

Europäische Rechtsgeschichte

Schlosser

4., überarbeitete und erweiterte Auflage 2021

ISBN 978-3-406-76861-3

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

thode des „mos geometricus“ theoretisch vorbereitet. Der Beitrag, den sowohl die „Practica criminalis“ von Clarus wie der „Tractatus criminalis“ von Decianus als Wegbereiter dazu geleistet haben, wirkte richtungweisend.

Prosper Farinacius (Prospero Farinacci, 1544–1618), von Papst Clemens VIII. (1592–1605) zum Procurator fisci des Kirchenstaats ernannt und in hohe Richterämter der „Camera Apostolica“ berufen, hatte seine Biographen wegen des als schwerkriminell und moralisch anstößig empfundenen Lebenswandels irritiert. Dessen ungeachtet war er einer der bekanntesten und produktivsten Strafrechtswissenschaftler seiner Zeit. Sein internationales Ansehen und die Verbreitung seiner Schriften in Europa überstrahlten den Ruf von Clarus und Decianus. 34

Die moderne Forschung sieht in Farinacius allerdings immer noch vorwiegend den emsigen Sammler fremder Rechtsauffassungen und Fortsetzer der theoretischen wie praktischen Leistungen seiner Vorgänger. Dass er dabei deren geistiges Erbe – Decianus schätzte er als „vir doctissimus“ – methodisch wie dogmatisch originell und tiefgehend fortentwickelt hatte (z. B. durch die Lehren von den Strafzwecken oder Verbrechenskonkurrenzen/Kumulationsprinzip), wird übersehen. Die untypische Biographie hat offensichtlich die tatsächlichen Verdienste des Gelehrten um die wissenschaftliche wie praktische Verbreitung des Kriminalrechts relativiert, wenn nicht verdunkelt.

Tatsächlich wurde der europäischen Strafrechtswissenschaft durch Farinacius das gelehrte *Ius criminale* und seine reiche Judikatur hervorragend systematisiert und praxisorientiert in dem breitesten möglichen Umfang vermittelt. Das enzyklopädische Hauptwerk „*Praxis et theoria criminalis*“ (1581) gehörte bis weit in das 19. Jahrhundert in Europa zu den meist gelesenen, in der Fachliteratur, in Gutachten oder Entscheidungsgründen zitierten kriminalrechtlichen Schriften. Der Vorwurf fehlender eigener Originalität „einer ungeordneten Existenz“ als „eklektischer Kompilator“ verkennt seine Bedeutung gründlich (E. Dezza). 35

Zu seiner Berühmtheit hat auch eine rechtlich wie politisch fragwürdige Strafverteidigung beigetragen, deren Strategie er in Grundlinien in seiner Gutachtensammlung publiziert hatte (*Responsa criminalia I*, cons. LXVI, 1606). Im Prozess gegen die junge römische Adelige *Beatrice Cenci* (1577–1599), die des Mordes an ihrem Vater beschuldigt wurde, war Farinacius „Defensor“ der Angeklagten. Mit dogmatisch oberflächlichen, nicht überzeugenden Argumenten hatte

der Strafrechtsexperte die Tötungshandlung der durch erwiesene sexuelle Gewalttaten ihres Vaters bedrängten Tochter als Notwehr in Selbstverteidigung zu rechtfertigen versucht. Beatrice Cenci wurde in Rom öffentlich hingerichtet, nachdem der Papst als Gerichtsherr auch unter sehr fragwürdigen Begleitumständen ihr Begnadigungsgesuch abgelehnt hatte. Die Tragödie inspirierte wiederholt die moderne Literatur zur Darstellung des seinerzeit großes Aufsehen erregenden Kriminalfalles (Percy Shelley, Stendhal).

2. Europäische Formgeber

- 36 *Andreas Tiraquellus* (André Tiraqueau, 1488–1558), humanistisch hochgebildeter Jurist und Mitglied des Parlement de Paris, war in Frankreich ein kongenialer Partner der führenden italienischen Kriminaljuristen. Wissenschafts- und wirkungshistorisch steht sein Werk gleichgewichtig neben den Schriften von Clarus, Decianus und Farinacius am Beginn der Epoche des Strafrechts der Aufklärung in Europa. Seine Lehren fanden in der kriminalrechtlichen Doktrin und Literatur des 17. Jahrhunderts große Beachtung; sie waren wichtige Beiträge zur Modernisierung speziell des Verfahrensrechts.
- 37 Schwerpunkt seiner Arbeiten war eigentlich das Zivilrecht und die Schrift „*De poenis legum temperandis aut etiam remittendis*“ (1559, posth.), seine einzige, allerdings vielbeachtete strafrechtliche Publikation. Sein Rechtsdenken wurde maßgeblich durch die antike Philosophie (Aristoteles, Platon) und den Humanismus geprägt. Hauptgegenstände seines Werks waren die allgemeinen entschuldigenden Strafmilderungs- und Strafausschließungsgründe in ihren Auswirkungen auf die prozessualen Befugnisse des Richters zur Abänderung oder zum Absehen von der Strafe. Eine subjektiv täter- und objektiv tatbezogene Straffestsetzung war nach geltendem Recht grundsätzlich unmöglich. Der Richter durfte von der für das bewiesene Delikt gewöhnlich oder gesetzlich bestimmten absoluten, „ordentlichen Strafe“ (*poena ordinaria*) nicht abweichen.
- 37a Demgegenüber hatte Tiraquellus den Richter ausdrücklich ermächtigt, bei Vorliegen besonderer Umstände (*causae*) von dem festen Strafbann abzugehen. In diesen besonderen Fällen sollte „*ex causa*“ eine „arbiträre“, d. h. verhältnismäßige Ermessensstrafe „*extra ordinem*“ ausgesprochen werden können. Bei der Bemessung dieser „außerordentlichen Strafe“ (*poena extraordinaria*) musste der Richter die

persönliche Schuld des Täters und die Schwere der Tat angemessen berücksichtigen (Proportionalitätsgrundsatz). Tiraquellus hatte in einem auf kirchliche Wurzeln (Beichtjurisprudenz) zurückgehenden ausführlichen Katalog die maßgeblichen Kriterien (64 *causae*) für die Strafänderungsbefugnis detailliert aufgezählt (z. B. Alter, Geschlecht, Krankheit, Irrtum, Notwehrexzess, Notwehr, Nothilfe).

In der Lehre von der Strafe propagierte Tiraquellus als deren 38 Hauptzwecke vorrangig die Prävention und Besserung neben der Repression. Zur Begründung berief er sich auf einen bereits von den italienischen Kommentatoren (im Anschluss an Lucas de Penna in Neapel, † vor 1389) verwendeten, auf Platon und Lucius Annaeus Seneca († 65 n. Chr.) zurückgehenden stoischen Topos: „Kein Vernünftiger straft, weil gefehlt wurde, sondern damit nicht Unrecht getan wird“ (*nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*). Die Aufklärer hatten den Satz später zur Glaubensformel erhoben.

Den flämischen Rechtspraktiker Joos de Damhouder (1507–1581) 39 beachtet die Forschung häufig zu Unrecht nur beiläufig als Mitglied der humanistischen Juristenelite. Nach einem Rechtsstudium an den Universitäten in Löwen, einem Zentrum des Humanismus, und in Orléans arbeitete er als Anwalt, Gerichtsschreiber (Brügge) und Rat der belgischen Finanzverwaltung (Brüssel). Tatsächlich hatte er sich nicht durch eigenständige tiefgehende wissenschaftliche Arbeiten literarisch profiliert. Zu einem Bestseller-Autor wurde er vielmehr durch ein für die Praxis bestimmtes, international anerkanntes Werk. Die „*Practica rerum criminalium*“ (1554 u. öfter) war in niederländischer und lateinischer Sprache erschienen, in französischer (1555) und deutschen Übersetzungen (1565) weit verbreitet. Ihr Inhalt stammte jedoch nur teilweise vom Autor.

Damhouder hatte ein unveröffentlichtes Manuskript des hochran- 40 gigen flämischen Juristen Filips Wielant (1441–1520) unverhohlen plagiiert, das er besaß. Seine Eigenleistung bestand im Wesentlichen in einem Kommentar der Originalvorlage. Er verfasste einen ausführlichen Deliktskatalog mit eingehender Beschreibung der einzelnen Tatbestandsmerkmale und der verwirkten Strafen. Sein humanistisches Strafrechtsdenken verriet auch die Zweckbestimmung der Strafe als generalpräventives Mittel der Abschreckung zur Verhütung eines größeren Übels (*unius poena, metus multorum* – Strafe des Einzelnen, Furcht vieler). Damit folgte er konsequent der Strafzwecklehre der Aufklärer gemäß dem stoischen Programmsatz der Generalprävention (*nemo prudens punit... ne peccetur*). Vor allem in Hexenprozes-

sen fand seine Lehre von der Magie große Beachtung; allerdings gab sie nur den allgemein herrschenden materiell- wie verfahrensrechtlichen Meinungsstand wieder. Den großen Erfolg verdankte die „Practica“ auch den Abbildungen zu einzelnen Deliktstypen, typischen Begehungsformen und Prozesshandlungen (57 Holzstiche), mit denen der Autor sein Werk versehen ließ. Das zu Studienzwecken bebilderte Werk war in der bisherigen Kategorie juristischer Lehr- und Handbücher eine sensationelle literarische Neuerung.

- 41 Wirkungsgeschichtlich vergleichbar bedeutend waren die Werke des Kriminaljuristen *Antonius Matthaeus II.* (1601–1654), der einer deutsch-holländischen Gelehrtenfamilie entstammte. Nach einem Rechtsstudium in Marburg/Lahn und Groningen lehrte er an der Universität in Utrecht. Humanistisch gebildet war er ein hervorragender Kenner des rationalen Naturrechts und gilt als der „prominenteste und aufgeklärteste Vertreter“ der zeitgenössischen Strafrechtswissenschaft (M. Ahsmann).

Das internationale Ansehen von Matthaeus II. begründete der vor allem in der Praxis viel beachtete „*Commentarius de criminibus*“ (1644). Darin erläuterte und analysierte er historisch-philologisch die Deliktfiguren der Digesten (*libri terribiles*, 47, 48) mit ihren Sanktionen und verglich sie mit Delikten des geltenden niederländischen Strafrechts (*jus municipale*). Eingehend behandelte er Vorsatz und Schuld, strafbares Handeln durch positives Tun bzw. Unterlassen und Probleme der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund. Diese Grundfragen der Verbrechenslehre sind heute Inhalte des Allgemeinen Teils.

- 41a Matthaeus II. wollte mit „*De criminibus*“ das gesamte materielle und prozessuale Strafrecht am Vorabend der Aufklärung im Sinne des Rationalismus erneuern und hatte die Strafrechtswissenschaft und Strafpraxis in ganz Europa nachhaltig beeinflusst. Eine holländische Übersetzung erschien 1769 und Nachdrucke noch Anfang des 19. Jahrhunderts (Pavia 1803, Florenz 1824). Neben den Italienern Julius Clarus und Tiberius Decianus, den Deutschen Benedict Carpzov und Petrus Theodoricus gehörte Matthaeus II. zu den bedeutendsten Kriminaljuristen der Aufklärungszeit.

IV. Eigenständige Entwicklungen

1. Holländische elegante Schule

In den Niederlanden bestimmte in der Zeit von 1500 bis 1800 die 42 von der internationalen Forschung „Holländische elegante Schule“ bezeichnete Strömung die Rechtswissenschaft. Ihre Bedeutung hatte die deutsche Historische Rechtsschule negativ beurteilt. Neue Untersuchungen haben das Innovative der holländischen eleganten Jurisprudenz für die europäische Rechtsentwicklung wiederentdeckt.

Wesensmerkmale ihres Programms war eine antiquarische, philologisch-philosophisch verfeinerte Textkritik im Sinne des flexiblen „mos gallicus“, die „elegant“ (im Sinne von *stringent*) mit den Methoden des „mos italicus“ kombiniert wurde. Das Ziel war die Entwicklung eines nationalen holländischen Rechts, das mit Elementen des römischen Rechts eine systemfeste Einheit bildete und vor allem forensisch praktikabel war. Die 1575 errichtete Universität Leiden wurde Zentrum der eleganten Schule. Die hier in der Tradition von Jacques Cujas und Hugues Doneau lehrenden und forschenden Gelehrten haben mit ihren Werken in unterschiedlicher Intensität auf die Entwicklung des Rechts in Europa eingewirkt.

Einer der führenden Vertreter der holländischen eleganten Schule 43 war *Arnold Vinnius* (1588–1657). Sein weit verbreiteter Kommentar zu den Institutionen (1642) zählte zur Grundlagenliteratur im Rechtsstudium. Methodisch richtungweisend wurde die Verflechtung der antiquarischen Textkritik im theoretischen Unterricht mit Erklärungen des geltenden niederländischen Rechts für die Praxis.

Für den Stil und das Ansehen der Schule prägend wurden *Gerard Noodt* (1647–1725) und sein Schüler *Antonius Schultingh* (1659–1734). Noodt fand mit revolutionären Arbeiten zur Volkssouveränität, Religionsfreiheit und gegen das kanonische Zinsverbot große Beachtung. Eine Studienordnung wurde von ihm nach humanistischen Grundsätzen gestaltet. Die Forschung sieht in Noodt und Schultingh herausragende Vertreter des „antiquarischen Zweigs“ der Schule und Vorreiter der Aufklärung.

Johannes Voet (1647–1713) war einer der Ersten, der sich vom antiquarischen wissenschaftlichen Programm des eleganten juristischen Humanismus gelöst hatte. Er stellte die praktische Relevanz des zeit-

gerecht veränderten römischen Rechts in den Vordergrund und erweiterte sein Lehrgebiet in Leiden erstmals offiziell um das „heute geltende Recht“ (*jus hodiernum*). Sein Interesse galt der Nutzbarmachung der antiken Quellen für das geltende niederländische Recht. Diese Anbindung demonstrierte er in dem Hauptwerk „Commentarius ad Pandectas“ (1698/04) und fand damit europaweites Ansehen. Das Buch enthielt zahlreiche Bezüge zum Naturrecht und wurde Grundlage der freieren Richtung des sog. „Romeins-Hollandse-Regt“, einer aus römischen, holländischen und angelsächsischen Rechtselementen bestehenden Mischrechtsordnung. In den Ländern, die vormals holländische Kolonien waren, ist der Pandektenkommentar für das Roman-Dutch-Law immer noch aktuell. Die englische Übersetzung besitzt in der Praxis den Charakter eines „book of authority“. Wegen der Bedeutung der humanistischen Rechtskritik für das nationale geltende Recht und für die praktische Umsetzung dieser Verbindungen zählt die Forschung Voet jetzt zu den Vertretern der neuen Richtung des *Usus modernus*.

2. Österreichischer Pragmatismus

- 44 Die textkritischen Methoden des „*mos gallicus*“ beschäftigten im 16. Jahrhundert auch die österreichische Rechtswissenschaft. Ihre Vertreter interessierte primär der praktische Nutzen der Neuerungen für die Rechtspflege des Alltags. Der dabei entwickelte, von Rechtskontroversen befreite Arbeitsstil war eine pragmatische Reaktion der Wissenschaft auf die Rechtszersplitterung in den altösterreichischen Ländern.
- 45 Der privat- und strafrechtliche „Landesbrauch“, ein Sammelbegriff für die in diesen Territorien geltenden landschaftlichen Statutar- und Gewohnheitsrechte, war unübersichtlich und schwer beherrschbar. Die Reformen begannen mit der Feststellung der geltenden partikularen Rechte. Im Rahmen dieser Arbeiten wurden Widersprüche (*contrarietates*) beseitigt, Unterschiede (*differentiae*) harmonisiert und Übereinstimmungen (*concordantiae*) zwischen Landesbrauch und dem *Ius commune* dargestellt. Diese wissenschaftliche Rechtsvereinheitlichung ergänzten umfangreiche Erläuterungen, lexikalische Rechtszyklopädien und Traktate zu Einzelfragen.
- 46 Diese sog. „Differentien-“ oder „Konkordanzliteratur“ hatte eine zeitgemäße und praktikable Weitergeltung des Landesbrauchs gesi-

chert. *Bernhard Walthter* (1516–1584) aus Leipzig, in Bologna Schüler von Alciatus und später Professor in Wien, gehörte zu den auch politisch tätigen Praktikerjuristen, die für diesen Arbeitsstil das ideale Fachwissen besaßen. Seine privat- und prozessrechtlichen Schriften wurden wegen ihrer Relevanz für die praktische österreichische Privatrechtsentwicklung „Goldene Traktate“ (*Aurei tractatus iuris Austriaci*, 1552/58) genannt. Walthter war ein früher Vertreter des juristischen Humanismus in Österreich. Die Forschung verbindet mit seinem Namen den „Beginn einer eigenständigen österreichischen Rechtswissenschaft“ (U. Floßmann).

Von vergleichbarer Bedeutung für diese Rechtsentwicklung waren 47 die Arbeiten von dem aus Dithmarschen stammenden innerösterreichischen Regimentsrat *Nikolaus Beckmann* (1634–1689). Mit dem „Jus novissimum Romano-Germanicum“ (1678) setzte er die Differentienliteratur eigenständig fort. Das Werk war ein Rechtslexikon, das detailliert das geltende römische Recht mit den partikularen Gewohnheiten behandelte. Beckmanns „*Idea juris statutarii et consuetudinarii*“ (1688) enthielt als wichtigste gedruckte Quelle das Recht von Österreich unter und ob der Enns sowie von Innerösterreich, insbesondere der Steiermark. Er forderte auch die Modernisierung des Rechtsstudiums durch den römisch-deutschen Kaiser Leopold I. († 1705), der als zweiter Justinian (*redivivus et alter Justinianus*) ein aus erneuertem römischem und feudalem Recht bestehendes „*novum ex cultum corpus juris leopoldinum*“ schaffen sollte.

Schrifttum: *D. Maffei*, Gli inizi dell'umanesimo giuridico (1972); *K. H. Burmeister*, Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich (1974); *H. Hübner*, Jurisprudenz als Wissenschaft im Zeitalter des Humanismus, in: FS K. Larenz (1973), 41 ff.; *G. Wesener*, Humanistische Jurisprudenz in Österreich, in: FS H. Baltl (1998), 369 ff.; *K. Luig*, Humanismus und Privatrecht, in: Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht (1998), 73* ff.; *G. Jerouschek* u. a. (Hg.), Benedict Carpvov. Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen (2000); *G. C. J. J. van den Bergb*, Die holländische elegante Schule (2002); *H. Schlosser*, Prospero Farinacci, in: FS K. W. Nörr (2003), 893 ff.; *U. Muhlack*, Der Humanismus als kulturhistorische Epoche (2004); *G. Wesener*, Die Epoche des Usus modernus in Österreich, in: FS K. Ebert (2013), 295 f.; *E. Dezza*, Geschichte des Strafprozessrechts in der Frühen Neuzeit (2017).

7. Kapitel. Forensische Jurisprudenz in Europa

I. Usus modernus pandectarum

- 1 Auf den geistigen Grundlagen des juristischen Humanismus und frühen Rationalismus der Aufklärung entstand im 16./17. Jahrhundert eine eigene Richtung der Jurisprudenz mit europaweiter Ausstrahlung. Systemprägendes Kennzeichen war die strenge Orientierung des geltenden Rechts und der Techniken der forensischen Rechtsverfolgung an den konkreten Anforderungen der Rechtspraxis. Ihre Repräsentanten teilten mit den Humanisten die historisch-antiquarische Kritik am justinianischen Recht, ohne jedoch bei den Rechtsstudien mit den starren Methoden des bartolistischen „mos italicus“ zu brechen. Die Strömung verlor ihren Einfluss erst mit dem Inkrafttreten der nationalen Kodifikationen im 18./19. Jahrhundert.
- 2 Die zeitgenössische Fachliteratur und Historiographie bezeichnete diese Jurisprudenz „Usus modernus pandectarum“. Der Begriff wies auf einen Arbeits- und Wissenschaftsstil hin, der das geltende gelehrte römische „Pandekten-Recht“ für die Praxis und den forensischen Gebrauch (*usus*) zeitgemäß (*modernus*) fortbilden sollte. Gegenstände dieser Verflechtung des Rechts mit der Rechtspraxis waren alle Rechtsgebiete einschließlich des Staats- bzw. des protestantischen Staatskirchenrechts.
- 2a Auf mögliche Wege einer wirklichkeitsnahen Rechtserneuerung hatte bereits Hermann Conring durch die Widerlegung der These von der gesetzlichen Einführung des römischen Rechts ansatzweise hingewiesen (Lotharische Legende, 1643). Er erklärte zur Aufgabe der deutschen Rechtslehre, das gelehrte Recht mit den partikularen Rechten zu einer zeitgemäßen Rechtsordnung als Grundlage der praktischen Rechtspflege zu verbinden. Beide Rechtsquellen sollten von Anwälten und von einem Gerichtspersonal ohne profundes gelehrtes Rechtswissen fachgerecht angewendet werden können. Bei der inhaltlichen Anpassung an die Rechtspraxis mussten die aus sozialen oder ökonomischen Gründen auf die lokalen Verhältnisse nicht anwendbaren Rechtssätze (z. B. römisches Sklavenrecht) entfernt werden. Das Gebot des Geltungsvorranges des partikularen vor dem römischen Recht blieb unbeachtet.