

Abschlussklausur

Rechtsgeschichte (Master)

I. Die Rechtsgeschichte erfüllt mehrere Funktionen. Hierbei ist sie eng verflochten mit anderen Wissenschaften. Skizzieren Sie bitte die hauptsächlichen Perspektiven und Funktionen der Rechtsgeschichte mit Blick auf

1. die rechtswissenschaftliche Dogmatik; **(2 Punkte)**

Die Rechtsdogmatik unternimmt die systematische und begriffliche Durchdringung des geltenden Rechts. Der historische Blick auf das Recht ist dazu in der Lage, der dogmatischen Analyse Hinweise über die Wandelbarkeit (und Unwandelbarkeit) von Rechtssätzen und Rechtsinstituten zu geben. Zudem legt Rechtsgeschichte Regelungstraditionen offen, die der dogmatischen Analyse von Recht zugrunde liegen. Rechtshistorische Forschung ist ausserdem in der Lage, im Durchgang durch die Geschichte die je historischen Bedingtheiten dogmatischer Analyse deutlich zu machen. Sie ermöglicht damit die Selbstreflexion dogmatischer Analyse.

2. die Sozialwissenschaften; **(2 Punkte)**

Indem Rechtsgeschichte nach den Bedingungen für die Entstehung, Wandlung und Durchsetzung rechtlicher Normativität fragt, ist sie auch Ansprechpartnerin für die Sozialwissenschaften. Die Sozialwissenschaften umfassen jene Wissenschaften, welche die Phänomene des gesellschaftlichen Zusammenlebens der Menschen theoriegeleitet und zum Teil empirisch untersuchen. Die Rechtsgeschichte vermag insbesondere die Frage nach der Bedeutung von sozialen und wirtschaftlichen Interessen, z.B. im Kontext des Steuerungs- und Wirtschaftsrechts, zu beantworten. Zudem spiegelt sich im Recht auch immer die Organisation politischer Herrschaft. Schliesslich zeigt die Rechtsgeschichte auch die Grenzen rechtlicher Steuerungsmacht auf, woran sozialwissenschaftliche Überlegungen ebenfalls anschliessen können.

3. die Geschichtswissenschaft. **(2 Punkte)**

Die Rechtsgeschichte und Geschichtswissenschaft verbindet ihre Perspektive auf Vergangenes. Beide Disziplinen beschäftigen sich mit der Frage nach den Bedingungen von Wandel und Veränderung von Wirtschaft, Gesellschaft, politischer Herrschaft und sozialen Sinngestaltungen. Teilweise wird vertreten, die Rechtsgeschichte sei eine Spezialdisziplin der Geschichtswissenschaft, die sich durch ihren Gegenstandsbereich, die rechtliche Normativität, von anderen Zweigen der Geschichtswissenschaft abhebe. Diese Position ist vertretbar. Dagegen spricht allerdings, dass der Aufgabenbereich rechtshistorischer Forschung weiterreicht. Wie oben gezeigt, muss die Rechtsgeschichte auch der dogmatischen Rechtswissenschaft Antworten auf die Entstehung und Tradition von Rechtsinstituten und Rechtssätzen für das geltende Recht liefern.

Insgesamt: 6 Punkte

II. Die Rezeption des römischen Rechts, insbesondere des Corpus Iuris Civilis, zieht sich kontinuierlich durch die europäische Rechtsgeschichte.

1. Wo nahm eine erste wissenschaftliche Beschäftigung mit den römischen Rechtstexten insbesondere des Corpus Iuris Civilis ihren Anfang und wie wird die hieraus entstandene Wissenschaft bezeichnet? (2 Punkte)

Die wissenschaftliche Beschäftigung mit römischen Rechtstexten begann an den norditalienischen Universitäten nach der Wiederentdeckung der Digesten im 11. Jahrhundert. Die römischen Rechtsquellen wurden zunächst mit Glossen versehen. Dies sind Erläuterungen, die am Rand des Textes oder zwischen den Zeilen notiert wurden. Die hieraus entstandene Wissenschaft wird als Legistik bezeichnet.

2. Inwiefern lässt sich ein Wandel in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit den römischen Rechtstexten unter Anwendung des *mos italicus*, *mos gallicus* und *usus modernus pandectarum* feststellen? (5 Punkte)

In der frühen Jurisprudenz bilden die Universitäten den institutionellen Rahmen für die vertiefte Beschäftigung mit Rechtstexten. Als Instrument der Normanalyse dient dabei die scholastische Methode, die häufig als zentrale Methode der Theologie bezeichnet wird. Für die Deutung der Texte wird die Vernunft als Mittel anerkannt. Ziel der scholastischen Wissenschaft war es, aus der Vielfalt autoritativer Texte eine widerspruchslöse harmonische Sinneinheit zu schaffen, um auf diese Weise sicher zu stellen, dass die Autorität jeder Einzelaussage nicht durch Widersprüche anderer Aussagen gefährdet wird. Um dieses Ziel zu erreichen, wurden Textwidersprüche systematisch analysiert und beseitigt. Durch die fortlaufende Textredaktion in Form von Kommentierungen entstehen umfangreiche Erläuterungswerke, die sich zunehmend an autoritativen Lehrmeinungen orientieren. Die wachsende Bedeutung der Autorität schlägt sich auch allgemein im rechtswissenschaftlichen Diskurs nieder. Als Überbegriff für diese Bearbeitung normativer Texte hat sich der Ausdruck *mos italicus* etabliert.

Im Zuge des Humanismus verändern sich Strukturen und Praktiken des Rechtswissens: Die Orientierung an überkommenen Autoritäten nimmt ab, sei es an Autoritäten von juristischen Lehrmeinungen, sei es an der Autorität des überkommenen Gesetzestextes nimmt ab. Dem entspricht es, dass sich ein Teil der humanistischen Jurisprudenz intensiv mit der Geschichte und der Textüberlieferung der römischen Rechtstexte auseinandersetzt. Dabei entstehen Texteditionen und intensive Auseinandersetzungen mit dem Kontext der je behandelten Texte. Das römische Recht verliert auf diese Weise seine Zeitlosigkeit und wird nicht mehr als abstrakter, unveränderlicher Rechtssatz wahrgenommen. Diese Art der Bearbeitung des Rechtswissens wird als *mos gallicus* bezeichnet. Seine wissenschaftliche Weiterentwicklung findet der *mos gallicus* im 16. und 17. Jahrhundert in der sogenannten eleganten niederländischen Jurisprudenz und im *usus modernus pandectarum*. Beide Strömungen setzen auf eine systematisierende Erfassung des Rechtsmaterials, auf ein Zusammenführen von *ius commune* und einheimischem *ius proprium*.

Die Epochenbezeichnung *usus modernus pandectarum* (seit dem ausgehenden 17. Jahrhundert, a. A. auch gut vertretbar: Mitte des 15. bis Mitte des 18. Jahrhunderts), die sich nach h.M. vom Titel eines Werks von Samuel Stryk ableitet, benennt die neue wissenschaftliche Herangehensweise an die Pandekten (Digesten) im Besonderen und an das römische Recht im Allgemeinen: Die überkommenen Texte römischen Rechts werden freier als zuvor verwendet, um den zeitgenössischen rechtlichen Fragestellungen gerecht zu werden. Die Rechtswissenschaft löst sich damit endgültig von der im *mos italicus* vorherrschenden starken Orientierung an Autoritäten (Baldus, Bartolus; Glosse). Der

usus modernus pandectarum nimmt die Ansätze des *mos gallicus* auf, geht jedoch noch einen Schritt weiter: Er bemüht sich darum, rechtliche Lösungen nicht nur in den konkreten Vorschriften des römischen Rechts zu suchen, sondern aus ihm abstrakte Regeln zu gewinnen und es in Einklang zu bringen mit zeitgenössischen lokalen und regionalen Rechtssätzen (Partikularrecht). Beispielsweise wird in Sachsen gezielt das römische Recht mit lokalen Rechtsquellen, vor allem dem Sachsenspiegel, verbunden. Die Wissenschaft des römischen Rechts orientiert sich damit insgesamt stärker als zuvor an den Bedürfnissen der Gerichtspraxis.

3. Wie verbreitet war das Römische Recht in seiner praktischen Anwendung während dieser Zeit bzw. in welchem Verhältnis stand es zu anderen Rechtsquellen? **(3 Punkte)**

Die analytische Beschäftigung mit römischrechtlichen Texten erfolgt schon seit dem 9. Jahrhundert und wird insbesondere in den ottonisch-salischen Königsurkunden greifbar. Gegen Ende des 11. Jahrhunderts findet diese Verbreitung des römischen Rechts in der Gesetzessammlung des sogenannten *Liber Papiensis* Niederschlag, einer in Pavia entstandenen Sammlung des Langobardenrechts: Hier wird auf das römische Recht als universales, allgemeines Recht Bezug genommen. Die kontinuierliche Auseinandersetzung mit römischrechtlichen Texten bildet den Hintergrund für die Wiederentdeckung der Digesten im Laufe des 11. Jahrhunderts und zu deren Verbreitung in Form der *Littera Florentina* von Süditalien her. In diesem Zusammenhang steht auch der Anfang des Rechtsunterrichts in Bologna im 12. Jahrhundert. Als Begründer der Rechtsschule in Bologna gilt Irnerius (etwa nach 1116). Die Beschäftigung mit römischrechtlichen Normtexten gewinnt durch die mit dem Digestenfund erneute Verfügbarkeit spätantiker, nicht vulgarisierter Texte an Bedeutung und wird durch den Rechtsunterricht institutionalisiert. Entscheidend ist dabei die neu entstehende Autorität des geschriebenen Wortes, die „Verbindlichkeit“ normativer Texte. Die Normtexte werden als *leges* des Kaisers aufgefasst. Diese Verknüpfung verleiht ihnen besondere Wertschätzung und betont ihre Verbindlichkeit, auch wenn die älteren Stammesrechte und Kapitularien durch das römische Recht keineswegs verdrängt werden; stattdessen wird das römische Recht zur im Zweifel subsidiären Rechtsordnung gegenüber anderen Texten.

Die humanistischen Entwicklungen in Europa wirken sich auch auf die Rezeption des römischen Rechts in Europa aus. Mit der im Jahr 1495 erlassenen Reichskammergerichtsordnung erhielt die Rezeption römischen Rechts im Reichsgebiet Vorschub. § 3 RKGO sah für Prozesse vor dem Reichskammergericht zwar den Vorrang des jeweiligen örtlichen Partikularrechts vor dem sogenannten „gemeinen Recht“ vor (Subsidiarität des römischen Rechts). Gleichzeitig beinhaltete sie aber auch die „begründete Vermutung“ (*fundata intentio*) der Geltung des römischen Rechts. Für die Praxis bedeutete dies, dass diejenige Partei, die sich auf vom römischen Recht abweichendes Partikularrecht berief, dessen Geltung beweisen musste. Eine Ausnahme sollte gelten, wenn es sich um sogenanntes „notorisches“ Partikularrecht handelte, also solches, dessen Geltung gerichtsbekannt war. Römisches Recht findet damit zwar weiterhin nicht nur in städtischen und landesherrlichen Gerichten Anwendung, sondern auch in der Reichsgerichtsbarkeit. Aber ebenso wie Weltbilder, naturwissenschaftliche Gewissheiten und Glaubenssätze wird auch der absolute Vorrang römischen Rechts in der überkommenen Form kritisiert. Die damit einhergehende Historisierung des römischen Rechts öffnet das Recht auch für die Anwendung anderer, häufig lokaler Rechtsordnungen und Rechtssätze.

Im *usus modernus pandectarum* orientiert sich die Rechtswissenschaft stärker als zuvor an den Bedürfnissen der Gerichtspraxis, insbesondere durch die Einbeziehung von Partikularrechten, wird das römische Recht in seiner praktischen Bedeutung relativiert und büsst seinen Anspruch als *die* autoritative Rechtsquelle Europas ein. Diese Entwicklung wird begleitet und verstärkt durch die Lösung des römischen Rechts von seiner kaiserlichen Autorität: Seit dem Mittelalter hatte das römische Recht insbesondere auf Grund seiner Wahrnehmung als kaiserliches Recht besondere Wertschätzung und Autorität genossen. Ausgangspunkt hierfür war die v. a. in der Zeit der Reformation sehr verbreitete Annahme, dass der römisch-deutsche König und Kaiser Lothar III. (1125-1137) das römische Recht durch Gesetz in Deutschland eingeführt hätte, nachdem er 1137 bei der Eroberung der süditalienischen Stadt Amalfi eine Handschrift der Digesten erbeutet hätte („Lotharische Legende“). Hermann Conring gelang es im 17. Jahrhundert, nachzuweisen, dass das römische Recht tatsächlich nicht über eine kaiserliche gesetzliche Anordnung in Deutschland unmittelbar für anwendbar erklärt worden war; vielmehr hätte es über den praktischen Gebrauch Aufnahme in das Rechtsleben gefunden (Rezeption). Den regelmässig auch in der juristischen Praxis tätigen Wissenschaftlern gelingt die an den praktischen Bedürfnissen, häufig dem Gerichtsgebrauch, ausgerichtete Verknüpfung des bisherigen gelehrten Rechts mit lokalen Rechtsmaterialien und die Sezierung verschiedener Rechtseinflüsse.

4. Welche Positionen bezogen die zwei Hauptströmungen der Historischen Rechtsschule zum römischen Recht? **(4 Punkte)**

Die Historische Rechtsschule bewertet das Recht als organisch gewachsen. Auch das römische Recht gilt als ein Produkt der Geschichte, das sich einerseits historisieren lässt, gleichzeitig aber anwendbar ist. Aus diesem evolutionären Denken, das Antwort auf die Französische Revolution und insbesondere die im Namen der Vernunft verübten Gräueltaten ist, entwickelten sich zwei Hauptströmungen, die Romanistik und die Germanistik. Sie unterscheiden sich mit Blick auf ihre unterschiedliche Haltung zum römischen und zum einheimischen Recht.

Als Begründer der Historischen Rechtsschule und Vertreter der Romanistik gilt gemeinhin Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Für Savigny ist Recht nicht ein Produkt einer abstrakten Vernunft, sondern ein historisches Produkt jedes Volkes, jeder Nation, welches aufgrund der unterschiedlichen geographischen und klimatischen Voraussetzungen unterschiedlich und wandelbar ist. Wie jede Nation ihre historische Identität besitze, besitze auch das Recht eine solche. Im „Volksgeist“ (Volksbewusstsein) seien, ähnlich wie die (ebenso wandelbare) Sprachen, Sitten und Gebräuche auch die Rechtsüberzeugungen „gespeichert“ und unterlägen dem evolutionären Wandel. In einer entwickelten und arbeitsteiligen Rechtskultur komme dabei den Juristen, als Teil der Elite, die Aufgabe zu, das geltende Recht wissenschaftlich zu bearbeiten und anzuwenden. Römisches Recht dient dabei für die je zu entwickelnden nationalen Rechte als eine Referenzrechtsordnung.

Die Historische Rechtsschule hatte neben der am römischen Recht ausgerichteten sogenannten Romanistik einen zweiten Zweig, die Germanistik. Für diese waren regionale, deutsche Rechtsquellen ebenso bedeutend. Einer ihrer Vertreter, Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854), der sowohl als Mitbegründer der historischen Rechtsschule wie auch als „Vater der deutschen Rechtsgeschichte“ firmiert, fordert ebenso wie Savigny die zentrale geschichtliche Betrachtung, wobei er sich auf deutschrechtliche Quellen stützt. Die Germanisten bekundeten Mühe mit der zunehmenden Abstraktheit und auf Konstruktion beruhenden Lehre der Romanisten. Es kommt zu Spannungen. Carl Georg Christoph Beseler (1809-1888) stellt sich 1843 gegen Savigny, insbesondere gegen das Dogma,

wonach es allein den Juristen vorbehalten sein soll, rechtschöpfend tätig zu sein. Dies führe zur Entfernung vom Volk, daher fordert er ein Volksrecht. Hinzu tritt der Umstand, dass römisches Recht als „fremdes“ Recht angesehen wird, das mit dem germanisch-fränkischen Recht nicht kompatibel sei. Hier deutet sich an, dass hinter der negativen Bewertung des römischen Rechts auch durchaus Konstrukte nationaler Identität stehen, die sich in der Vorstellung vom Gegensatz zwischen einem eigenen („deutschen“) und einem „fremden“ (römischen) Recht verdichten.

Insgesamt: 14 Punkte

III. Die Rechtstradition in Europa ist im Längsschnitt unterschiedlich stark geprägt vom Gegensatzpaar mündlicher und schriftlicher Normativität. Unabhängig von seiner tatsächlichen Anwendbarkeit dient schriftliches Recht immer auch der Sicherung des Herrschaftsanspruchs.

1. An welchen Typen rechtlicher Normativität wird dies im frühen Mittelalter sowohl im weltlichen als auch im Kirchenrecht deutlich? **(5 Punkte)**

Im frühen Mittelalter wird die Sicherung des Herrschaftsanspruchs durch Verschriftlichung deutlich an der weltlichen Normgebung in Gestalt der Leges, Kapitularien und Privilegien sowie im Kirchenrecht mittels Canones und Dekretalen.

Die *Leges* (auch bezeichnet als „Leges barbarorum“, „Stammesrechte“ oder „Volksrechte“) entstammen der Phase zwischen der Völkerwanderungszeit und der Regierungszeit Karls des Grossen (4.-9. Jahrhundert). Sie dienten in erster Linie dazu, zuvor ausschliesslich oral tradierte germanische Rechtstraditionen zu verschriftlichen. Darüber hinaus dienten sie der Identitätsbildung der neu errichteten germanischen Herrschaften und der Vermittlung und Demonstration von Herrschaftsansprüchen. Bezugspunkt dieser Regelungen ist ein Herrschaftsanspruch entweder gegenüber einem bestimmten germanischen Stamm (Bsp.: Lex Gundobada / Lex Burgundionum, 501) oder der ehemals römischen Bevölkerung in dem von diesem Stamm beherrschten Gebiet (Leges romanae; Bsp.: Lex Romana Burgundionum, entstanden wohl vor 506). Der Grad praktischer Anwendung lässt sich nicht immer nachvollziehen; die Anwendung insbesondere vor Gericht scheint aber für die unter Karl dem Grossen aufgezeichneten Gesetze am wahrscheinlichsten.

Kapitularien können begrifflich als gesetzesähnliche Herrschaftsanordnungen des frühmittelalterlichen fränkischen Herrschaftsbereichs definiert (und nach heutiger Terminologie als Gesetze und Verfügungen bezeichnet) werden. Näher aufgeschlüsselt werden können sie etwa nach ihren Regelungsbereichen (weltliche Kapitularien, geistliche Kapitularien, *capitularia mixta*) oder Regelungszwecken (*capitularia per se scribenda*, *capitularia legibus addenda*, *capitularia missorum*). Zeitlich lassen sich die Kapitularien vor allem im 8. und 9. Jahrhundert verorten (Kapitular von Herstal: 779). Als Werkzeug normativer Ordnung und als Herrschaftsinstrument gehen sie nach einem Erklärungsansatz auf die Herrschermacht des Königs zurück; ein anderer betont dagegen das konsensuale Element der königlichen Herrschaftsausübung in Übereinstimmung mit den politisch bedeutsamsten Teilen des Adels. Die Kapitularien führen Regelungsansätze der Leges fort und sind Ausdruck einer Tendenz zur rechtlichen Strukturierung von politischer Herrschaft im fränkischen Reich. Inwieweit die Anweisungen einzelner Kapitularien tatsächlich in die Praxis umgesetzt wurden oder Ausdruck politischen Herrschaftswillens blieben, ist häufig nicht klar.

Mit *Privilegien* (Krause: „begünstigende Herrschaftsakte für einen Einzelnen“) wurden, insbesondere in der im Frühmittelalter aufkommenden Lehnsgesellschaft, in Einzelfällen Rechte und Herrschaftsbefugnisse übertragen. Auch sie erscheinen damit als Mittel der Herrschaftsorganisation und als Ausdruck der Verfestigung von Herrschaft und Herrschaftsansprüchen in der Hand von Ausstellern und Empfängern. Beispiele sind Immunitäts- und Wahlrechtsprivilegien, Gerichtsprivilegien sowie Stadt- und Marktrechtsprivilegien. Dabei begegnen in Urkunden festgehaltene frühmittelalterliche Privilegien zumeist als Bestätigung mündlicher Rechtsakte und damit als nachträgliche Verschriftlichung bereits geschaffener Rechtsverhältnisse.

Zum frühen, schriftlich gefassten oder verschriftlichten Kirchenrecht, das ebenfalls zur Verfestigung des Herrschaftsanspruches diente, zählen sodann die *Canones* und Dekretalen. *Canones* beschäftigen sich als Konzilsnormen vor allem mit Glaubensinhalten und deren verbindlicher Festschreibung. *Dekretalen* hingegen stellen päpstliche Einzelfallentscheidungen dar. Mit ihnen antworteten die Päpste häufig auf Fragen von kirchlichen Funktionsträgern, insbesondere Bischöfen, oder entschiedenen Streitigkeiten innerhalb der entstehenden Amtskirche. Trotz dieses individuell-konkreten Anlasses kam den Dekretalen auch über den Einzelfall hinaus allgemeine Verbindlichkeit zu, wodurch die Deutungshoheit des Papstes gesichert war.

2. Seit dem Spätmittelalter wird staatliche Herrschaft zunehmend mit dem Begriff der *leges fundamentales* (sog. „Grundgesetze“) verknüpft. Legen Sie bitte dar, was darunter zu verstehen ist, und wie solche Grundgesetze das ursprüngliche Konzept der Herrschaftssicherung durch Gesetz bis in die Gegenwart verändert haben. **(6 Punkte)**

Mit *leges fundamentales* werden „grundlegende Normen“, also Regeln mit einer gegenüber anderen Regeln gesteigerten Verbindlichkeit bezeichnet. Konkret werden darunter insbesondere Wahlkapitulationen und andere Grundregeln politischer Herrschaft wie die Goldene Bulle (1356) oder der Augsburger Religionsfriede (1555) verstanden.

Ihre wachsende Bedeutung lässt sich vor allem mit dem Aufstieg des Gedankens staatlicher Herrschaft und Gesetzgebung und dem Bedürfnis nach deren Begrenzung und Ordnung erklären. Das zeigt nicht nur der Westfälische Friede 1648, sondern auch das Beispiel der englischen Glorious Revolution, in der die herrscherliche Bindung an das Recht und die Position des Parlaments durch die Bill of Rights 1689 festgeschrieben werden. Die Tradition der *leges fundamentales* wird im Zusammenwirken mit dem Vertragsdenken des Vernunftrechts zur Grundlage des Gedankens der Verfassung als umfassender rechtlicher Ordnung staatlicher Herrschaft (etwa französische Verfassung von 1791). Im 19. Jahrhundert wird dieser Ansatz, der sich auch als „Konstitutionalismus“ bezeichnen lässt, in Europa (wie zuvor in den USA) bestimmend, wie die Verfassungsgebungswellen nach 1815, 1830, 1848 und seit 1867 zeigen. Der durch eine Verfassung rechtlich geordnete Staat ist damit zum festen Bestandteil der westlichen Rechtstradition geworden. Die totalitären Diktaturen des 20. Jahrhunderts haben die Bedeutung des Verfassungsstaates nochmals unterstrichen.

3. Welche Typen obrigkeitlicher Gesetzgebung bilden sich zusätzlich zu den *leges fundamentales* seit der Frühen Neuzeit heraus und in welchem Verhältnis stehen sie zu eben diesem? **(3 Punkte)**

Als obrigkeitliche Gesetzgebung etablieren sich in der Frühen Neuzeit die Policeyordnungen und die Kodifikation. Bei beiden handelt es sich um positives, also gesetztes Recht, welches auf Anlass einer monarchischen Instanz (ein Landesherr, eine Königin) erlassen wird.

Policeyordnungen verwirklichen einen umfassenden gestalterischen Ordnungsanspruch gegenüber Wirtschaft und Gesellschaft, der anders als etwa Stadtrechtsreformationen gegenüber überkommenen Rechtstraditionen neutral ist. Auch *Kodifikationen* können auf die umfassende Gestaltung der Sozial- und Wirtschaftsordnung zielen (besonders deutlich ALR 1794). Hierbei können sie durchaus die Übernahme von älteren Rechtstraditionen einschließen (so im Fall des ALR 1794 oder des ABGB 1811). Der entscheidende Unterschied zwischen Kodifikationen und Policeyordnungen liegt darin, dass die Kodifikation auf die systematische Neuordnung eines Rechtsgebiets oder mehrerer Rechtsgebiete angelegt ist. Zudem erhebt sie Anspruch auf abschliessende Regelung des betroffenen Regelungsbereichs.

Insgesamt: 14 Punkte

IV. Hermann Kantorowicz, ein Vertreter der sog. Freirechtsschule, schrieb unter dem Pseudonym GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906, u.a.:* „Die herrschende Idealvorstellung vom Juristen ist die: ein höherer Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung, sitzt er, bewaffnet bloß mit einer Denkmachine, freilich einer von der feinsten Art, in seiner Zelle. Ihr einziges Mobiliar ein grüner Tisch, auf dem das staatliche Gesetzbuch vor ihm liegt. Man reicht ihm einen beliebigen Fall, einen wirklichen oder nur erdachten, und entsprechend seiner Pflicht, ist er imstande, mit Hilfe rein logischer Operationen und einer nur ihm verständlichen Geheimtechnik, die vom Gesetzgeber vorherbestimmte Entscheidung im Gesetzbuch mit absoluter Exaktheit nachzuweisen. [...]“, a.a.O. S. 5.

1. Von der „Idealvorstellung“ welcher juristischen Strömung spricht Kantorowicz hier und was ist deren methodischer Ansatz? **(3 Punkte)**

Kantorowicz wendet sich an dieser Stelle von der sog. Begriffs- oder Konstruktionsjurisprudenz ab. Kennzeichnend für diese Strömung ist der Anspruch, mit logischer Präzision Rechtssätze und Rechtsinstitute aus einem System des Rechts aus je übergeordneten Begriffen und Rechtssätzen oder Rechtsinstituten abzuleiten. Der stete Hinweis auf die Regeln einer präzisen Logik verheisst eine Form der Präzision, die die Jurisprudenz als exakte Wissenschaft erscheinen und damit zur gleichberechtigten Partnerin der stürmisch aufsteigenden Naturwissenschaften werden lasse.

Von der Begriffsjurisprudenz wird grundsätzlich das subjektive Recht und damit die Willensherrschaft des Rechtssubjekts an den Ausgangspunkt der Systembildung gesetzt, um von hier aus alle weiteren Rechtssätze und Rechtsinstitute (etwa Eigentum, Vertrag, Personenrechte) abzuleiten. Windscheid oder Jhering, wichtige Vertreter dieser Strömung, postulieren dabei absolute Neutralität gegenüber weltanschaulichen oder auch philosophischen Wertungen. In der Sache ist sie aber mit der Betonung von Individualrechten sehr deutlich einer kantianischen Tradition individueller Freiheitsrechte verpflichtet. Im Staatsrecht dagegen dominiert mit der Betonung des Staates als Person und des Staatswillens als Grundlage staatlicher Herrschaftsakte ein eher autoritäres Herrschaftsverständnis, in dem bezeichnenderweise das Volk als blosser Teil der Staatsperson keine Beteiligungsrechte mehr ausüben kann.

2. Kantorowicz schrieb weiter: „[...] Denn nicht so liegt der Sachverhalt, daß Lücken im Gesetz sich hier und da wohl vorfinden, nein, getrost darf man behaupten, daß nicht weniger Lücken als Worte da sind.“, a.a.O., S. 12. Welche Bedeutung hat die Figur der Lücke im Freirecht und wie ist sie aus der Sicht ihrer Vertreter zu schliessen? **(3 Punkte)**

Kantorowicz und die Freirechtslehre gehen davon aus, dass nicht nur das Recht des Staates existiert und die soziale Wirklichkeit strukturiert. Vielmehr muss von einer Totalität von wirksamen Rechtssätzen ausgegangen werden, von denen nur ein Teil als Gesetz festgeschrieben ist. Das nicht in den Gesetzbüchern enthaltene – aber dennoch lebende – Recht nennt Kantorowicz das freie Recht. „Aus freiem Recht endlich muß das Gesetz in sich geschlossen werden, müssen seine Lücken ausgefüllt werden.“

3. Welche Bedeutung kommt Art. 1 ZGB im Rahmen der Freirechtsbewegung zu? **(2 Punkte)**

Art. 1 ZGB

A. Anwendung des Rechts

¹ Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

² Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

³ Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

Artikel 1 Abs. 2 ZGB trägt der Lückenhaftigkeit der geschriebene Gesetze Rechnung und gibt Hilfestellung dazu, wie die Lücken zu schliessen sind. Die Bestimmung liegt auf der Linie der Freirechtler. Denn diese haben zwar das Dogma der Lückenlosigkeit des Gesetzes geprägt, dieses jedoch nicht durch ein Dogma der Lückenlosigkeit des freien Rechts ersetzt. Das angesprochene freie Recht ist rechtssoziologisch zu ergründen, ähnlich wie das Gewohnheitsrecht heute. Artikel 1 Abs. 2 ZGB sagt darüber hinaus – ganz im Sinne der Freirechtsbewegung –, dass das Recht trotz Gewohnheitsrecht lückenhaft sein kann. In diesem Fällen hat das Gericht nach Art. 1 Abs. 2 ZGB *modo legislatoris* vorzugehen.

4. Wie steht die Freirechtsbewegung zum Natur- bzw. Vernunftrecht? **(3 Punkte)**

Man könnte argumentieren, dass das „Freirecht“ als ein Recht jenseits des Gesetzes und zugleich als eine Art Reserverecht für den Fall einer gesetzlichen Lücke dem Natur- und Vernunftrecht sehr ähnlich war. Das würde dann dafür sprechen, dass die Freirechtsschule dem Natur- und Vernunftrecht als einem überpositiven Recht sehr positiv gegenüber stand. Tatsächlich hat Kantorowicz 1906 „das Naturrecht ... als eine besondere Art des freien Rechts“ bezeichnet, weil es ein vom staatlichen Recht unabhängiges Recht darstelle (Kantorowicz, Kampf um die Rechtswissenschaft, ed. Muscheler, 2002, 8). Andererseits legte die Freirechtsschule grossen Wert auf die Feststellung, dass Freirecht ein dem Gesetz gleiches Recht darstellen würde, also insofern als eine Ausformung des

positiven Rechts zu gelten habe. Denn nur dann konnte Freirecht bei „Lücken“ im Gesetz überhaupt angewandt werden. Hinzu trat der Umstand, dass für die Freirechtsschule der Richter eine wesentlich rechtssetzende Funktion haben sollte. Deswegen setzte sich etwa Kantorowicz unmissverständlich von der frühneuzeitlichen Vernunft- und Naturrechtslehre ab, könne er doch „kein Recht ‚von Natur‘“ anerkennen, „sondern nur, wenn und soweit eine Macht, ein Wille zur Anerkennung hinter ihm steht“ und erklärte daher, „unser freies Recht ist Naturrecht – des 20. Jahrhunderts“ (ebd., 9f.).

Andere Antworten sind bei ausreichender Begründung ebenfalls vertretbar.

5. Kantorowicz lehrte Recht sowohl in Deutschland als auch in den USA und England. Überlegen Sie sich aufgrund seiner Position zur Lückenhaftigkeit des Rechts, ob er Staatsrecht, Strafrecht oder Zivilrecht lehrte. Um Ihre Antwort zu untermauern, legen Sie bitte auch dar, in welchen Fächern diese Position schwieriger zu vertreten ist. **(3 Punkte)**

Kantorowicz beschäftigte sich in seiner akademischen Karriere im Schwerpunkt mit Strafrecht sowie juristischen Grundlagenfächern (Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie, Rechtsvergleichung). Dass Kantorowicz als Vertreter eines juristischen Grundlagenfachs skeptisch gegenüber der Vorstellung von der Vollständigkeit des positiven Rechts war, erstaunt sicherlich nicht. Dagegen lässt sich seine Tätigkeit als Strafrechtler nur schwer mit seinen Thesen zum Freirecht vereinbaren, zumal Kantorowicz im Strafrecht immer wieder auf die Bedeutung der richterlichen Gesetzesbindung hinwies. Gerade im Strafrecht ist die Lückenhaftigkeit des Rechts aufgrund des Analogieverbots nur schwerlich zu vertreten. Ebenso ist das öffentliche Recht mit der Verfassung als Grundgesetz in seiner Fortentwicklung von der legitimen gesetzgebenden Gewalt abhängig. Die Lückenfüllung gilt als Kernkompetenz des Privatrechts. Hier ist der rechtsanwendende Jurist dazu berufen, die vom Gesetzgeber nicht antizipierten Fälle einer Lösung zuzuführen. (vgl. hierzu <http://www.deutschebiographie.de/sfz39760.html>)

Insgesamt: 14 Punkte

- V. Bei GUSTAV RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, SJZ 1946, S. 105, 107 heisst es u. a.: [...]** *„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen. [...].“*

1. Skizzieren Sie bitte Radbruchs Gedankengang. **(2 Punkte)**

Radbruch vertritt die These, dass sich das Gericht bei einem Konflikt zwischen dem positiven (gesetzten) Recht und der Gerechtigkeit immer dann – und nur dann – gegen das Gesetz und für die Gerechtigkeit zu entscheiden hat, wenn das fragliche Gesetz als „unerträglich ungerecht“ anzusehen ist oder das Gesetz die im Begriff des Rechts angelegte Gleichheit aller Menschen aus Sicht des Interpreten „bewußt verleugnet“.

2. In welchem historischen Kontext steht das heute als „Radbruch’sche Formel“ bezeichnete Zitat? **(2 Punkte)**

Radbruch veröffentlichte die als „Radbruchsche Formel“ in die rechtsphilosophische Ideengeschichte eingegangene Textpassage erstmals im Jahr 1946 im Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ in der Süddeutschen Juristenzeitung. Die Radbruchsche Formel wurde von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs mehrfach angewandt. Zuerst geschah dies in der Nachkriegszeit bei der Auseinandersetzung mit verschiedenen Aspekten des NS-Unrechts.

In den ersten Jahrzehnten nach Ende des Zweiten Weltkriegs ging es im Rahmen einer Anwendung der Radbruchschen Formel zunächst um die Frage, inwieweit bestimmte – nach Auffassung der deutschen Bundesgerichte besonders anstößige – nationalsozialistische Vorschriften und Gesetze in der Lage seien, auch die Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland als geltendes Recht zu binden.

In neuerer Zeit gewann sie bei der Bewertung der Strafbarkeit der sogenannten Mauerschützen nach dem Zusammenbruch der DDR erneut Aktualität. In den sog. Mauerschützenprozessen ging es sowohl um die Strafbarkeit ehemaliger DDR-Grenzsoldaten, die im Rahmen der Ausübung ihres Dienstes an der innerdeutschen Grenze DDR-Staatsbürger auf der Flucht von der DDR in die Bundesrepublik Deutschland erschossen hatten, als auch um die Strafbarkeit ihrer Befehlshaber als mittelbare Täter.

3. Radbruch steht in einer langgestreckten europäischen Naturrechtstradition.
 - a. Bitte skizzieren Sie Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Radbruchs vorliegenden Aussagen zur mittelalterlichen Naturrechtstradition **(4 Punkte)**

(1) Radbruch behauptet die Verbindlichkeit einer überpositiven Norm gegenüber dem positiven Recht. Das entspricht ganz dem europäischen und damit auch und gerade im Mittelalter sichtbaren Ansatz von Naturrecht. Zumindest teilweise im mittelalterlichen Naturrecht nachweisbar ist auch die Vorstellung, dass ein überpositives Recht unter Umständen einem positiven Recht vorgeht und die Verbindlichkeit positiven Rechts ausschliesst (allerdings nicht – wie bei Radbruch – mit der Konsequenz, dass dann überhaupt kein Recht mehr vorliegen soll). (2) Radbruch beruft sich auf ein abstraktes Gerechtigkeitspostulat. In der mittelalterlichen Tradition war zwar die Gerechtigkeit Bezugspunkt von Naturrecht. Aber die Regeln des Naturrechts waren konkret formuliert, als konkrete Rechtssätze. Im Übrigen wird mittelalterliches Naturrecht stets auf eine konkrete Autorität (in der Regel „Gott“) zurückgeführt, was bei Radbruch nicht näher ausgeführt wird. (*Weitere Ansätze sind bei entsprechender Begründung gut vertretbar*).

- a. Bitte skizzieren Sie Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Radbruchs vorliegenden Aussagen zur frühneuzeitlichen Naturrechtstradition **(4 Punkte)**.

(1) Radbruch betont die grundsätzliche Verbindlichkeit des positiven, auch des ungerichteten Rechts. Das entspricht der frühneuzeitlichen naturrechtlichen Akzentuierung der Verbindlichkeit des herrscherlichen Gesetzesbefehls. Der Wert der Rechtssicherheit

wird also auch in der frühneuzeitlichen Naturrechtstradition sehr hoch veranschlagt. Wie auch Radbruch kennt die frühneuzeitliche Tradition das Konzept einer überpositiven Normativität. Wird bei Radbruch das positive Rechtsfunktional auf die Gerechtigkeit bezogen, so bezieht es sich in der frühen Neuzeit auf die Verwirklichung vernunftrechtlicher Postulate (etwa der *perfectio*). (2) Oberste normative Instanz in der Tradition der frühen Neuzeit sind „Vernunft“ oder „Natur“ des Menschen. Bei Radbruch ist dies demgegenüber die „Gerechtigkeit“.

Insgesamt: 12 Punkte