene übermütige Scherz, die tolle Leidenschaft oder zügellose Ausgelassenheit (77). Die peinliche Gerichtsordnung Karls V. verwendete hierfür den neuerdings wieder in Mode gekommenen Ausdruck «Geilheit» (78).

Obschon der Prellunfall mangels Vorsatzes demnach nicht unter das Mordgesetz fiel, spricht der Statthalter den Angeklagten nicht frei, sondern er bestraft ihn aufgrund seiner Koerzitionsgewalt (s. *coercendum* im Text) mit fünfjähriger Verbannung, einer auch für *honestiores* milderen Strafe als für Mord (79). Das Erfordernis der gesetzlich vorbestimmten Strafe, in der Neuzeit seit Feuerbach zusammengefaßt in dem Satz *nullum crimen, nulla poena sine lege* (80), galt in Rom zwar für den Kernbereich der Kapitaldelikte (81). Zur Ahndung weiterer Vergehen, darunter auch einer fahrlässigen Tötung, hatten die Gerichtsmagistrate jedoch eine darüber hinausgehende, ihrem Ermessen anvertraute Strafkompetenz (82). An feste Tatbestände war diese

(77) Zu dieser Bedeutung von *lascivia, luxuria, cupiditas* im Sinne von Fahrlässigkeit namentlich PERNICE 380ff.; BURCKHARDT 142ff.; LÖFFLER 83 f., 99-110. Über *cupiditatis culpa* bes. DAUBE, *A meaning of cupiditas*, Studi De Francisci I (1956) 124ff.

(78) Art. 146 CCC: «Aber dennocht ist meher Barmhertzigkeit bei sollichen entleibungen, die ungefehrlich, auß geylheitt oder unfursichtigkeitt, doch wider des thätters willen geschehen, zu haben». Der Klagspiegel, hinsichtlich des Fahrlässigkeitsbegriffs ein Vorläufer von Bambergiensis und Carolina (BESCHÜTZ 136), bemerkt zu *per lasciviam:* «durch geylheit oder ein böss exempel». Geilheit meint grobe, aber nicht notwendig bewußte Fahrlässigkeit, s. H. KOLLMANN, *Die Schuldauffassung der Carolina*, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 34 (1913) 605, 631ff., gegen BESCHÜTZ 131ff.; auch BINDING 759 A. 16.

(79) Zu den Strafen für Mord vgl. MOMMSEN 631f., 650f. Zur Verbannungsstrafe bes. HOLTZENDORFF, *Die Deportationsstrafe im röm. Altertum* (1859, Neudr. 1975).

(80) Vgl. SCHOTTLÄNDER, *Die geschichtl. Entwicklung des Satzes nulla poena sine lege* (Strafrechtl. Abh. Nr. 132, 1911); JESCHECK (u.A. 195) § 15 II; jetzt H.-L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter: Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen* etc. (Frankfurt/M. 1976; dazu die Rez. RICHTER, *Juristenzeitung* 1977, 766).

(81) Vgl. SIBER (u.A. 82) 36.

(82) SCHULZ, *Prinzipien des röm. Rechts* (1934, Neudr. 1954) 118f. (auch

Koerzitionsgewalt ebensowenig gebunden wie die Disziplinargewalt zur Ahndung von Dienstvergehen im modernen Beamtenrecht. Deren Ausübung bedeutete für die Imperiumsträger dennoch nicht Willkür, sondern pflichtgemäße Erfüllung ihres Amtes ([83]). Die Strafzumessung war auch nicht ediktal, sondern arbiträr oder dekretal; es galt also nicht einmal der Satz *nulla poena sine edicto* ([84]). Dem Statthalter erschien hier angezeigt, « die aus Übermut begangene Fahrlässigkeit zu bestrafen, damit die übrigen jungen Leute dieses Alters gebessert würden ». Der Gerichtsherr will also keine Vergeltung üben, auch nicht den Täter bessern, sondern andere Jünglinge abschrecken ([85]). Dieser Gedanke der Generalprävention läßt auf eine weite Verbreitung des in übermütiger Laune betriebenen, nicht ungefährlichen Prellens schließen (vgl. o.A. 73). Deutsche Rechtsquellen der Aufklärungszeit untersagten in ähnlicher Weise bestimmte Volksbräuche wegen der damit verbundenen Unfallgefahren ([86]). Vor der Vollstreckung des auf Verbannung lautenden Urteils bittet der Statthalter den Kaiser sicherheitshalber um dessen Bestätigung; offenbar will er die Verantwortung bei der offenen Rechtsfrage nicht ganz auf sich allein nehmen.

zur Stelle); grundlegend SIBER, *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrecht des röm. Freistaats* (Sächs. Akad. Wiss., phil.-hist. Kl. 43 Nr. III, 1936) 24ff. und LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht, 1. Teil: die Strafzumessung*, BIDR 45 (1938) 57ff. = *Gesammelte Schriften* II (1963) 433ff. (461f. z.d.St.). Überblick über die in der *extraordinaria cognitio* abgeurteilten Vergehen bei MOMMSEN 193ff.; BRASIELLO (o.A. 59) 189ff. passim.

(83) SIBER 32ff.

(84) SIBER 39; LEVY passim.

(85) BESELER, *Jurist. Miniaturen* 47; DE ROBERTIS, *La funzione della pena*, in *Studi Solazzi* (1948) 169ff., hier 185 m. A. 83. Der Fall war nicht ganz ohne Vorbild: Als 27 n. Chr. beim Einsturz eines grob leichtfertig errichteten hölzernen Amphitheaters in Fidenae nördlich Rom 50.000 Menschen zu Schaden kamen, mußte der für den Bau verantwortliche Freigelassene Atilius in die Verbannung gehen (vgl. heute § 330 StGB); Tacitus, *Annales* 4, 62f.; M. GRANT, *Die Gladiatoren* (1970) 64f. — Zur Strafschärfung, falls dies nötig ist, um ein Exempel zu statuieren, vgl. Cl. Sat. D. 48, 19, 16, 10; dazu BONINI, RISG 10 (1959) 168ff., 175ff.

(86) Vgl. Eb. Frh. v. KÜNSSBERG, *Rechtsgeschichte und Volkskunde* (1965) 6f., 34f.

Hadrian reskribiert dazu kurz: « Die Strafe des Marius Evaristus hast du, Taurinus, zu Recht nach dem Grade der Schuld bemessen. Auch bei schwereren Delikten kommt es nämlich darauf an, ob etwas absichtlich begangen wurde oder zufällig » ([87]). An dieser Begründung fällt auf, daß Hadrian nur *consulto* und *casu* einander gegenüberstellt, also Absicht und Zufall. Der *casus* führt aber nicht (wie nach dem zivilrechtlichen Verschuldensprinzip naheliegend) zum gänzlichen Ausschluß der Verantwortlichkeit, sondern nur zu einer Strafmilderung (*temperamentum*), die Hadrian zufolge dem Maße des Verschuldens in unserem Fall angemessen ist. Der strafrechtliche *casus*-Begriff entspricht daher nicht dem zivilrechtlichen ([88]), sondern bedeutet nur fehlenden Vorsatz, der aber die Vorwerfbarkeit nicht notwendig ausschließt. *Casus* und *culpa* (oder *lascivia*) bilden daher im römischen Strafrecht keine Gegensätze. Beide Begriffe werden nicht scharf getrennt (wie etwa bei Anwendung der *lex Aquilia*) ([89]); der weitergehende strafrechtliche *casus*-Begriff kann vielmehr fahrlässiges Verhalten mit umfassen. Die das strafrechtliche Denken der römischen Juristen beherrschende Alternative zwischen Vorsatz und Nichtvorsatz verhinderte das Aufkommen einer festen Kategorie der kriminellen Fahrlässigkeit; sie ist ihnen nur ein Teilausschnitt kasueller, d.h. unabsichtlich herbeigeführter Unglücksfälle, soweit sie dem Täter trotz fehlendem *dolus* dennoch zurechenbar sind ([90]).

(87) Nach *refert enim et in maioribus delictis* muß diese Unterscheidung bei minder schweren Vergehen schon früher anerkannt worden sein. Vgl. zur Brandstiftung unten X, zur Gefangenenbefreiung u. XI 2.

(88) S. zu dieser abweichenden Bedeutung J.C. Hasse, *Die culpa des röm. Rechts* [2](1838, Neudr. 1963) 417f.; Rein 165ff.; Pernice 373; Ferrini 103; Heumann/Seckel, *Handlexikon* [9](1907, Neudr. 1971) s.v. *casus* Nr. 3c; Polara 136ff. Auf einer Verkennung dieses Bedeutungsunterschieds beruht der Verdacht von Albertario, *Studi di dir. romano* III (1936) 158f. gegen den Schluß des Textes; gegen ihn zutr. Wieacker 392 und G. Longo, *Delictum e crimen* (Milano 1976) 12ff.; auch Lauria, SDHI 4 (1938) 187.

(89) Vgl. etwa Gai. 3, 211: *itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.* Noch deutlicher Alf. D. 9, 2, 52, 4: *respondi non posse (lege Aquilia agere), cum casu magis quam culpa videretur factum.*

(90) Auf die vom Verurteilten an den armen Vater des getöteten Jüng-

V. Die unvorsätzliche Tötung durch Medikamente

1. Nach dem Ergebnis der vorstehenden Untersuchung bleiben unvorsätzliche Tötungen, selbst wenn grobfahrlässig begangen, nach der Gesetzeslage straflos. Vor dem Forum der Statthalter wurden nicht alle, sondern nur besonders schwere Fälle von Fahrlässigkeit mit einer arbiträren Strafe belegt (für die sich aufgrund von Präjudizien allerdings wohl allmählich festere Grundsätze herausbildeten). Straflos blieb dagegen, nach allgemeiner Meinung der Fachgelehrten ([91]), jede leichte Form von Fahrlässigkeit, im bezeichnenden Gegensatz zur Privathaftung nach der *lex Aquilia,* für die bekanntlich *culpa levissima* genügt ([92]). Für strafwürdig gehaltene Fälle schwererer Fahrlässigkeit sind nach Paulus die verkehrsgefährdende *culpa* des Baumverschneiders, nach Taurinus das kriminalpolitische Bedürfnis, gegen die überhandnehmende *lasciviа* oder *cupiditas* des Prellens ein Exempel zu statuieren.

2. Ein Bedürfnis für kriminelle Bestrafung empfanden die Römer besonders gegenüber der mißbräuchlichen Verabreichung von Medikamenten; Vergiftungen waren ihnen, wie schon die spezielle Strafdrohung gegen Giftmischer im 5. Kapitel der

lings nach dem Spruch des Statthalters *impendii causa* zu zahlenden 2000 Sesterze kommt das überlieferte Kaiserreskript nicht zu sprechen. Die geringe Summe ist nicht Schadensersatz für den Tod, sondern nur Erstattung der durch den Tod erwachsenen Auslagen (insbes. der Beerdigungskosten), s. WACKE (o.A. 73); dazu noch MARCHI, BIDR 16 (1904) 235f.; BONINI, RISG 10 (1959) 166f. A. 156; Rechtsgrundlage bildete vermutlich eine Analogie zur *lex Aquilia,* vgl. BIRNBAUM (o.A. 1) 542, nicht die *actio iniuriarum* (gegen FERRINI 100 s.o. A. 75). WITTMANN aaO übersah den Text offenbar ebenso wie die einschlägige Abh. von SANFILIPPO, *Il risarcimento del danno per l'uccisione di un uomo libero nel dir. rom.*, Annali Catania 5 (1950-51) 118-131 (z.St. 129f.). Zu dem der Mutter einer ermordeten Prostituierten wegen des entgehenden Unterhalts zugesprochenen Schadensersatz in BGU IV 1 Nr. 1024[8] S. 21 Z. 11ff. s. SCHULZ (o.A. 82) 119 A. 58.

(91) Vgl. bereits BIRNBAUM 538ff.; MOMMSEN 839f.; neuerdings etwa A. LEBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique* (1967) 70ff.; GENIN (o.A. 48) 100ff.; GIOFFREDI aaO.

(92) Ulp. D. 9. 2. 44 pr.; MAYER-MALY, AcP 163 (1964) 114ff.; KASER, RP I[2] 504.

lex Cornelia zeigt ([93]), wohl nicht ohne Grund besonders unheimlich. Zur Erläuterung dieser Gesetzesvorschrift, speziell des Begriffs *venenum malum*, erklärt Marcian:

> D. 48, 8, 3, 2 (Marcianus libro 14 institutionum): ... *sed hoc solum notatur in ea lege, quod hominis necandi causa habet. sed ex senatus consulto relegari iussa est ea, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea quae acceperat decesserit.*

Nur solche Drogen seien von diesem Gesetz gemeint, die den Tod eines Menschen bewirken können. Ein ergänzender Senatsbeschluß habe jedoch die Verbannung einer Frau angeordnet — nicht ihrer bösen Absicht, aber des schlechten Beispiels wegen — die ein Mittel gegen Unfruchtbarkeit ([94]) verabreichte, an dessen Einnahme die Empfängerin gestorben war. Die Angeklagte war wohl weniger eine Ärztin als vielmehr eine Hebamme ([95]) oder gar eine « weise Frau », die aus dem Aberglauben ihres tragischen Opfers ihr Geschäftchen zu machen verstand. Die Relegationsstrafe ist im Vergleich zu den folgenden Fällen milde, sie entspricht aber der Entscheidung im Prellunfall. Vielleicht waren beide Angeklagten *honestiores* ([96]). Nach dem charakteristischen Wortspiel '*non quidem malo animo, sed malo exemplo*' vertritt das schlechte Beispiel gleichsam die fehlende Tötungsabsicht. Mit dem kriminalpolitischen Abschreckungsbedürfnis, der Furcht vor Nachahmung, wird auch hier die Fahrlässigkeitsbestrafung gerechtfertigt (vgl. schon o.A. 85).

3. Durch einen anderen Senatsbeschluß wurde festgelegt, daß Salbenhändler, die leichtsinnigerweise (*temere*) bestimmte ge-

(93) D. 48, 8, 3 pr.; REIN 426ff.; MOMMSEN 635ff. Den Giftmord erklärt Caracalla C. 9, 18, 1 für verwerflicher als die Tötung mit dem Schwert. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Ärzte allg. BELOW, *Der Arzt im röm. Recht* (1953) 122ff.

(94) MOMMSEN 637 A. 3. Manche verwechselten es mit einem Abtreibungsmittel; dagegen NARDI, *Il procurato aborto nel mondo greco romano* (1971) 455f. m. reicher Lit. in A. 360.

(95) BELOW 128.

(96) Für den empfängnisfördernden Trunk ergibt dies deutlich der Vergleich zu PS 5, 23, 19.

fährliche Präparate verabreichen, ebenfalls nach dem sullanischen Gesetz bestraft werden sollen (Marcian D. 48, 8, 3, 3).

4. Fehlender *dolus* und schlechtes Beispiel werden gleichfalls einander gegenübergestellt in:

> Pauli Sent. 5, 23, 14 (97):
> *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi id dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. quod si ex hoc mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur.*
> « Diejenigen, welche Abtreibungsmittel oder Liebesträuke verabreichen, werden, wenngleich sie dies nicht in böser Absicht tun, dennoch des schlechten Beispiels wegen als Personen niederen Standes zu Bergwerksarbeit (verurteilt); Angehörige höheren Standes werden auf eine Insel verbannt und verlieren einen Teil ihres Vermögens. Wenn aber infolgedessen eine Frau oder ein Mann ums Leben kommt, erleiden sie die Todesstrafe. »

Die Verabreichung von Abtreibungsmitteln und Liebesträuken wird als Gefährdungsdelikt auch ohne Todesfolge bereits schwer bestraft; offenbar weil hier Scharlatane mit dem Aberglauben ihrer Mitmenschen gute Geschäfte machten (98). Mögen sie auch weder töten noch betrügen wollen, so soll ihren Praktiken doch ein Riegel vorgeschoben werden (99). Sogar die Todesstrafe soll eintreten, wenn ein Mensch infolge des verabreichten Abtreibungs- oder Liebestranks stirbt (100). Durch diese Strafschärfung erscheint die mißbilligte Handlung als erfolgsqualifiziertes Delikt (wegen eines *versari in re illicita*): Ob die Todes-

(97) Wörtlich gleichlautend (mit geringfügigen Abweichungen): D. 48, 19, 38, 5. Dazu umfassende Lit.-Nachw. bei NARDI 433-441; zum *malum exemplum* bes. 435 A. 323; dazu auch HEUSLER 57 A. 52.

(98) REIN 427f., 448; MEISTER, *Über die Bestrafung einer Tödtung durch Liebesträuke*, Neues Archiv des Criminalrechts 2 (1818) 477ff.

(99) « Diese Unsitte der Liebesträuke und anderer unnatürlicher Mittel soll mit Stumpf und Stiel ausgerottet werden »: BURCKHARDT 132.

(100) Praktisches Beispiel: Der berühmte Lucullus starb infolge eines ihm von seinem Freigelassenen gegebenen Liebestranks: REIN 428 m. Nachw.

folge fahrlässig verursacht wurde, wird (anders als nach modernem deutschem Recht, § 18 StGB) anscheinend nicht besonders geprüft.

5. Unverständlich hart ist die Strafe für den Fall, daß ein echtes Heilmittel zum Tod eines Menschen führt:

> Pauli Sententiae 5, 23, 19:
> *Si ex eo medicamine, quod ad salutem hominis vel ad remedium datum erat, homo perierit, is qui dederit, si honestior sit, in insulam relegatur, humilior autem capite punitur.*
>
> « Wenn durch eine Arznei, die zur Gesundung oder Heilung eines Menschen gegeben wurde, der Mensch gestorben ist, so wird, wer sie verabreicht hat, als *honestior* auf eine Insel verbannt, als *humilior* aber mit dem Tode bestraft. »

Welcher Arzt konnte bei der angedrohten Verbannung, ja gar der Todesstrafe für *humiliores* noch ruhigen Gewissens seinen Beruf ausüben? Eine Garantie für die Unschädlichkeit des Mittels oder gar für dessen heilende Wirkung kann doch niemand übernehmen. Nach D. 1, 18, 6, 7 haftet der Arzt aber nur für *imperitia*, nicht für den *eventus mortalitatis* ([101]). Man muß daher wohl auch hier unterstellen, daß der Jurist von einem fahrlässigen Verhalten des Arztes ausgeht, indem dieser etwa ein erkennbar nicht unschädliches Mittel oder eine viel zu hohe Dosis oder ein absolut ungeeignetes Präparat verabreichte ([102]).

(101) D. 1, 18, 6, 7 (Ulpianus libro 1 opinionum): *Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet.* Dazu BELOW 111f.; SANTALUCIA, *I libri opinionum di Ulpiano* II (1971) 31ff.; G. LONGO 15f. Zur *imperitia*-Haftung der Ärzte allg. BELOW 84, 110ff. Der zweite Satz entwirft kein besonders freundliches Bild vom allgemeinen Stand der medizinischen Ausbildung und verpflichtet den Statthalter vor allem, die ärztliche Scharlatanerie zu bekämpfen: « Unter dem Vorwand menschlicher Gebrechlichkeit darf das Vergehen desjenigen, der in Gefahr befindliche Menschen (scil. über seine medizine Fachkunde) täuscht, nicht ungestraft bleiben. »

(102) Vgl. BELOW 126f.; auch SANTALUCIA 33 nimmt « una medicina inadatta » an. Zu ergänzen wäre etwa *is qui perperam* (oder *temere*) *dederit*, vgl. Gai. D. 9, 2, 8 pr. Für *dolus* des Arztes sogar BURCKHARDT 132 A. 4; für Erfolgshaftung umgekehrt WITTMANN 50 A. 11.

Ob die ungeschickte, zu kurze Ausdrucksweise auf das Konto des Sentenzenverfassers geht oder bereits auf der Unzulänglichkeit seiner Vorlage beruht, muß offen bleiben.

VI. Die grundsätzliche Straflosigkeit ungewollter Tötungen

Aus den bisher betrachteten Quellen ist nicht zu schließen, daß die Römer fahrlässige Tötungen stets bestraft hätten. Es sind vielmehr Ausnahmefälle, in denen ein bestimmtes gefährdendes Tun typischerweise geeignet ist, andere zu schädigen: das Ästefällen an belebten Straßen, das Prellen, das Feilhalten von Giften und die Verabreichung anderer gesundheitsschädlicher Präparate. Die Bestrafung soll hier andere Täter von der Nachahmung dieser schlechten Beispiele abschrecken. Von diesen Fällen abgesehen bleibt die fahrlässige Tötung im Grundsatz straflos. Bereits Hadrian hat diesen Grundsatz bekräftigt, von dem uns im Prellunfall der erste sichere Fall extraordinärer Bestrafung einer fahrlässigen Tötung überliefert ist (oben IV). So berichtet Marcian D. 48, 8, 1, 3: *Divus Hadrianus rescripsit eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse...* Ulpian bestätigt dies in coll. 1, 6, 1-2: *Distinctionem casus et voluntatis in homicidio servari rescripto Hadriani confirmatur. Verba rescripti: 'Et qui hominem occidit absolvi solet, sed si non occidendi animo id admisit...'* Daß bei dieser « Unterscheidung zwischen Zufall und Willen » die Fahrlässigkeit dem *casus* zugerechnet wird, folgt aus Paulus coll. 1, 7, 1: *Qui hominem occidit, aliquando absolvitur...: consilium enim uniuscuiusque, non factum puniendum est. Ideoque... is, qui casu iactu teli hominem imprudenter ferierit, absolvitur.* Den in diesen Zeugnissen zum Ausdruck kommenden Grundsatz des Willensstrafrechts, wie ihn das römische Denken beherrscht, bekräftigt schließlich das kurze Fragment aus Callistratus D. 48, 8, 14: *Divus Hadrianus rescripsit: in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (103). Spätere Kaisererlasse stellen diesen

(103) Zu den vier Texten zuletzt eingehend POLARA 108-118; zum letzten auch BONINI, *I libri de cognitionibus di Callistrato* I (1964) 106ff.; ferner CASAVOLA, ANRW II 15 (1976) 148f.; vgl. TALAMANCA, BIDR 80 (1977) 286f. A. 193.

Grundsatz niemals infrage, sondern bestätigen die Straflosigkeit unabsichtlicher Tötungen ausdrücklich: Bei dem rein objektiv gefaßten Tatbestandsmerkmal '*qui hominem occiderit*' der *lex Cornelia de sicariis* scheint es zwecks Vermeidung von Auslegungszweifeln wiederholt nötig geworden zu sein, die Petenten darüber zu beruhigen, daß straffrei ausgehe, wer *non occidendi animo* getötet habe. Betrachten wir drei Kaiserreskripte aus dem Titel '*De casualibus homicidis*' der Collatio in ihrer zeitlichen Reihenfolge:

> Coll. 1, 8, 1 (Imp. Antoninus A. Aurelio Herculano et aliis militibus):
> *Frater vester rectius fecerit, si se praesidi provinciae optulerit: cui si probaverit non occidendi animo Iustam a se percussam esse, remissa homicidii poena secundum disciplinam militarem sententiam proferet.* (a. 215)
>
> « Euer Bruder hätte besser daran getan, wenn er sich dem Provinzialpräsidenten gestellt hätte: Wenn er diesem beweisen wird, daß er nicht in Tötungsabsicht die Justa geschlagen habe, so wird jener von der Strafe wegen Mordes absehen und gemäß der militärischen Zucht sein Urteil fällen. »

Mit ihrer Eingabe an den Kaiser Caracalla verwandten sich mehrere Soldaten für ihren Bruder, der, in eine Affäre mit einer Frau verwickelt (104), diese durch Schläge getötet hatte. Auf die Anklage hat sich der Beschuldigte nicht vor dem Provinzialpräsidenten eingelassen, sondern ist vermutlich aus Furcht vor Strafe desertiert (105) (anderenfalls hätte er zwangsweise vorgeführt werden können). Beim Nachweis fehlender Tötungsab-

(104) In dem von den Kompilatoren überarbeiteten Paralleltext C. 9. 16, 1 pr. ist das Opfer ein Mann (*Iustum* statt *Iusta*). Die Codexfassung legt zugrunde L. HUCHTHAUSEN, *Soldaten des 3. Jahrhunderts u. Z. als Korrespondenten der kaiserlichen Kanzlei*, in: « Altertumswissenschaft mit Zukunft », Sitzungsberichte... der Akad. der Wiss. der DDR (Berlin 1973 Heft 2) 18-51, hier 32f., mit allerdings recht weitreichenden Schlußfolgerungen. Die Fassung der Collatio ist jedoch vorzuziehen. Auch *cui* (coll.) ist besser als *qui* (C.), vgl. WENIG (u.A. 189) 231 und die Textausgaben.

(105) HEUSLER 46f.

sicht ([106]) soll der Gerichtsherr auf die Verhängung ([107]) der Kriminalstrafe wegen Mordes verzichten und nur eine militärische Zuchtmaßnahme ergreifen: nach meiner Auslegung eine reine Disziplinarstrafe, vermutlich weil der beschuldigte Soldat aus dem Dienst entflohen ([108]), nicht aber weil er ungewollt am Tode des Opfers schuldig geworden ist ([109]). Eine straflose unvorsätzliche Tötung nahmen wohl auch Justinians Kompilatoren an, die diesen Text mit dem folgenden zu einer Einheit verschmolzen ([110]). Die folgende, von Alexander Severus erlassene Konstitution ist in einem belehrenden Tonfall sehr allgemein gehalten und gibt über den Sachverhalt nichts her:

Coll. 1, 9, 1 (Imp. Alexander A. Aurelio Flavio et aliis militibus):
Si modo pro quo libellum dedistis, non dolo praestitit mortem, minime perhorrescat: crimen quippe ita contrahitur, si et voluntas occidendi intercedat. ceterum ea, quae ex

(106) Zur Beweisfrage unten XII 2.

(107) *Remittere homicidii poenam* «die Strafe erlassen, auf sie verzichten» meint wohl nur die wegen des Anklagevorwurfs drohende Strafe, nicht eine bereits verhängte. Dann müßte eine Verurteilung in Abwesenheit des Angeklagten ergangen sein, was nach D. 48, 19, 5 pr. verboten ist, und von einer *in integrum restitutio* ist im Text überdies keine Rede.

(108) Zur Desertionsstrafe vgl. Mod. D. 49, 16, 3 pr.ff., 5 pr.ff. Zur Verbannung als *indulgentia* gegenüber dem Deserteur, *qui se optulerit*, bes. D. 49, 16, 5, 2 und 13, 6. Über militärische Disziplinar- und Kriminalstrafen überblicksweise E. Sander, *Das röm. Militärstrafrecht*, in: Rhein. Museum f. Philologie 103 (1960) 289-319; C.E. Brand, *Roman Military Law* (London 1968) 32ff. und V. Giuffrè, *La letteratura de re militari* (1974) 87ff., zur Desertion 91ff., z.d. St. 79.

(109) Nach den Basiliken 60, 39, 13 (Heimbach V 767f., bes. deutlich dazu das Scholion 4) sei dagegen einem Soldaten die fahrlässige Tötung nicht zu verzeihen, da er ja regelmäßig schärfer bestraft werde als ein Zivilist. Dementsprechend hielt Mommsen 839 A. 6 die unvorsichtige Tötung kriegsrechtlich für ein Disziplinarvergehen. Für eine Strafschärfung wegen Desertion Heusler 46f., aber sein Beleg D. 49, 16, 5, 2 betrifft Straftaten von bereits desertierten Soldaten.

(110) C. 9, 16, 1. Dazu die Ang. in Broggini, *Index Interpolationum* (1969) 146 und Polara 122f. A. 56. Die *voluntas occidendi* veränderten die Kompilatoren in eine *voluntas nocendi*, dazu Wenig (u.A. 189) 234.

improviso casu potius quam fraude accidunt, fato plerumque, non noxae inputantur. (a. 222)

« Wenn nur derjenige, für den ihr euch in eurer Bittschrift verwendet, nicht vorsätzlich den Tod verursachte, so hat er gar nichts zu befürchten: Ein Verbrechen wird nämlich nur begangen, wenn auch der Wille zu töten hinzutritt. Was sich hingegen eher aus unvorhersehbarem Zufall denn aus verwerflicher Absicht ereignet, ist gewöhnlich als Schicksalsschlag und nicht als schädigende Handlung aufzufassen. »

Danach kann der Beschuldigte wegen unvorsätzlicher Tötung überhaupt nicht bestraft werden, weil zu einem *crimen* die *voluntas occidendi* nachgewiesen werden muß ([111]). Eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit wäre nach obigen Ausführungen zum Prellunfall trotz des hier verwendeten Ausdrucks *casus* zulässig; von ihr ist jedoch keine Rede, was bei einem so sehr ins Prinzipielle gehenden Text besonders auffällt.

Diese eindrucksvolle Serie an Quellenzeugnissen beleuchtet deutlich die große Liberalität des stark auf eine Pönalisierung des kriminellen Willens konzentrierten öffentlichen Strafrechts der Römer, in der Republik wie unter dem Prinzipat. Fast scheint es hiernach, als sei Hadrians erster Ansatz, die Strafbarkeit (wie im Prellunfall) auf einzelne Fälle fahrlässiger Tötungen zu erweitern, von ihm selbst wie von seinen Nachfolgern nicht mehr beachtet worden ([112]). Die Betonung der Alternative zwischen absichtlicher und unabsichtlicher Tötung mag im Ursprung mit der Gerichtsverfassung zusammenhängen: Für die unter die *lex Cornelia* fallenden Verbrechen waren die Schwurgerichte zuständig; fahrlässige Tötungen waren dagegen, wie dargelegt, nur *extra ordinem* strafbar. Verneinte daher das Quästionengericht in der Beweiswürdigung den Vorsatz eines

(111) Zu *crimen contrahere* vgl. WUNNER, *Contractus, sein Wortgebrauch und Willensgehalt* (1964) 19.

(112) Aufgrund dieses insoweit zutreffenden Eindrucks der hier vorgelegten Quellen ließ sich BINDING zu der weitergehenden, aber wie gezeigt unhaltbaren Folgerung verleiten, die *culpa* sei niemals bestraft worden und die entgegenstehenden Quellenbelege behandelten keine echten Fahrlässigkeitsdelikte, vgl. zuletzt SZ 39, 33.

Angeklagten, so mußte es ihn freisprechen; zu der Feststellung, daß eine fahrlässige Tötung vorliege, war es nicht berufen ([113]). Das Fehlen jedes Hinweises auf die Möglichkeit einer extraordinären Bestrafung in den vorliegenden Reskripten ist dennoch auffällig; zumal die Einsetzung der Geschworenenbank in den Provinzen dem Statthalter oblag und die unterschiedlichen Kompetenzen sich dadurch verwischten ([114]).

Beibehalten wurde die grundsätzliche Straflosigkeit unvorsätzlicher Tötungen auch unter dem Dominat, obschon Diokletian die Gerichtsverfassung grundlegend umgestaltet hatte ([115]):

> Coll. 1, 10, 1 (Exemplum sacrarum litterarum Diocletiani et Maximiani AA. Agathoni):
>
> *Qualitas precum Iuli Antonini clementiam nostram facile commovit: quippe quod adseveret homicidium se non voluntate sed casu fortuito fecisse, cum calcis ictu mortis occasio praebita videatur. quod si ita est neque super hoc ambigi poterit, omni cum metu ac suspicione, quod ex admissae rei discrimine sustinet, secundum id quod adnotatione nostra comprehensum est, volumus liberari.* (a. 290)
>
> « (Abschrift eines kaiserlichen Briefes von Diokletian und Maximian an Agatho):
>
> Der Inhalt des Bittschreibens von Iulius Antoninus bewegt uns gern zur Milde: Weil er nämlich beteuert, den Totschlag nicht mit Absicht begangen zu haben, sondern infolge eines unglücklichen Zufalls, da ein Stoß mit der Ferse den Tod veranlaßt habe. Falls es sich so verhält und darüber kein Zweifel bestehen kann, so wollen wir, daß er von jeder Furcht und allem Verdacht, den er durch die Gefährlichkeit der begangenen Tat auf sich geladen, dem Inhalt unserer Resolution gemäß freigesprochen werde. »

(113) PERNICE, *Der verbrecherische Vorsatz im griech.-röm. Rechte* SZ 17 (1896) 205, hier 248; CONDANARI, 71 A. 1.

(114) Zum Strafprozeß in den Provinzen und Munizipien BLEICKEN, *Senatsgericht und Kaisergericht* (1962) 166ff.; SIMSHÄUSER, *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien* (1973) 173ff.

(115) Vgl. MOMMSEN 195. — Der folgende Text steht, um den einleitenden Satz gekürzt, auch in C. 9, 16, 4.

Der Diokletiantext ist ein nicht minder deutlicher Beleg für die Straffreiheit bei einer Tötung durch *fortuitus casus* ([116]) (offenbar identisch mit dem *casus improvisus* im zuvor behandelten Text). Die Gefährlichkeit des Fußtritts heben die Kaiser ausdrücklich hervor ([117]). Dennoch wünschen sie vollständigen Freispruch. Eine arbiträre Bestrafung wegen Fahrlässigkeit wird ebensowenig in Erwägung gezogen wie etwa eine Verdachtsstrafe, weil der Angeklagte möglicherweise doch absichtlich getötet hat. Das *malum exemplum,* mit welchem man — wie oben V gezeigt — die Bestrafung bei fahrlässig beigebrachten Medikamenten mit Todesfolge rechtfertigte, wird für den Fußtritt offenbar verneint. Vorausgesetzt ist allerdings, daß an der fehlenden Tötungsabsicht kein Zweifel besteht: Der Richter muß daher den Sachverhalt genau erforschen ([118]) und darf eine schiere Ausrede des Angeklagten nicht schon für bare Münze nehmen.

Mit ihrer Behauptung, daß sie nicht hätten töten wollen, scheinen des Mordes oder Totschlags Angeklagte tatsächlich nicht selten Erfolg gehabt zu haben. In einer (nicht in Justinians Codex aufgenommenen) Novelle von Theodosus II. und Valentinian III. vom Jahre 445 n. Chr. ([119]) geben die Kaiser ihrem Mißmut darüber Ausdruck, daß einer Bluttat Beschuldigte unter dem Vorwand mangelnder Tötungsabsicht freigesprochen worden seien. In Zukunft solle den einer kasuellen Tötung Geständigen

(116) Nicht zugänglich ist mir LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore* (1938), der hauptsächlich das Vertragsrecht, speziell die *custodia* behandelt; vgl. die Rez. CONDANARI-MICHLER, SZ 59 (1939) 638ff.

(117) Ältere Autoren denken teilweise an einen Steinwurf, übersetzen also *calx* mit Kalk. Ein Schlag mit dem Huf eines Pferdes dürfte jedenfalls nicht gemeint sein. Der beschuhte Fuß kann heute je nach seiner konkreten Verwendung (Tritt in den Unterleib oder ins Gesicht) sogar ein gefährliches Werkzeug sein: SCHÖNKE/STREE RdNr. 4 a.E., 5 zu § 223a StGB.

(118) So auch Hadrian-Ulp. Coll. 1, 6, 4: *Ergo hoc exquirite et, si voluntas occidendi fuit, ut homicidam servum supplicio summo iure iubete affici.*

(119) Nov. Valent. 19: *De homicidiis casu factis necne*; MOMMSEN/MEYER, *Theodosiani libri*, vol. II (1905) 105f.; C. PHARR, *The Theodosian Code and Novels* (1952/69) 531f. Allgemein zu den posttheodosianischen Novellen WENGER, *Die Quellen des röm. Rechts* (1953) 541f.

nur nach vorheriger Einholung eines kaiserlichen Aktenvermerks und gründlicher Erforschung des Sachverhalts Verzeihung zuteil werden (§ 1). Das Gericht solle nach Erhalt der kaiserlichen Randnotiz auch die Glaubwürdigkeit des Bittstellers sorgsam prüfen und nur denjenigen freisprechen, der einen Totschlag durch Zufall oder in Notwehr beging (*si homicidium vel casu vel vitandae mortis necessitate constiterit admissum*), einen der Lüge überführten jedoch sofort bestrafen. Denn nur denjenigen solle verziehen werden, deren Versehen allein dem Schicksal anzulasten seien (*in quorum lapsibus sola potest fortuna culpari*); mit rechtswidrigem Vorsatz (*nefaria voluntate*) begangene Tötungsdelikte dürften aber nicht einmal mit kaiserlicher Erlaubnis freigesprochen werden (§ 2). — Abgesehen von der verfahrensmäßigen Neuerung, dem wegen der geschilderten Mißbräuche vor einem eventuellen Freispruch einzuholenden schriftlichen Bestätigungsvermerk des Kaisers, hat dieses Reskript den sachlichen Rechtszustand nicht geändert: Nach wie vor bleibt es bei der groben Zweiteilung in vorsätzlichen Mord und andere, nicht vorsätzliche Tötungen. Letztere bleiben straflos, ohne daß dabei weiter differenziert würde zwischen echtem Zufall und Fahrlässigkeit. Die kasuelle Tötung steht neben der Tötung in Notwehr; und unter *casus* oder *fortuna* wird die *culpa* auch hier gewiß mit verstanden ([120]). Neben der Entschlossenheit, gegen Mörder die größte Strenge walten zu lassen, fehlt jeder Hinweis darauf, daß Fahrlässigkeitstäter eine Verzeihung gar nicht verdient hätten.

VII. Die Tötungen im Streit oder Affekt

Die Tötungen *in rixa* und *impetu* sollen zur Abrundung des bisher gewonnenen Bildes noch kurz gestreift werden ([121]). Nach

(120) Zutr. HEUSLER 58f.; LÖFFLER 86f. Vgl. die Zurechnung zum *factum* in Sev. coll. 1, 9, 1 cit.

(121) Ausführlich dazu REIN 210ff.; BURCKHARDT 146ff.; grundlegende Bemerkungen auch bei PERNICE 246f., 379f.; BRUNNENMEISTER 134ff.; BINDING 728f.; LÖFFLER 80ff.; BESCHÜTZ 57f.; P. MERÊA, *Crimes deliberados e crimes de impeto*, in: Boletim de la Faculdade de Direito de Univer-

einem mehrfach überlieferten Reskript Hadrians ([122]) bildet die Beschaffenheit des Tatwerkzeuges ein wichtiges Indiz für den Täterwillen ([123]): Wer mit dem gezückten Schwert (oder einer anderen Waffe) zustieß, habe unzweifelhaft mit Tötungsvorsatz gehandelt ([124]). Wer aber mit einem Schlüssel oder einer Kelle im Streit zuschlug, dem habe, obschon er einen eisernen Gegenstand verwendete, die Mordabsicht gefehlt. Diese Unterscheidung erinnert an die des modernen Strafrechts zwischen « Waffen im technischen Sinn » und anderen gefährlichen Werkzeugen ([125]). Bei Hadrian ist sie aber noch rudimentär ([126]). In diesem Zusammenhang fährt der in Anm. 122 wiedergegebene Text fort, die Strafe für denjenigen sei zu mildern, der im Streit « eher zufällig als willentlich » einen anderen tötete: *leniendam poenam eius, qui in rixa casu magis quam voluntate* ([127]) *homicidium admisit* ([128]). Die Handlung desjenigen, der zum Zorn gereizt mit einem eisernen, wenngleich nicht tödlichen Gegenstand zuschlug und dabei den Tod verursachte, berührt sich nach römischer Auffassung

sidade de Coimbra 23 (1947) 136-146; zuletzt POLARA 126-136; auch CANCELLI (o.A. 15) 722f.

(122) Marcian D. 48, 8, 1, 3: *...nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: sed si clavi percusserit aut cuccuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo.* Ganz ähnlich Ulp. coll. 1, 6, 3. Vgl. dazu POLARA 110ff.; MANFREDINI (u.A. 150) 245.

(123) Übereinstimmend schon das altjüdische Strafrecht: LÖFFLER 48f.

(124) Die konkrete Gebrauchsweise ist freilich zu beachten: Kein Mordvorsatz beim Schlag mit dem Knauf des Schwertes; so später einschränkend Gandinus und andere Italiener, s. LÖFFLER 156. Vgl. bereits den alten *si telum*-Satz o. III. Zur unabsichtlichen Verletzung mit der über der Schulter getragenen Waffe in germanischen Rechten MIKAT 20.

(125) Vgl. SCHÖNKE/STREE, RdNr. 3ff. zu § 223a StGB. Auch heute entscheidet freilich die konkrete Anwendung.

(126) Unzulänglich auch die Definition des Mörders allein wegen einer verwendeten Waffe bei Paulus coll. 1, 4, 1.

(127) Auffallend ähnlich die Umschreibung der *casu magis quam consilio* begangenen Ungefährwerke in den *Leges Henrici* 90, 11; vgl. MIKAT 22f.

(128) Dieser Schlußsatz muß nicht unecht sein; anders POLARA 111 A. 43, 112f. Vgl. zum Strafmaß für die Tötung *in rixa* auch Paul. (sent.) coll. 1, 7, 2 (POLARA 116f.). Heute ist die Beteiligung an einer Schlägerei nach § 227 StGB ein Gefährdungsdelikt.

also mit dem Fahrlässigkeitsdelikt. Da nichttödliche Werkzeuge normalerweise nur Verletzungen herbeiführen, gilt ein durch sie verursachter Tod als « eher zufällig » ([129]).

Heute verneinen wir bei dem im Affekt handelnden Täter zwar nicht generell den Tötungsvorsatz, doch billigen wir ihm wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit (eingeschränkter Willensfreiheit) eine Strafmilderung zu (§ 213 StGB) ([130]). Gleicher Ansicht waren schon die Römer für den Fall, daß ein Ehemann seine im Ehebruch ertappte Gattin auf der Stelle tötet ([131]): *aperte contra legem fecisse eum non ambigitur* erklärt Papinian coll. 4, 10, 1 hierzu: Unzweifelhaft habe der Täter gegen das cornelische Gesetz verstoßen; doch wegen seines sehr verständlichen Zorns werde ihm eine Strafmilderung zuteilwerden. Die Affekthandlung im *impetus* subsumierten die Römer daher unter das Mordgesetz; doch lösten sie sie daraus allmählich bezüglich der Strafzumessung. Die Fahrlässigkeit unterfiel nie dem Gesetz, einzelne schwerwiegende Fälle aber wurden des « abscheulichen Beispiels » wegen arbiträr bestraft: Auf diese Weise nähern sich die beiden unterschiedlichen Fallgruppen des *impetus* und des *casus* einander an ([132]).

(129) In den keilschriftlichen Rechtsquellen sind die Sankionen für die Tötung *in rixa* auffällig milde. Darauf machte mich Herr Kollege CARDASCIA dankenswerter Weise brieflich aufmerksam. Vgl. Codex Ur-Nammu § 5; Gesetze von Ešnunna § 44; Codex Hammurabi §§ 206-208; hethitische Rechtssammlung § 174; mittelassyrisches Rechtsbuch § 8. Wiedergabe bei R. HAASE, *Die keilschriftlichen Rechtssammlungen in deutscher Übersetzung* (1963). Die Tötung im Streit wird teilweise sogar geringer gebüßt als die gewöhnliche unbeabsichtigte Tötung (was CARDASCIA sich nicht recht erklären kann); vgl. hethit. RS § 174 (1 Kopf als Buße) gegenüber § 3 (2 Köpfe).

(130) Zur Affekthandlung im modernen Strafrecht etwa WALDER, *Der Affekt und seine Bedeutung im Schweizer Strafrecht*, in: Schweizer Zeitschrift für Strafrecht 81 (1965) 24ff.; KRÜMPELMANN, *Motivation und Handlung im Affekt*, Festschrift Welzel (1974) 327ff.

(131) Dazu etwa HITZIG 21ff.; POLARA 127ff. — Bei der Injurienklage ist der *affectus* dagegen Tatbestandsvoraussetzung, nicht Strafmilderungsgrund: *iniuria ex affectu fit*, Paul. D. 44, 7, 34 pr.; Ulp. D. 47, 10, 3, 1; RABER 108ff.

(132) PERNICE, SZ 17 (1896) 250f.

VIII. Theoretische Erfassung der Fahrlässigkeitstat ?

An der strafmildernden Sonderbehandlung der Tötungen im Streit und im Affekt wird das Bestreben der römischen Juristen erkennbar, die strenge Anwendung der *lex Cornelia* auf die « mit Überlegung » begangene Mordtat zu beschränken ([133]). Für den verbrecherischen Vorsatz (*dolus malus*) hielten sie die verwerfliche Gesinnung, das gemeine Motiv des Täters für ausschlaggebend, welche in den angeführten Sonderfällen fehlten. Die Willensseite des Strafrechts stand für die römischen Juristen derart im Vordergrund ihrer Überlegungen, daß sie vom kriminellen Vorsatz weitaus klarere Vorstellungen hatten als von der strafrechtlichen Fahrlässigkeit, die sie mit ihren Anforderungen nicht positiv erfaßten, sondern als bloße Negation des *dolus malus* undifferenziert mit dem *casus* zusammenwarfen ([134]). Zwei Texte mit bescheidenen Ansätzen zu einer allgemeinen Verbrechenslehre im Rahmen der Tötungsdelikte lassen erkennen, wieweit die Römer von einer dogmatischen Erfassung der strafbaren Fahrlässigkeit noch entfernt sind.

1. Der Spätklassiker Marcian unterscheidet *proposito aut impetu aut casu* begangene Vergehen und gibt dafür je ein Beispiel: Mit Vorbedacht (« Überlegung ») handeln Straßenräuber, die sich zu einer Bande zusammenrotten; im Affekt handeln Betrunkene bei einer tätlichen Auseinandersetzung; ein kasuelles Unglück sei der Jagdunfall.

> D. 48, 19, 11, 2 (Marcianus libro 2 de publicis iudiciis):
> *Delinquitur aut proposito aut impetu aut casu. proposito delinquunt latrones, qui factionem habent; impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur; casu vero, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit.*
>
> « Verbrechen werden entweder mit Vorbedacht oder in leidenschaftlicher Gemütsaufwallung oder als (unvorher-

(133) Vgl. das '*proposito delinquere*' im folgenden Marciantext, womit die Tötung « mit Überlegung » des früheren deutschen Mordparagraphen auffallend übereinstimmt.

(134) Vgl. PERNICE II 246f.

geschehenes) Unglück begangen. Vorsätzlich handeln Straßenräuber, die eine Bande bilden; aus Gemütsleidenschaft handelt, wer in Trunkenheit Tätlichkeiten begeht oder zum Schwert greift; ein Unglücksfall ist es, wenn auf der Jagd ein auf das Wild gezieltes Geschoß einen Menschen tötet. »

So anerkennenswert hier das Bemühen des Juristen ist, nach der inneren Tatseite zu differenzieren ([135]), so unbefriedigend ist andererseits das Fehlen jeglicher Angabe über unterschiedliche Rechtsfolgen ([136]). Das mit dem Einleitungssatz schwungvoll angekündigte Programm wird nicht durchgeführt; die Trichotomie bleibt eine *lex imperfecta*. Unzulänglich behandelt Marcian besonders den hier interessierenden Fall des *casu delinquere*: Zwischen zurechenbarem und nicht zurechenbarem *casus* unterscheidet er nicht ([137]). Ob die *aberratio ictus* beim Jagdunfall bestraft werden soll oder nicht, bleibt offen ([138]). Je nachdem, ob man den Ton auf *delinquere* oder aber auf *casu* legt, ist man geneigt, die Frage zu bejahen oder zu verneinen. Eine Verurteilung im Wege extraordinärer Kognition wäre mit *casu delinquere* nach obigen Ausführungen ebenso vereinbar wie ein Freispruch ([139]). Die mangelnde Differenzierung ist typisch für das

(135) Vgl. die Abh. von POLARA, passim. LÖFFLER 80, 82 ging dagegen mit Marcian hart ins Gericht und bezeichnete seine Einteilung als « theoretischen Irrtum eines einzelnen Juristen ». Der *impetus* ist jedenfalls keine selbständige Schuldform der Römer, sondern (ähnlich wie der *casus*) nur eine Ausscheidung aus dem *dolus*, zutr. BESCHÜTZ 57ff. Marcian mag von Aristoteles beeinflußt sein, vgl. LÖFFLER, BESCHÜTZ aaO. Zum bestimmenden Einfluß der Trichotomie auf SCHWARZENBERG, den Autor der Carolina, s. LÖFFLER 164ff.

(136) WATSON, *Drunkenness in Roman Law*, Festg. v. Lübtow (1970) 385f. Einen ähnlichen Mangel stellt MIKAT 29 in alten angelsächsischen Rechtsquellen fest.

(137) Vgl. FERRINI 103. Im nächsten § 3 folgt ein ganz anderes Thema. Eine Kürzung durch die Kompilatoren ist freilich nicht auszuschließen.

(138) In einem ähnlichen *aberratio*-Fall bejaht Paulus D. 9, 2, 45, 4 (wohl etwas vorschnell) ein haftungsrechtliches Verschulden im Rahmen der *lex Aquilia*.

(139) Unter dem Eindruck der oben VI zitierten Kaisererlasse möchte man die Strafbarkeit wohl auch hier verneinen. Aus der Palingenesie ist kein weiterer Aufschluß zu gewinnen. Marcians zweites Buch *De iudiciis publicis* beginnt nach LENEL I Sp. 677 mit den extraordinären *crimina*.

strafrechtliche Denken der Römer. Aus heutiger Sicht, aber auch im Vergleich zu dem fortgeschrittenen zeitgenössischen Privathaftungsrecht innerhalb der *lex Aquilia* (vgl. Anm. 138), offenbart sie einen auffallenden Rückstand in der allgemeinen Strafrechtslehre der Klassiker.

2. Nicht besser steht es mit dem folgenden Ausschnitt aus einem längeren Fragment des schwer identifizierbaren Juristen Claudius Saturninus ([140]):

> D. 48, 19, 16, 8 (Claud. Saturninus libro sing. de poenis paganorum):
> *Eventus spectetur, ut a clementissimo quoquo facta: quamquam lex non minus eum, qui occidendi hominis causa cum telo fuerit, quam eum qui occiderit puniat. et ideo apud Graecos exilio voluntario fortuiti casus luebantur...*
>
> « Der Erfolg wird berücksichtigt, auch bei den Taten eines höchst sanftmütigen Menschen: Wenngleich das Gesetz nicht geringer denjenigen straft, der in Tötungsabsicht mit der Waffe darauf ausging, als den der (wirklich) tötete. Daher wurden bei den Griechen zufällige Verbrechen mit freiwilligem Exil gebüßt... »

Der Erfolg soll danach berücksichtigt werden, auch wenn ganz ohne Absicht begangen (frei übersetzt), obgleich das Strafgesetz Sullas (was zutrifft) den in Mordvorsatz mit der Waffe Herumschleichenden einem Mörder gleichstellt ([141]). Darum hätten die Griechen « zufällige Vergehen » mit freiwilligem Exil gestraft. Es folgt ein (hier nicht wiedergegebenes) Zitat aus

LENEL 679 stellt unseren Text unter die Überschrift *De poenis et bonis damnatorum.* Unter beiden Überschriften hatte der Jurist Anlaß, auf die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit einzugehen.

(140) LENEL, *Palingenesia* II 1207 A. 1 identifiziert ihn mit Venuleius Saturninus; dagegen BONINI in seiner gründlichen Exegese des ganzen Fragments mit eingehender Darstellung des Stands der Meinungen, RISG 10 (1959) 119ff., 169ff.; zur Auslegung des § 8 bes. S. 159ff. Ältere Lit. zu der oft behandelten Stelle bei REIN 163f. A. 2; dazu LEVY, *Ges. Schriften* II 454; POLARA 109 A. 41; vgl. auch SEIDL, Iura 1 (1950) 477. Weiteres als das in D. 48, 19, 16 Enthaltene ist aus dem Werk nicht überliefert, s. LENEL aaO 1217.

(141) Vgl. GENIN (o.A. 43) 254f. und o. bei A. 40ff.

Homers Ilias (23, 85-88), wonach der verstorbene Patroklos dem träumenden Achill eingesteht, wie er als Jüngling voll Trauer seine Heimat verließ, weil er ohne Bedacht im Zorn beim Knöchelspiel (142) einen Spielgefährten erschlug. Dieses Beispiel entspricht der Behandlung der Tötung *in rixa* (143), es ist aber hier wie dort eher eine Affekthandlung im *impetus* (also mit Vorsatz unter verminderter Zurechnungsfähigkeit) als ein typisches Fahrlässigkeitsdelikt. Auch an diesem Text zeigt sich somit der bereits konstatierte Mangel klarer Begriffe (144).

Die umstrittene Frage nach dem Einfluß griechischen Rechts (zumal aus der homerischen Frühzeit) auf das römische bleibe hier dahingestellt (145). Freiwilliges Exil für unabsichtliche Tötungen bildet im römischen Strafvollzug keineswegs die Regel (mag auch die Wahl der Tötungsart dem Verurteilten manchmal freigestellt worden sein). Die Beachtlichkeit des *eventus* nach Saturninus widerspricht andererseits nicht anderen Aussprüchen wie Hadrians berühmten Wort « *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* » (Callist. D. 48, 8, 14) und dem damit verwandten Zitat aus den Paulus-Sentenzen, « *consilium enim uniuscuiusque, non factum puniendum est* » (Coll. 1, 7, 1). Diese Wendungen, die nach Jhering eindringlich den Geist des römischen Willensstrafrechts kennzeichnen (146), beziehen sich auf die Verfolgung vorsätzlicher Taten. Als Prinzipien, die Ausnahmen zulassen, schließen sie aber eine strafrechtliche Verantwort-

(142) Vgl. G. ROHLFS, *Antikes Knöchelspiel im einstigen Großgriechenland* (1963) 6; J. VÄTERLEIN, *Roma ludens* (Amsterdam 1976) 7-13.

(143) Zutr. BONINI 163f.; insbes. E. CANTARELLA, *Studi sull' omicidio in diritto greco e romano* (Milano 1976) 21, 43ff.

(144) Sehr kritisch dazu CLOUD, SZ 86 (1969) 259 A. 3.

(145) S. zur unabsichtlichen Tötung etwa B.W. LEIST, *Gräko-italische Rechtsgeschichte* (1884/1964) 324ff. passim (zum Text 332 A. 1); krit. dazu BRUNNENMEISTER 134ff., LÖFFLER 51ff., 57f. und PERNICE, *Der verbrecherische Vorsatz im griech.-röm. Rechte*, SZ 17 (1896) 205ff., 230ff. pass., bes. 243f., 251; auch BESCHÜTZ 44ff.; MASCHKE, *Die Willenslehre im griech. Recht* (1926) 150ff.; abl. auch COING, *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des röm. Rechts*, SZ 69 (1952) 24, 44ff., 49. Vgl. letztens SHALGI, *Aristotle's Concept of Responsibility and its Reflection in Roman Jurisprudence*, in: Israel Law Review 6 (1971) 39-64.

(146) JHERING, *Schuldmoment* (o.A.3) 176f. A. 33.

lichkeit für fahrlässige Vergehen nicht aus, wie Hadrians eigene Entscheidung im Prellunfall beweist (oben IV).

3. Der von Saturninus angesprochene Zufall bildet noch im heutigen Strafrecht ein kaum befriedigend gelöstes Problem des Fahrlässigkeitsdelikts ([147]): Löst sich beim Laden eines Jagdgewehrs ein Schuß, so hat dies ganz unterschiedliche Rechtsfolgen je nachdem, ob das Geschoß einen Jagdgast in den Kopf trifft (fahrlässige Tötung, § 222 StGB), oder nur ins Ohr (fahrlässige Körperverletzung, § 230 StGB), oder gar nur in den Hut (fahrlässige Sachbeschädigung, straflos). Der Schuldvorwurf wiegt in allen drei Fällen gleich schwer; aber vom Zufall weniger Zentimeter Abweichung des einschlagenden Projektils hängen gewaltig unterschiedliche Straffolgen ab! Die Aporie läßt sich allenfalls so verständlich machen, daß zwar alle fahrlässig Handelnden in gleicher Weise (zumindest moralisch) dieselbe Strafe verdient haben, aber diejenigen, die zufällig Glück hatten, so daß nichts passierte, automatisch kraft Gesetzes als begnadigt gelten. Oder man verweist auf die Zweckhaftigkeit staatlichen Strafens (im Gegensatz zur Zweckfreiheit des sittlichen Urteilens), wonach unerlaubtes Handeln ohne Eintritt eines Erfolges den Rechtsfrieden regelmäßig geringer beeinträchtigt und daher Strafe unter generalpräventiven Gesichtspunkten weniger herausfordert ([148]). Betrachtet man rückblickend die strafrechtliche Behandlung der fahrlässigen Tötung durch die Römer im Zusammenhang, so überwiegt dieser Zweckmäßigkeitsgesichtspunkt deutlich: Feste Grundsätze, wann die Strafwürdigkeit aus Gründen der Generalprävention bejaht wurde, lassen sich kaum aufstellen. Überliefert sind grobe Fahrlässigkeiten des Baumver-

(147) Vgl. etwa WIMMER, *Das Zufallsproblem beim fahrlässigen Verletzungsdelikt*, Neue Jurist. Wochenschrift 1958, 521ff.; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, Zeitschrift f.d. ges. Strafrechtswiss. 74 (1962) 411ff.; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis von Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten* (1965); DERS., Juristenzeitung 1969, 364ff.

(148) SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht allgemeiner Teil*[2] (1975) § 8/47 S. 219f. Dort auch zu Handlungsunwert und Strafwürdigkeit der Fahrlässigkeitstat.

schneiders und beim Prellunfall. Bei der Verabreichung von Medikamenten genügte wahrscheinlich schon leichte Fahrlässigkeit, bei Abtreibungsmitteln und Liebesträmken wohl gar das *versari in re illicita*. Im übrigen blieb leichte Fahrlässigkeit grundsätzlich straflos und der liberale republikanische Gedanke des Willensstrafrechts auch in der Kaiserzeit im wesentlichen unangetastet.

IX. Die unbeabsichtigte Körperverletzung

1. Die fahrlässige Körperverletzung ist hier, schon mangels eindeutiger Quellen, nur kurz zu behandeln. Die für das *membrum ruptum* in den XII Tafeln (8,2) angedrohte Talion ([149]) beschränkte sich anscheinend nicht auf die vorsätzliche Gliedverstümmelung, sondern umfaßte auch die unabsichtliche ([150]). Dafür spricht zunächst der objektiv formulierte Wortlaut der Bestimmung: *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.* Hier wird nicht unterschieden zwischen vorhandener und fehlender Absicht, im Gegensatz zu den XII Tafel-Vorschriften über die Tötung (oben III) und die Brandstiftung (unten X). In der heftigen Polemik, die der Philosoph Favorinus (bei Gellius 20, 1, 16f.) gegen den XII Tafelsatz vorbringt, geht er überdies von dessen selbstverständlicher Geltung auch für unabsichtliche Gliedverstümmelung aus: *Quid si membrum... alteri inprudens ruperit?* Wenn man mit dem Talionsprinzip ernst mache, müsse, was absichtslos geschah, auch in aller Absichtslosigkeit wiedervergolten werden ([151]). *Ictus fortuitus* und *ictus consultus* seien schließlich verschiedene Kategorien. Wie aber solle es der Ver-

(149) Dazu bes. L. GÜNTHER (o.A. 53) I 121ff. Zur alten rechtsphilosophischen Diskussion über deren Sinn D. NÖRR, *Rechtskritik in der röm. Antike* (1974) 66 ; CASAVOLA (u.A. 152) 141f.

(150) Ganz herrschende Ansicht: PERNICE II[1] 240f.; BRUNNENMEISTER 125f. A. 3; GÜNTHER aaO I 124 m.A. 38; LÖFFLER 91f.; HITZIG in MOMMSEN, *Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker* (1905) 42; BESCHÜTZ 37ff.; CONDANARI-MICHLER 72f.; WITTMANN 19ff.; A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana* (1977) 64; alle mit (z.T. reichen) weiteren Nachw. S. auch HALPIN, Irish Jurist 11 (1976) 344ff.

(151) Eine (nicht römische) Ausnahme jedoch o.A. 55.

letzte anstellen, um die absichtslose Tat wirklich unabsichtlich zu vergelten? Das sei doch ganz unmöglich!

Der Jurist Sextus Caecilius Africanus kommt bei seiner gegen Favorinus gerichteten Verteidigung des XII Tafelsatzes (bei Gellius 20, 1, 33ff.) nicht auf den naheliegenden Einwand, daß das unabsichtliche *membrum ruptum* gar nicht unter diese Bestimmung falle. Wie der Philosoph geht auch der Jurist vielmehr von der Geltung der Gesetzesvorschrift auch für die unabsichtliche Tat aus ([152]). Er verteidigt die Gesetzesverfasser nur gegen das Mißverständnis, das man ihnen antut, wenn man das Talionsprinzip allzu rigoros durchführen will und damit die Logik auf die Spitze treibt: Das Gesetz habe durch die Wiedervergeltung vor allem eine wirksame Abschreckung bezweckt ([153]).

Wegen des Nebeneinanders verschiedener Wertungsmaßstäbe bei der Behandlung der einzelnen Delikte fällt die XII Tafelgesetzgebung daher vermutlich in eine Zeit des Übergangs von der Erfolgshaftung zur Verschuldenshaftung. Die Erfolgshaftung ist in den Zwölftafeln zwar deutlich im Schwinden, aber noch nicht ganz verschwunden ([154]). Die *culpa* ist ein junger

(152) Ausdrücklich Gell. 20, 1, 34: *neque... arbitrati sunt (decemviri), ut, an prudens inprudensve rupisset, spectandum putarent...* Zum Disput zwischen Favorinus und Africanus eingehend CASAVOLA, ANRW II 15 (1976) 131ff.; krit. TALAMANCA, BIDR 80 (1977) 279ff.

(153) Ähnlich Gell. 20, 1, 53: Von jeher sei Härte und Strenge bei Bestrafung der Freveltaten das beste Zuchtmittel und die beste Anweisung zu einem guten und geziemenden Lebenswandel gewesen. Über die Berechtigung dieser Behauptung mag man nach dem Scheitern von Feuerbachs Theorie vom psychologischen Zwang wohl zweifeln. Wollte man aber das Wiedervergeltungsrecht an allzu enge Voraussetzungen knüpfen, müßte der Talionsberechtigte aus Furcht vor deren Überschreitung auf dessen Ausübung verzichten (vgl. das ähnliche Motiv aus Shakespeares «Kaufmann von Venedig»). Es genügt daher, daß der Vergeltungsberechtigte den guten Willen hat, den Täter nicht in weitergehendem Maße zu verletzen, als dieser es ihm selbst antat. Die zufällige Wirkung des Vergeltungsschlages hat dagegen niemand in seiner Gewalt, Gellius 20, 1, 34 a.E.

(154) MOMMSEN 85. (Zu seiner für die Körperverletzung abweichenden Bemerkung krit. BESCHÜTZ 37ff.) Zu ähnlichem Resultat gelangt für die Gesetze der Angelsachsen MIKAT 30.

Rechtsbegriff ([155]).

Die Möglichkeit des Sühnepaktums zwecks Ablösung der Wiedervergeltung ('*ni cum eo pacit*') ermöglichte immerhin eine Berücksichtigung der inneren Tatseite beim *membrum ruptum*: Bei fehlendem Vorsatz wird der Verletzte zur Annahme der angebotenen Sühneleistung eher geneigt, mag er auch mit einem geringeren Betrag zufrieden gewesen sein als bei absichtlicher Gliederverstümmelung ([156]).

2. Mit der Abschaffung des Talionsprinzips geht die Körperverletzung in der privaten (ästimatorischen) Injurienklage auf. Sie setzt grundsätzlich den *animus iniuriandi* voraus ([157]). Doch scheint in einzelnen Fällen die Haftung objektiviert worden zu sein, wie in dem von Labeo erörterten Fall, wo jemand durch verabreichte Medikamente dem Wahnsinn verfiel:

> D. 47, 10, 15 pr. (Ulpianus 77 (scr. 57) ad edictum):
> *Apud Labeonem quaeritur, si quis mentem alicuius medicamento aliove quo alienaverit, an iniuriarum actio locum haberet. et ait iniuriarum adversus eum agi posse.*
>
> « Bei Labeo wird die Frage erörtert, ob die Injurienklage platzgreife, wenn jemand einen anderen durch ein Arzneimittel oder auf andere Weise um den Verstand gebracht habe. Und er sagt, man könne gegen ihn die Injurienklage erheben. »

Hier fehlt jeder Hinweis auf die innere Tatseite, ob der Täter absichtlich oder ohne Schädigungsvorsatz handelte. Vielleicht geht es um die h e i m l i c h e Beibringung eines Gifts oder Liebestranks ([158]); dann erklärte sich die Entscheidung wieder aus

(155) JHERING, *Schuldmoment* (o.A.3.) 179 ; BESCHÜTZ 50 ; die ersten Quellenbelege bei PERNICE 232f.

(156) CONDANARI 72f.; allgemeiner R.v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht* I (1925) 46f.

(157) RABER 108ff.passim.

(158) PERNICE, Labeo II 1² (1895) 30; zust. (doch mit bedenklichen Folgerungen) RABER 159f. Die Absicht der Gesundheitsverletzung unterstellen (ohne Begründung) MOMMSEN 790 m.A. 3 und BELOW (o.A.93) 132. Im Rahmen des prätorischen Ermessens bei der Gewährung der In-

dem Gedanken eines *versari in re illicita* ([159]).

3. Blieb die fahrlässige Tötung — wie wir sahen — grundsätzlich straflos, so verwundert es nicht, daß auch die fahrlässige Körperverletzung nicht mit öffentlicher Kriminalstrafe bedroht war. Eine den Paulus-Sentenzen entnommene Collatio-Stelle (1, 7, 1) bemerkt dies beiläufig ausdrücklich: ... *is, qui casu iactu teli hominem imprudenter ferierit, absolvitur.* Ja sogar die absichtliche Körperverletzung bleibt der privaten Bußverfolgung mit der Injurienklage vorbehalten. Öffentlich strafbar ist sie nur eventuell unter dem Aspekt der versuchten Tötung, also bei nachgewiesenem Tötungsvorsatz.

X. Die fahrlässige Brandstiftung

Zur Brandstiftung fließen die Quellen reichlicher. Bei der leichten Holzbauweise im Altertum müssen fahrlässige Brandstiftungen (nicht nur bei den Römern) häufig vorgekommen sein ([160]). Angesichts der kürzlich von MacCormack vorgelegten gründlichen Untersuchung ([161]) will ich mich jedoch auch in

jurienklage (Mommsen 788f.) dürfte ein unabsichtliches, entschuldbares Handeln für sie (entgegen Raber aaO) kaum ausgereicht haben, vgl. Wittmann 50 A. 11. Die innere Tatseite interessierte Labeo wahrscheinlich weniger als der hier problematische objektive Tatbestand (Wittmann 48ff.): Eine Giftbeibringung geschieht meist nicht *per vim* (daher die Problematik auch in D. 29, 5, 1, 20/21). Die für eine Körperverletzung an sich erforderliche Gewaltanwendung wird aber hier wohl ersetzt durch die Heimlichkeit des eingeflößten Mittels.

(159) Vgl. oben V a.E. Der (von den Römern so nicht formulierte) Gedanke *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto* entstammt dem kanonischen Recht: Löffler 139ff, 147ff. Kollmann, *Die Lehre vom versari in re illicita,* Zeitschrift für die ges. Strafrechtswiss. 35 (1914) 46-106; Schaffstein 110f.

(160) Zur deutschen Rechtsgeschichte übereinstimmend E. Kaufmann, Art. *Brandstiftung,* HRG I 504f.

(161) MacCormack, *Criminal Liability for Fire in Early and Classical Roman Law,* in: Index 3 (1972, Omaggio Kaser) 382-396. Aus der älteren Lit. vgl. bes. Binding, *Normen* II² 752, 766f. ; Ders., *Programm II* (o.A. 12) und dazu Pernice II¹ 390f. A. 45; Condanari 74ff. Zu den polizeilichen

diesem Abschnitt kurz fassen. Absichtliche und unabsichtliche Brandstiftung unterscheiden die Römer wie die Germanen (Anm. 160) deutlich schon früh. Die XII Tafeln unterschieden nach dem Kommentar des Gaius, ob der Brand '*sciens prudensque*' gelegt oder aber '*casu*' verursacht wurde:

> D. 47, 9, 9 (Gaius libro 4 ad legem XII tabularum):
> *Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. si vero casu, id est neglegentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levis castigatur.*
>
> « Wer ein Haus oder einen bei einem Haus lagernden Haufen Getreide verbrannt hat, soll gefesselt und geprügelt den Feuertod erleiden, sofern er dies mit Wissen und Vorbedacht begangen hat. Tat er es jedoch durch Zufall, das heißt aus Nachlässigkeit, so soll er entweder den Schaden ersetzen oder, wenn er hierzu nicht imstande ist, leicht gezüchtigt werden. »

Den einschränkenden Zusatz zu *casu*: '*id est neglegentia*' erklärten zahlreiche Textkritiker für unecht ([162]). Ich halte ihn jedoch mit der heute wieder vordringenden Ansicht für eine Erläuterung von Gaius' eigener Hand ([163]). Sie paßt sehr gut in die hochklassische Zeit, in der sich besonders Hadrian um eine schärfere juristische Erfassung des inneren Verbrechenstat-

Vorkehrungen gegen Feuersgefahr jetzt ROBINSON, *Fire Prevention at Rome*, RIDA 24 (1977) 377ff. Zum byzantinischen Recht SINOGOWITZ, *Brandstiftung und Brandverursachung im Recht der Ekloge Leons III.* in: Xenion Zepos I (1973) 573ff.

(162) S. *Index Interpolationum*; dazu etwa CONDANARI 74; KASER, BIDR 65 (1962) 80 A. 8; zurückhaltender DERS., RP I² 504 A. 7 (vgl. 162 A. 68). Zu selbstsicher bezeichnete bes. KUNKEL, SZ 45 (1925) 331ff. den Ausdruck *neglegentia* im Bereich der Brandstiftung immer für unecht. Zwischen klassischem und byzantinischem Fahrlässigkeitsbegriff gibt es kaum hervorstechende Unterschiede, vgl. D. NÖRR, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht* (1960), zur *diligentia* bes. 35ff.

(163) MACCORMACK 382, 393; WITTMANN 21 f. A. 89. Ebenso schon PERNICE II¹ 242f.; BURCKHARDT 127f. m.A. 4; MOMMSEN 90 A. 5; BESCHÜTZ 41f.; MITTEIS (o.A.9) 322 m. zutr. Hinw. auf Ulp. D. 21,1,23,2: *si quis casu fecerit, cessabit edictum* (über die *fraus capitalis*, vgl. u.A. 195).

bestandes bemühte. Die Interpretation der *casus*-Haftung als *neglegentia* ist mit dem klassischen, vom Zivilrecht abweichenden *casus*-Begriff des Strafrechts vereinbar. Sie bedeutet keine Änderung der Rechtslage, sondern nur eine schärfere begriffliche Erfassung des Tatbestandes. Eine vom Verschulden unabhängige zivile Gefährdungshaftung für Feuerschäden wäre zwar theoretisch nicht undenkbar (164); eine körperliche Züchtigung als Ersatzstrafe für den zahlungsunfähigen Täter (165) wäre mit ihr aber schlechterdings unvereinbar. Selbst eine Gefährdungshaftung gälte nach den im modernen Recht anerkannten Grundsätzen nicht für Fälle von *vis maior*. Niederer Zufall wie plötzlicher Windeinfall läßt sich aber durch gehörige Vorsicht im allgemeinen abwenden und grenzt daher an *neglegentia*. Nach Paulus' Monographie über die Pflichten des *praefectus vigilum* (166) ist es dessen Aufgabe, die Bevölkerung ständig zur Achtsamkeit zu ermahnen, da die meisten Brände durch Unvorsichtigkeit der Bewohner verursacht würden: *quia plerumque incendia culpa fiunt habitantium* (167). Die Sorgfaltsanforderungen können auch durch die richterliche Praxis derart verschärft werden, daß sie im Ergebnis von einer Haftung für Zufallsgefahren nicht weit entfernt sind: Zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung gibt es gleitende Übergänge. All dies ändert nichts daran, daß die römischen Juristen die bei der unabsichtlichen Brandverursachung primär gegebene zivilrechtliche Ersatzhaftung an das Fahrlässigkeitserfordernis banden und sich folgerichtig gegen-

(164) Für eine solche (m.E. unzutreffend) SINOGOWITZ 582 f.; dag. vgl. MACCORMACK 393 A. 6.

(165) Die Prügelstrafe für den *minus idoneus* entspricht dem zur Zeit des Gaius geltenden Recht: PERNICE, BESCHÜTZ, MACCORMACK aaO. Der Ausdruck « Ersatzstrafe » erscheint mir passender als « Strafverwandlung » (so BURCKHARDT 128 A. 2, 141). Nötig war sie, damit bei Nichtbeitreibbarkeit der zivilen Ersatzpflicht die *neglegentia* des Brandverursachers nicht sanktionslos blieb. Aus dem gleichen Grund belegte man vermögens- und ehrlose Beleidiger in schweren Fällen ebenfalls mit Prügelstrafe: Ulp. D. 47, 10, 35; RABER 99f.

(166) Dazu DELL'ORO (o.A.73) 249ff. GUARINO, Labeo 8 (1962) 348ff.

(167) Paul. D. 1, 15, 3 §§ 1, 3-4; MACCORMACK 389. Noch schärfer behauptete Alfen D. 18, 6, 12 *cum incendium sine culpa fieri non possit* : dazu HASSE (o.A. 88) 412f.

über der veralteten gesetzlichen Terminologie dazu gezwungen sahen, die *neglegentia* vom echten *casus* begrifflich zu sondern. Da die fahrlässige Tötung freier Personen dagegen regelmäßig keine zivilrechtliche Sanktion nach sich zog und auch kriminalrechtlich nur ausnahmsweise geahndet wurde, kam es dort nur auf die Unterscheidung des Vorsatzes vom Nichtvorsatz an und blieb die *culpa* von *casus* daher dort auch unter den Hoch- und Spätklassikern noch ungeschieden.

Die von Gaius für die Zwölftafeln bezeugte, von der Jurisprudenz seiner Zeit präzisierte Rechtslage bestätigt der Spätklassiker Callistratus ([168]):

> D. 48, 19, 28, 12 (Callistratus libro 6 de cognitionibus):
> *Incendiarii capite puniuntur, qui ob inimicitias vel praedae causa incenderint intra oppidum: et plerumque vivi exuruntur. qui vero casam aut villam, aliquo lenius. nam fortuita incendia, si cum vitari possent, per neglegentiam eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt, civiliter exercentur (ut qui iactura adfectus est, damni discep tet) vel modice vindicaretur (vindicantur).*
>
> « Brandstifter werden mit dem Tode bestraft, die aus Feindschaft oder in Plünderungsabsicht innerhalb der Stadt Brände legen; und meistens werden sie lebendig verbrannt. Wer aber eine Hütte oder ein Landhaus (anzündet), wird etwas milder (bestraft). Wenn aber zufällig ausgebrochene Brände, obwohl sie hätten vermieden werden können, durch Unachtsamkeit derjenigen, bei welchen sie entstanden sind, den Nachbarn Schaden zugefügt haben, so werden sie zivilrechtlich verfolgt (auf daß, wer den Verlust erlitten hat, wegen des Schadens einen Rechtsstreit führe); oder sie werden mäßig gesühnt. »

Danach bleibt es bei der Todesstrafe für vorsätzliche Brandstifter, während fahrlässige Brandverursacher sich nur zivilrechtlich haftbar machen ([169]) und nur bei Zahlungsunfähigkeit ersatzweise leichte Prügelstrafe erhalten (vgl. Anm. 165). Eine

(168) Dazu Bonini, *I libri de cognitionibus di Callistrato* (1964) 99f., 117f.; MacCormack 319f. Ferner Paul. coll. 12, 2, 2 und 12, 6.

(169) Vereinzelt sieht PS 5, 3, 6 dafür eine Verdoppelung der Ersatzpflicht vor.

besonders grobe Nachlässigkeit stellten die spätklassischen Juristen hier allerdings dem Vorsatz gleich, wie Marcian und Ulpian übereinstimmend berichten ([170]):

D. 47, 9, 11 (Marcianus libro 14 institutionum):
Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima.

« Wenn durch Zufall ein Brand ausbrach, bedarf es der Verzeihung, sofern kein solch grobes Verschulden vorlag, daß es der Leichtfertigkeit oder dem Vorsatz sehr nahe kommt. »

Coll. 12, 5, 2 (Ulpianus libro 8 de officio proconsulis):
Sed eis qui non data opera incendium fecerint plerumque ignoscitur, nisi in lata et incauta neglegentia vel lascivia fuit.

« Aber denen, die ohne Absicht einen Brand verursachten, wird meistens verziehen, außer wenn sie in grober und unvorsichtiger Nachlässigkeit oder gar Mutwilligkeit handelten. »

XI. Weitere Fahrlässigkeitsdelikte

1. Von weiteren Fahrlässigkeitsdelikten sei zunächst erwähnt die Beseitigung von Grenzzeichen, welche ebenfalls mit Prügelstrafe bedroht wird:

Coll. 13, 3, 2 (Ulpianus libro 8 de officio proconsulis):
Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: « ... Quod si per ignorantiam aut fortuito lapides usus causa furati sunt, sufficit eos verberibus coerceri ([171]). »

« Wenn jedoch aus Unwissenheit oder Zufall Grenzsteine zu Gebrauchszwecken entwendet wurden, genügt es, die Täter mit Prügelstrafe zu züchtigen. »

(170) Dazu Burckhardt 141; MacCormack 387f.

(171) Ganz ähnlich Callist. D. 47, 21, 2; dazu Wieacker, *Textstufen* 404f.; Bonini (A. 168) 93f. Die Prügelstrafe trifft wohl nur *humiliores*. *Furari* ist hier untechnisch gemeint, wie schon die Glosse bemerkte, vgl. Heusler 61f. A. 64.

Sollen irrtümliche und zufällige Wegnahme hiernach gleichermaßen bestraft werden, so wird damit eine Rechtspflicht für den Landmann statuiert, sich selbst und seine Gehilfen darüber zu informieren, was Grenzsteine sind, damit niemand einen Sachverhaltsirrtum vorschützen kann, er habe die Eigenschaft des entfernten Grenzzeichens verkannt ([172]).

2. Für das Entweichenlassen Gefangener sieht das militärische Disziplinarrecht gegen den bewachungspflichtigen Soldaten eine feine Abstufung der Strafe nach dem Maße der Schuld vor (*pro modo culpae statuendum*) ([173]): bei großer Schuld schwere Strafe, bei leichter Schuld milde Strafe, bei Zufall Straffreiheit ([174]). Der großen Schuld, dem Vorsatz (*fraudulenter versari*) wird dabei die außerordentliche Sorglosigkeit (*nimia neglegentia* oder *nimia culpa*) des wachhabenden Soldaten gleichgestellt ([175]).

(172) Das geltende Recht (§ 274 Abs. I Nr. 2 StGB) läßt fahrlässige Grenzzeichenverrückung dagegen straflos (vgl. § 15; oben II) und verlangt für den Vorsatz die Kenntnis der Tatsachen, die die Eigenschaft des Merkmals als Grenzzeichen begründen. Bei der darüber hinaus erforderlichen Absicht, einem anderen einen Nachteil zuzufügen, muß dieser Nachteil über die reine Schädigung des Grenzzeichens hinausgehen: SCHÖNKE/CRAMER, RdNr. 16, 31ff. zu § 274 StGB.

(173) Callist. D. 48, 3, 12 pr. (Mitte) und Mod. eod. 14, 2. Dazu DE ROBERTIS, *La variazione della pena nel dir. rom.* (1949), mir nicht zugänglich, vgl. die Rez. SEIDL, Iura 1 (1950) 476f. Weitere, mir gleichfalls nicht erreichbare Abhandlungen von DE ROBERTIS zum Thema zitiert BONINI 91 A. 35.

(174) Vgl. aus zwei Reskripten Hadrians in Call. D. 48, 3, 12 pr.: *exquiri oportere, utrum nimia neglegentia militum evaserit an casu,... et ita demum adficiendos supplicio milites,... si culpa eorum nimia deprehendatur: alioquin pro modo culpae in eos statuendum... Si vero fortuito amiserit, nihil in eum statuendum.* Dazu BINDING II² 755f. A, 12; DE DOMINICIS (o.A.73) 1263f.; BONINI 95f.; SCHILLER, Festg. v. Lübtow (1970) 302; GIUFFRÈ (o.A.108) 66f.

(175) BURCKHARDT 140; vgl. LÖFFLER 80 A. 69, 83 A. 78. Zur Entfernung der Wächter aus dem Dienst, wenn durch ihre *neglegentia* Waffen oder Gift in den Kerker eingeschmuggelt oder Gefangene nicht in Ketten gehalten werden, siehe Paul. D. 48, 3, 8. Zur Selbstbefreiung Gefangener infolge *neglegentia* der Wächter D. 47, 18, 1 pr. (am Schluß). Über die Verhaftung

3. Majestätsverbrechen setzen Vorsatz voraus ([176]) und sind fahrlässig nicht begehbar. Letzteres entschieden die Severer beispielsweise für den Fall, daß jemand mit einem Steinwurf unabsichtlich eine Kaiserstatue traf:

> D. 48, 4, 5, 1 (Marcianus libro 5 regularum):
> *Nec qui lapide iactato incerto fortuito statuam attigerit, crimen maiestatis commisit: et ita Severus et Antoninus Iulio Cassiano rescripserunt.*
>
> « Auch wer mit einem aufs Geratewohl geworfenen Stein zufällig eine Kaiserstatue getroffen hat, begeht kein Majestätsverbrechen; dies gaben Severus und Antoninus dem Iulius Cassianus zum Bescheid. »

4. Den Meineid als solchen betrachten die Römer nicht als weltliches Vergehen, sondern als Gewissenssache, die von keinem irdischen Richter zu bestrafen sei ([177]). Das tief religiöse Volk ([178]) hielt einen Eidbruch ursprünglich kaum für möglich. Ein in Bereicherungsabsicht geleisteter Meineid konnte später als *stellionatus* verfolgt werden ([179]). Der Zeugenmeineid im Kapitalprozeß unterfiel der *lex Cornelia de sicariis,* wenn er zu einem falschen Todesurteil führte ([180]). Ein beim Namen des Kaisers geschworener Meineid stellte ein Majestätsverbrechen dar ([181]). Ein vorsätzlich falscher Schwur war in allen Fällen Voraussetzung. Einen unter Anrufung des Kaisers *quodam calore* oder *inconsulte* ([182]), d.h. voreilig und unüberlegterweise geleisteten

der Angeklagten und das römische Gefängniswesen allg. ZUMPT, *Das Criminalrecht der röm. Republik* I 2 (1865) 155ff.

(176) Vgl. *dolo malo* und *sciens* in D. 48, 4, 1 ; 2 ; 3 ; häufig in 4. REIN 526, 535. Allgemein R.A. BAUMAN, *The Crimen Maiestatis* (Johannesburg 1967).

(177) REIN 795ff. Vgl. KASER, *Röm. Zivilprozeßr.* (1966) 197 A.1.

(178) VON LÜBTOW, *Das römische Volk* (1955) 28f., 481, 567.

(179) Mod. D. 47, 20, 4; MOMMSEN 680f. — Zur Fortentwicklung des Stellionats im gemeinen Recht jetzt SCHAFFSTEIN, Festschrift Wieacker (1978) 281ff. m. weit. Lit.

(180) D. 48, 8, 1, 1: *quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur* ; MOMMSEN 635, 668 A. 1.

(181) D. 12, 2, 13, 6; REIN 533f., 798; MOMMSEN 586.

(182) So Alex. C. 9, 8, 2 (224), nicht leicht verständlich, aber mit dem

Falscheid erklärten die Kaiser für straffrei:

C. 4, 1, 2 (Imp. Alexander A. Felici):
Iurisiurandi contempta religio satis deum ultorem habet, periculum autem corporis vel maiestatis crimen secundum constituta divorum parentum meorum, etsi per principis venerationem quodam calore fuerit periuratum, inferri non placet. (a. 223)

« Die Verachtung der Heiligkeit des Eides findet in Gott hinlänglich seinen Rächer. Körperstrafen oder Maßnahmen wegen Majestätsbeleidigung sollen jedoch nach den Erlassen meiner verstorbenen Vorfahren, selbst wenn unter Anrufung des Kaisers infolge einer gewissen Übereilung falsch geschworen wurde, nicht verhängt werden. »

XII. Vorsatz-Gleichstellung der groben Fahrlässigkeit - Vorsatzvermutung ?

1. Eine Gleichstellung der *culpa lata* mit dem *dolus* wird bei zivilrechtlichen Verhältnissen in den Quellen vielfach diskutiert (183). Entgegen einer früher verbreiteten Ansicht (184) besteht kein Grund, alle diese Stellen zu verdächtigen (185). Von der

im folgenden zitierten Bescheid des Vorjahres C. 4, 1, 2 (223) sachlich übereinstimmend.

(183) Die Kardinalstelle ist die « berühmte *lex Nerva* » (BINDING, SZ 39, 21), Cels. D. 16, 3, 32: *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur.* Zu weiteren Quellen umfassend BURCKHARDT, *Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und culpa lata* (1885). Zur *culpa lata* allg. MITTEIS (o.A. 9) 333ff.

(184) Begründet von DE MEDIO, BIDR 17 (1905) 5ff., fortgeführt von LENEL, SZ 38 (1917) 263ff. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* [2] (1935/1958) 251ff. hielt die Interpolationsbehauptung für derart gesichert, daß es ihm methodisch korrekt erschien, auf die angenommene Unechtheit wiederum weitere Textverdächtigungen zu stützen. Das reiche Schrifttum seit der Glossatorenzeit zu dieser viel diskutierten Frage, das schon ENGELMANN 1895 S. 139ff. zusammengestellt hatte, wurde von der textkritischen Richtung jedoch ignoriert.

(185) Zutr. SELB, Synteleia Arangio-Ruiz II (1964) 1173ff.; MACCORMACK, SDHI 38 (1972) 176ff.; HAUSMANINGER, Festschrift Kaser (1976) 265ff.; allg. KASER, RP [2] I 510; vgl. II 355f.; gegen LENEL schon BINDING SZ 39, 1ff.

gewohnten zivilrechtlichen Fragestellung herkommend ([186]) wird das Problem auch im Strafrecht erörtert und für die Tötung nach der *lex Cornelia* — wie gezeigt (oben III mit A. 47) — mit Recht verneint. Bejaht wurde die Gleichstellung dagegen für die Brandstiftung (o. X a.E.), sowie bei einer entlegenen, hier nicht näher interessierenden Privatpönalklage ([187]).

2. Die *culpa dolo proxima* faßten die Glossatoren und ihre Nachfolger oft als '*dolus praesumptus*' auf. Engelmann stellte die zahlreichen Äußerungen und Belege für und gegen eine Vorsatzvermutung aufmerksam zusammen ([188]). Die heftige Kontroverse wirkte noch auf den Code civil ein, der in Art. 1116 Abs. II für die Vertragsanfechtung wegen *dol* ausdrücklich anordnet: *Il ne se présume pas, et doit être prouvé.* Im gemeinen Strafprozeß fand die '*praesumptio doli*' seit Wenigs grundlegender Abhandlung keine Verteidiger mehr ([189]).

(186) Vom Strafrecht wird die Problemstellung, entgegen KASER, RP[2] II 355, kaum ausgegangen sein, da das Strafrecht hierin keine einheitliche Linie verfolgte, wie KASER 356 A. 68 zutreffend selbst feststellt.

(187) Aus dem Edikt gegen einen testamentarisch Freigelassenen, der zwischen Erbfall und Erbschaftsantritt Erbschaftsgegenstände absichtlich nicht an den Erben gelangen läßt. Die die fehlende *actio furti* ersetzende, binnen Jahresfrist auf das Doppelte gewährte Bußklage setzt *dolus* voraus; Ulp. D. 47, 4, 1, 2: *culpa autem neglegentiaque servi post libertatem excusata est; sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias Aquilia tenetur ob hoc...* Die *culpa dolo proxima* erklärte PERNICE II[1] 389f. einleuchtend so, daß der Freigelassene als Verwalter des Erblasservermögens damit gewissenlos und liederlich umging; vgl. auch LÖFFLER 103. Die späteren Textkritiker verdächtigen den Satz allerdings durchweg, vgl. die reichen Angaben im *Index Interpolationum* (zweifelnd ROSENTHAL, SZ 68, 1951, 221 A, 12). *Repraesentare* ist in dieser Bedeutung jedoch klassisch, s. SCHNORR VON CAROLSFELD, Festschrift Koschaker I (1939) 103ff., bes. 105 A.12; Hasso HOFMANN, *Repräsentation: Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jh.* (Berlin 1974) 38ff., 102ff., z.d.St. 43. Übersehen hat den Text offenbar BURCKHARDT 138ff. m. A. 4f.

(188) ENGELMANN (o.A. 1) 127ff. passim; ferner LÖFFLER 100 A.a, 155ff.; BESCHÜTZ 100ff., 114.

(189) WENIG, *Über die Vermutung des bösen Vorsatzes nach röm. Recht*, in: Neues Archiv des Criminalrechts 2 (1818) 194-237; zust. FERRINI 152ff.;

Einige germanische Quellen scheinen auf eine Vorsatzvermutung hinauszulaufen (obschon sie sie nicht so bezeichnen), wenn sie den Angeklagten zum « Reinigungseid » darüber zulassen, er habe die Missetat nicht mit Absicht begangen ([190]). Aus den römischen Quellen nahm man vor allem Caracallas Reskript in Coll. 1, 8, 1 (oben VII) für eine Vorsatzvermutung in Anspruch. Danach muß anscheinend ebenfalls der Angeklagte seine mangelnde Tötungsabsicht unter Beweis stellen: '*si probaverit non occidendi animo Iustam a se percussam esse*'. Diese Wendung ist aber nicht notwendig als starre Beweisregel aufzufassen, wie sie die Römer ohnehin nicht kannten: Der Fall kann praktisch so gelegen haben, daß die Umstände prima facie für ein vorsätzliches Handeln des Angeklagten sprachen ([191]). Als Soldat mag er eine Waffe bei sich getragen, ja sogar benutzt haben, was nach den früheren Bescheiden Hadrians auf eine Tötungsabsicht hinweist (oben VII). Wenn ein Soldat eine Frau umbringt, spricht der erste Anschein weniger für eine Notwehrhandlung als vielmehr für eine Leidenschaftstat aus Eifersucht, verschmähter Liebe oder Rache. Auch die Flucht des Beschuldigten konnte auf ein Schuldeingeständnis deuten: Wer sich unschuldig fühlt, hat im allgemeinen keinen Anlaß, sich zu verstecken. Gegenüber solchen, möglicherweise erdrückenden Indizien für eine Tötungsabsicht im konkreten Fall hatte der Angeklagte mit '*si probaverit*' dann nicht den Hauptbeweis der Schuldlosigkeit zu erbringen, sondern nur den Gegenbeweis zu deren Entkräftung. Die möglichen Besonderheiten dieses Falles bieten demnach keinen Anlaß für die Annahme, der Grundsatz der freien Beweiswürdigung sei für den Strafprozeß durch Beweisregeln eingeschränkt worden — zumal zum Nachteil für den Angeklagten. Verdachtsstrafen gegen Angeklagte, denen man den Vorsatz

weit Lit. bei Rein 155ff.; vgl. auch Wacke, SZ 94 (1977) 189 A. 21, 233 A. 211.

(190) Vgl. Beschütz 77, bes. Kaufmann (o.A.28) 38ff. und Kornblum, Artt. *Gerichtlicher Eid* und *Beweis*, HRG I 863ff., 401ff. Gelegentlich bezog sich der Eid nicht auf die Absichtslosigkeit, sondern auf die fehlende Kausalität zwischen Handeln und Erfolg, vgl. Mikat 23 A. 64, aber auch 25 m. A. 72.

(191) Vgl. Wenig 230ff.; Ferrini 155; auch Burckhardt 133 A. 2.

nicht nachweisen konnte, kannten die Römer nicht ([192]); obschon ihnen andererseits auch der Grundsatz *in dubio pro reo* noch kein gefestigtes Prinzip ist ([193]).

XIII. Zusammenfassung und Ausblick

1. Tötung und Brandstiftung setzten bereits im altrömischen Strafrecht Vorsatz voraus. Bei der Körperverletzung (*membrum ruptum*) erstreckte sich die von den XII Tafeln angeordnete, allerdings durch privates Sühnepaktum ablösbare Talion zwar vermutlich auch auf die nicht vorsätzliche Tat. Doch schied die Körperverletzung bald ganz aus dem Bereich des öffentlichen Kriminalrechts aus (oben IX).

Der Vorsatz ist im republikanischen wie im kaiserlichen Strafrecht noch weit stärker als im geltenden deutschen Recht die Regelschuldform (oben II): Der *dolus* ist die normale, gesetzlich einzig anerkannte Schuldform schlechthin. Eine zweite, ihr an Bedeutung gleichkommende Schuldform der kriminellen Fahrlässigkeit entwickelten die Römer daneben nicht ([194]). An fahrlässige Vergehen knüpften sie grundsätzlich nur die Sanktionen des zivilen Deliktsrechts. Nur in wenigen Fällen eines evidenten kriminalpolitischen Bedürfnisses straften die Gerichtsmagistrate aufgrund ihrer amtlichen Koerzitionsgewalt ohne spezielle ge-

(192) S. Trajans berühmtes Reskript in Ulp. D. 48, 19, 5 pr.: ... *nec de suspicionibus debere aliquem damnari*, mit der anschließenden, schon auf Aristoteles zurückführbaren Begründung, es sei besser, einen Schuldigen unbestraft zu lassen als einen Unschuldigen zu verurteilen. Vgl. J.G. Wolf, *Politik und Gerechtigkeit bei Trajan* (1978) 22f. Auch nicht der Selbstmord eines Angeklagten ist als volles Schuldeingeständnis zu würdigen nach Ant. Pius-Marcian D. 48, 21, 3, 8. Ferner Diocl. coll. 1, 10, 1 (o. VI S. 539). Zum erforderlichen *dolus*-Nachweis bei der *fraus creditorum* s. die Belege bei Burckhardt 139f. Anm. Zur Frage eines « typisierten » *dolus* s. Raber 70f.; Wittmann 34 A. 53. — Über angelsächsische Verdachtsstrafen s. Mikat 23f.

(193) P. Holtappels, *Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes in dubio pro reo* (1965); Holzhauer, HRG II 350-358.

(194) Am klarsten formulierte dies bisher wohl Beschütz 25f., 28ff., 42ff.

setzliche Grundlage auch nicht vorsätzlich handelnde Täter. Da sich die Gerichtsherren dabei behutsam zurückhielten, blieb der Kreis fahrlässiger Straftaten weitaus kleiner als im heutigen Recht. Sogar die fahrlässige Tötung blieb grundsätzlich straflos, wie mehrere Kaisererlasse wiederholt betonten (oben VI), vor allem die leicht fahrlässige. In Fällen grob fahrlässiger Tötung rechtfertigte man die seit Hadrian bezeugte extraordinäre Bestrafung mit der erforderlichen Generalprävention, dem verabscheuungswürdigen schlechten Beispiel. Dieses *malum exemplum* bildete auch das Motiv für die etwas strengere Pönalisierung unabsichtlicher Tötungen durch Medikamente (oben V).

Eine dogmatische Erfassung der strafrechtlichen Fahrlässigkeitstat gelang den Römern noch nicht. Da die Alternative zwischen Vorsatz und Nichtvorsatz ihr Denken beherrscht, bezeichnen sie jede nicht vorsätzliche schädigende Handlung als *casus* (195). '*Casu delinquere*' heißt deshalb generell die unvorsätzliche Tat und kann strafloses wie extraordinär strafbares Vergehen zugleich bezeichnen (oben X mit A. 139). Durch den undifferenzierten, die *culpa* mit umfassenden *casus*-Begriff erweist sich die strafrechtliche Zurechnungslehre im Vergleich zu dem feineren Instrumentarium des zivilen Haftungsrechts als unterentwickelt. Die moderne, auf Feuerbach zurückgehende Unterscheidung zwischen '*luxuria*' als bewußter und '*neglegentia*' als unbewußter Fahrlässigkeit (196) ist den römischen Quellen unbekannt (197). *Luxuria* ist (neben *lascivia* und *culpa*

(195) Vgl. o. IV a.E. Außer den bereits zitierten Belegen etwa noch Ulp. D. 21, 1, 23, 2:... *Capitalem fraudem admisisse accipiemus dolo malo et per nequitiam: ceterum si quis errore, si quis casu fecerit, cessabit edictum* (der kurulischen Ädilen über die Gewährleistungspflichten eines Sklavenverkäufers). (LEVY, *Ges. Schriften* II 359f. hält den Text teilweise für überarbeitet.)

(196) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*[3] (1978) § 54 II, A.29. Die Vorstellung einer « bewußten *culpa* » ist freilich schon lange vor Feuerbach geläufig, s. ENGELMANN 198ff.

(197) BESCHÜTZ 52: « Die Römer kannten die Unterscheidung zwischen dem Vorhandensein und dem Mangel der Vorstellung bei der *culpa* überhaupt nicht ». Ebenso BURCKHARDT 142. '*Luxuria*' begegnet in römischen Strafrechtsquellen nur ein einziges Mal in D. 47, 9, 11 für die besonders schwere, dem Vorsatz gleichgeachtete Fahrlässigkeit bei der

lata) ein Ausdruck zur Bezeichnung schwerer Fahrlässigkeit, die man bei der Brandstiftung dem Vorsatz gleichstellte, während bei der Tötung eine solche Gleichstellung verneint wurde (oben XII 1).

Als Indizien für die Abgrenzung der Vorsatztat von nicht vorsätzlichem Handeln galten das zur Tat verwendete Werkzeug, sowie eine eventuell bestehende Feindschaft zwischen Täter und Opfer. Handlungen im Streit und in plötzlicher Gemütsaufwallung galten zwar als vorsätzlich, wurden später jedoch milder bestraft und rückten dadurch in die Nähe der Fahrlässigkeitsdelikte (oben VII).

Die Strafen für Fahrlässigkeitstaten waren nicht gesetzlich bestimmt sondern unterlagen dem magistratischen Ermessen. Durch die Strafzumessung nach dem Maße der Schuld (*pro modo culpae, pro modo admissi,* o. A. 173) gewann das Strafrecht humane Züge. Die in den Rechtstexten angedrohten Strafen für fahrlässige Vergehen erscheinen aus heutiger Sicht jedoch für *humiliores* außerordentlich streng (Bergwerks- oder gar Kapitalstrafe, o. III, V), für *honestiores* dagegen entsprechend der grundlegenden Zweigleisigkeit des römischen Strafensystems ([198]) recht milde (nur zeitige Verbannung, o. IV).

Die liberale Behandlung fahrlässiger Täter blieb auch unter dem absoluten Kaisertum des spätantiken Dominats im wesentlichen erhalten (oben VI a.E.), obschon es sonst oft zu unmäßiger Strenge neigte ([199]). Ob der gleiche liberale Geist, wie ihn die schriftlichen Rechtsquellen bezeugen, auch immer die Praxis beseelte, muß hier freilich dahinstehen. Die wiederholte Einschärfung der Straflosigkeit unvorsätzlicher Tötungen durch die *principes* (oben VI) könnte eher das Gegenteil andeuten.

Brandstiftung, s.o. X a.E. Über *neglegentia* s.o. A. 162. Unseren *dolus eventualis* kannten die Römer ebensowenig, vgl. LÖFFLER 107, BESCHÜTZ 43.

(198) Vgl. DE ROBERTIS (o.A.173). Über die Fortwirkungen in der Rezeptionsgeschichte H. GWINNER, *Der Einfluß des Standes im gemeinen Strafrecht* (Strafrechtl. Abh. 345, 1934); H. TRUFFER, *Der Einfluß des Standes im allgemeinen und zürcherischen Strafrecht von* 1300-1798 (Winterthur 1960).

(199) Vgl. einige Beispiele bei BURCKHARDT 133.

2. Die byzantinischen Kaiser ließen die Tötungsdelikte des römischen Strafrechts ohne einschneidende Veränderungen fortgelten ([200]). Von den Römern beeinflußt (jedenfalls in der Terminologie) sind auch manche Stammesrechte der Germanen, zumindest soweit sie ihnen räumlich nahestanden wie die Westgoten ([201]). Sogar in der Carolina begegnen noch zahlreiche aus den römischen Quellen entlehnte Beispiele ([202]).

Bei der Zweideutigkeit des klassischen *casus*-Begriffs bestand die Aufgabe der oberitalienischen Rechtslehrer zunächst darin, den zurechenbaren '*casus improvisus*' vom nicht zu vertretenden '*casus fortuitus*' zu sondern ([203]). Unter dem Einfluß des kanonischen Rechts, das alle Schuld mit Kirchenbuße belegte ([204]), kehrte sich die grundsätzliche Straflosigkeit fahrlässiger Taten des antiken römischen Rechts in der Folgezeit jedoch um in den gegenteiligen Grundsatz der Strafbarkeit jeder *culpa* ([205]), ja sogar der *culpa levissima* ([206]). Auf diese Weise gelangte man zu einem Generaltatbestand der strafbaren Fahrlässigkeit, wie ihn Art. 64 des von Feuerbach verfaßten bayerischen Strafgesetz-

(200) SINOGOWITZ, *Die Tötungsdelikte im Recht der Ekloge Leons III. des Isauriers*, SZ 74 (1957) 316ff.; zur grundsätzlichen Straflosigkeit unvorsätzlicher Tötungen bes. 336ff.

(201) BESCHÜTZ 66f., 73f.; bes. 74ff. Zu Einzelheiten oben A. 55, 69, 127.

(202) Vgl. zu § 146 CCC (o. A. 78) KOLLMANN (o. A. 78) 623ff. passim; auch LÖFFLER 162ff.; BESCHÜTZ 136ff.; Eb. SCHMIDT § 97, § 162 und o.A. 135. Zum noch deutlicheren Einfluß auf den Klagspiegel BESCHÜTZ 129ff. und o.A. 78.

(203) ENGELMANN 207ff., 214ff., BESCHÜTZ 109ff.; SCHAFFSTEIN 155ff.; BOLDT (u.A. 207) 627ff. In den römischen Quellen ist diese Unterscheidung nicht durchgeführt, vgl. oben nach A. 116. Über Zufall und Fahrlässigkeit in den oberitalienischen Statuten G. DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter* (1931) 257f., 271ff.

(204) Vgl. ENGELMANN 210ff.; LÖFFLER 136ff.; KOLLMANN (o.A. 159) 50ff.; SINOGOWITZ (o.A. 199) 338.

(205) Zur umstrittenen Praxis und Lehre ENGELMANN 224ff.; SCHAFFSTEIN 146ff., 153ff.

(206) So schon die Glossa ordinaria und die vor allem von Bartolus vertretene herrschende Lehre; vgl. ENGELMANN 225; SCHAFFSTEIN 155. Cinus und die französische Schule wollten dagegen einschränkend nur bei *culpa lata* strafen; vermittelnd Baldus.

buchs von 1813 enthielt (207) und ihn heute in modifizierter Gestalt noch das spanische Recht kennt (208). Bis in die Naturrechtsepoche hielt man jedoch daran fest, daß nur die vorsätzliche Tat ein *verum crimen* sei, während die fahrlässige als *quasi-delictum* nur mit einer arbiträren *poena extraordinaria* zu belegen sei (209). Dieser letztlich dem klassischen römischen Recht entstammende Systemgedanke wirkt noch im geltenden Recht fort, wenn man die Fahrlässigkeit heute als Ausnahmeschuldform begreift (oben II). Und bei den Pendelschlägen, die die Bestrafung der Fahrlässigkeit in der juristischen Dogmengeschichte die Jahrhunderte hin durchlief, nähert sich ein jüngst unterbreiteter, wenngleich umstrittener Reformvorschlag wieder dem römischen Recht an, « geringfügige » Fahrlässigkeit straffrei zu lassen und nicht vorsätzliches Handeln damit zumindest teilweise zu entkriminalisieren (210).

(207) Die Generalklausel wurde erst im Laufe des 19. Jh. unter Feuerbachs eigenem Einfluß auf bestimmte Tatbestände eingeschränkt; s. Heinr. STORCH, *Über den Begriff, die Arten und die Bestrafung der culpa, nach der deutschen strafrechtlichen Literatur von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch* (Diss. Göttingen 1913) 61ff.; G. SCHUBERT, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für Bayern 1824* (1978) 102ff.

(208) CÓRDOBA RODA, Zeitschrift für die ges. Strafrechtswiss. 81 (1969) 425ff., 429ff.

(209) G. BOLDT, *J.S.F. von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft* (1936) 78ff., 355ff., 387; WELZEL (o.A.24) § 18 Einl. S. 127f.; E. KAUFMANN, Art. *Fahrlässigkeit*, HRG I 1045ff.

(210) So der von BAUMANN (und vielen anderen) erarbeitete *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil* 2 (1969) § 16 II (mit Begründung S. 53). Lit. über das *pro et contra* bei JESCHECK § 54 II 2 a.E., S. 462 A. 40. Mit « geringfügiger » Fahrlässigkeit ist eine besonders leichte gemeint, also etwa *culpa levissima*. Auch in den USA und der DDR ist die Strafbarkeit der leichten Fahrlässigkeit eingeschränkt, s. den rechtsvergleichenden Überblick bei JESCHECK § 54 V S. 466. Ablehnend zu § 16 II AE. SCHMIDHÄUSER (o.A. 148) § 10/111 a.E. S. 448 unter Hinweis auf die ausreichenden Möglichkeiten der Strafaussetzung zur Bewährung und der Verwarnung mit Strafvorbehalt. Vgl. überdies die Möglichkeiten zur Einstellung des Strafverfahrens nach §§ 153ff. StPO.