

Klausur Rechtsgeschichte (Master)**I. Die Gesetzgebung zählt zu den Konstanten der europäischen Rechtsgeschichte (15 Punkte).****1. Wo sehen Sie Unterschiede und wo Gemeinsamkeiten zwischen****a. der Normsetzung durch die Stammesrechte (*leges*) und der Normsetzung durch die sogenannten Kapitularien (3 Punkte),**

(1) Stammesrechte (5.-9. Jahrhundert) sind (jedenfalls in ihrer Selbstbeschreibung in den Prologen) sehr häufig Aufzeichnungen bereits bestehenden, aber nur oral überlieferten Rechts (so etwa die *lex Salica* vom Beginn des 6. Jahrhunderts). Kapitularien (8.-10. Jahrhundert) sind dagegen regelmässig Normgebungen, durch die neues Recht geschaffen, und nicht so sehr altes Recht verschriftlicht werden soll (so etwa die *capitulare de villis*, 795). (2) In Teilen unterschiedlich, in Teilen gemeinsam sind die Regelungsgegenstände von Kapitularien und Stammesrechten: Beiden Normtypen gemeinsam sind Regelungen über den Unrechtsausgleich und sein Verfahren, insbesondere vor Gerichten sowie über einzelne Materien des Privatrechts (insbesondere Erb- und Familienrecht). Demgegenüber enthalten nur Kapitularien differenzierte Regelungen über die Verwaltung des königlichen Hofes und seiner Güter, insofern könnte man von Vorstufen von Verwaltungsrecht sprechen. (3) In Teilen unterschiedlich, in Teilen gemeinsam sind Kapitularien und Stammesrechte auch ihre Urheber: Stammesrechte und Kapitularien sind häufig – so etwa im Fall der *lex Burgundionum* einerseits (vor 516) und dem Kapitular von Herstal (779) – durch Könige oder ähnliche Herrschaftsträger (z. B. Bischöfe, im Fall der sog. Bischofskapitulare) – gesetzt. Stammesrechte können sich aber auch darstellen als Aufzeichnungen eines Volksrechts, die ohne herrscherliche Mitwirkung geschehen (so im Fall der *lex salica*).

b. der Normsetzung durch Gottes- und durch Landfrieden (2 Punkte),

(1) Den seit dem 10. Jahrhundert entstehenden Gottes- und den seit etwa dem 11. Jahrhundert aufkommenden Landfrieden *häufig* gemeinsam ist der Umstand, dass sie auf *coniurationes* (Schwureinungen) zurückgehen können. In diesem Fall handelt es sich dann also um Normbildungen, die nicht auf herrscherlichem Gebot, sondern auf der eidlich begründeten Selbstorganisation beruhen. (2) Gottes- und Landfrieden können aber als einseitiger Erlass durch Bischofssynoden einerseits oder durch Könige andererseits zustande kommen. (3) Gottesfrieden beruhen auf der Autorität der Kirche (insbesondere der Bischöfe), Landfrieden beruhen auf der Autorität weltlicher Herrscher. (4) Gottes- und Landfrieden dienen der gleichen Zwecksetzung, nämlich der Begrenzung von Gewalt durch die Festsetzung von Regelungen für die Fehde und die Vergemeinschaftung des Unrechtsausgleichs.

c. der Normsetzung durch Konzile und der Normsetzung unter Mitwirkung von Ständen (2 Punkte)?

(1) Gemeinsam ist beiden Typen von Normsetzungen, dass sie durch und mit korporativ strukturierten Organisationen – der amtskirchlichen Bischofssynode einerseits und der Vertretung von Adel, Klerus und Städten andererseits – anstelle eines einseitig obrigkeitlichen Aktes – etwa einer Dekretale des Papstes oder des Gesetzesbefehls eines Herrschers – erlassen werden. (2) Der markanteste Unterschied zwischen beiden Bereichen liegt in der unterschiedlichen Identität beider Normsetzer: Konzilien/Synoden sind amtskirchliche Instanzen, Stände umfassen zwar auch den Klerus, sind aber gleichwohl Einrichtungen weltlicher Herrschaftsorganisation.

2. Wo sehen Sie Entsprechungen und wo Unterschiede zwischen der frühneuzeitlichen Theorie von Gesetz und Gesetzgebung einerseits und der frühneuzeitlichen Gesetzgebungspraxis andererseits (6 Punkte)?

(1) In der frühneuzeitlichen Gesetzgebungstheorie lassen sich mehrere unterschiedliche Konzeptionen voneinander unterscheiden: (a) Im 16. Jahrhundert – etwa bei Hugo Do-

nellus – dominierte die Überlegung, dass das Gesetz als *Befehl* das anordnete, was *gerecht und richtig* war; das Gesetz wurde also hier mit einem Richtigkeitskriterium verbunden. (b) Im Zeichen absolutistischer Herrschaftsvorstellungen entwickelte sich aber ein eher voluntaristischer Zugriff, wie er im 17. Jahrhundert durch Thomas Hobbes repräsentiert wird: Das Gesetz wird zur *voluntas* des Herrschers und damit als Manifestation von Herrschaft erfasst (wie das bereits in Bodins Souveränitätslehre greifbar wird). In den Lehren Benthams über Gesetzgebung und Kodifikation wird dieser Gedanke von der Vorstellung eines Herrschers gelöst und allgemein auf einen Gesetzgeber bezogen. (c) Dagegen stehen allerdings limitierende Entwürfe: So wird bei John Locke das Gesetz als lediglich *standing rule* vom Willen eines Herrschers gelöst, während Immanuel Kant das Gesetz abhängig macht vom Willen des Volkes. (2) Die Gesetzgebungspraxis der frühen Neuzeit bildet diese Entwicklung in Teilen ab: (a) Seit dem 15. Jahrhundert gewinnt das Gesetz als Instrument hoheitlicher Regelung immer mehr an Bedeutung. Das zeigt sich in der Ausbreitung von Reformation (Land- oder Stadtrechtsreformationen) und dann Policeyordnungen (vielfach auch Kirchenordnungen), später, seit dem 18. Jahrhundert treten dann Kodifikationen hinzu. (b) Der Anspruch auf inhaltliche Richtigkeit bleibt prinzipiell allen Gesetzen gemeinsam, ein „falsches“ Gesetz würde den Herrschaftsanspruch des Gesetzgebers in Frage stellen. Bezeichnenderweise finden sich immer wieder Motivationen von Gesetzgebung – etwa in den Policeyordnungen oder in Reformationen wie den Kursächsischen Konstitution –, die deutlich machen, dass der Gesetzgeber die Rationalität seines Handelns bezeugen will. (c) Die Abhängigkeit des Gesetzes vom Willen des Gesetzgebers findet sich vor allem in Herrschaftsordnungen, die wie etwa Brandenburg-Preußen, Frankreich oder Österreich absolutistisch geworden sind. Hier nämlich beansprucht die Herrscherin oder der Herrscher die Inhabung umfassender und grundsätzlich unbegrenzter gesetzgeberischer Herrschaft. (d) Demgegenüber spricht die ständische Teilhabe an Gesetzgebung – wie sie insbesondere im 16. Jahrhundert, im Reichstag des Heiligen Römischen Reichs aber generell und in der Gewaltenteilung des englischen Parlamentarismus seit dem ausgehenden 17. Jahrhundert entsteht – gegen den Anspruch einer voluntaristischen Theorie des Gesetzes als einseitigen Herrschaftsakt. (e) Die Vorstellung Kants, die der Sache nach auf einen demokratischen Gesetzgeber zielt, findet auch in diesen Ländern keine Entsprechung, denn es bleiben königliche Gesetze, die erlassen werden; einzig im heiligen Römischen Reich sind die Reichsnormen – die sog. Abschiede – auf das *Reich* insgesamt bezogen (erlassen durch *Kaiser und Reich*).

3. Was ist die Gemeinsamkeit und was der Unterschied zwischen *leges fundamentales* und Verfassungen (2 Punkte)?

(1) Verfassung und *lex fundamentalis* (etwa Wahlkapitulation, Goldene Bulle, Augsburger Religionsfrieden, Jüngster Reichsabschied, Bill of Rights 1689) sind Gesetze, für die der Anspruch gilt, dass sie als Grundnormen hoheitlicher Herrschaftsordnung über anderen gesetzlichen Normen stehen. (2) Verfassungen begründen umfassende rechtliche Ordnungen hoheitlicher, staatlicher Herrschaft. *Leges fundamentales* regeln nur Teilelemente politischer Herrschaftsordnung. Sie enthalten zudem im Gegensatz zur Verfassung keine Regeln über ihre Fortschreibung oder Änderung.

- II. Samuel von Pufendorf (1632-1694) publizierte erstmals 1673 das Werk *De officio hominis et civis juxta legem naturalem, libri duo*, aus dem der nachfolgende Textauszug stammt (Samuel von Pufendorf, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem, libri duo*, 8. Auflage Marburg 1702 (erste Auflage: 1673), Buch 1, cap. 3, §§ 8-9, S. 75f. (Exemplar der BSB Regensburg, Sign.: 999/Jur.561 - online verfügbar: <http://www.mdz-nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=urn:nbn:de:bvb:12-bsb11100658-8>))

§ 7: Sic igitur homo jam est animal sui conservandi studiosissimum, per se egenum, sine auxilio sui similium servari impotens, ad mutua commoda promovenda maximo idoneum; idem tamen juxta malitiosum... ac ad noxam alteri inferendam pronum non minus

quam validum. Unde colligitur, eidem, ut sit salvus necessum esse ut sit sociabilis, i. e. ut cum sibi similibus jungatur...

§ 8: Huius ergo socialitis leges, seu quae docent, quomodo sese gerere debeat, ut commodum societatis humanum membrae existat, vocantur leges naturales.

§ 9: His positis adparet, fundamentalem legem naturalem esse hanc: Cuilibet homini quantum in se colendam et servandam esse socialitatem. Ex quo consequitur, quia qui vult finem, vult etiam media, sine quibus finis obtineri nequit: omnia, quae ad istam socialitatem necessario et in universum faciunt, jure naturali praecepta; quae eandem turbant aut abrumpunt, vetita intellegi. Reliqua autem praecepta sunt tantum velut subsumptiones sub hacce (sic) generali lege (...)

Übersetzungsvorschlag:

§ 7: So ist der Mensch also das Lebewesen, das am meisten darauf bedacht ist, sich selbst zu erhalten. Dabei ist er aber, auf sich gestellt, unfähig, ohne Hilfe von ihm Ähnlichen zu überleben, zugleich ist er aber auch am besten geeignet, um den wechselseitigen Vorteil zu befördern. Gleichzeitig ist aber böswillig ... und dazu bereit und in der Lage, anderen zu schaden. Daraus ergibt sich, dass der Mensch für sein eigenes Überleben und Heil notwendig gemeinschaftlich sein muss (*sociabilis sit*), das heisst, er muss sich mit anderen verbinden...

§ 8: Die Gesetze also dieser Gemeinschaftlichkeit, welche lehren, wie man sich verhalten muss, damit man als sinnvolles Glied der menschlichen Gesellschaft (*societas*) existiert, werden natürliche Gesetze *leges naturales* genannt.

§ 9: Hieraus ergibt sich als grundlegendes natürliches Gesetz diese Regel: Jeder Mensch muss die Gemeinschaft beachten und fördern. Hieraus ergibt sich Folgendes: Weil jeder ein Ziel will, will er auch die Mittel, ohne die diese Ziele nicht erreicht werden können. Alles, was als Notwendiges für diese Gemeinschaft und im Allgemeinen zu tun ist, ist durch das natürliche Recht (*jure naturali*) vorgeschrieben. Das dagegen, was dieselbe stört oder beschädigt, ist als verboten zu verstehen. Alle übrigen Regeln sind dagegen nur Anwendungen (*subsumptiones*) dieses allgemeine Gesetzes (...).

1. Bitte skizzieren Sie These und Argumentation Pufendorfs (2 Punkte)

(1) Menschen leben in Gemeinschaften und werden in ihrem Verhalten in diesen Gemeinschaften durch *leges naturales* geleitet, wobei die Förderung der Gemeinschaft die oberste Regel bildet, aus der sich alles andere ergibt. (2) Denn Menschen können nicht allein überleben, sondern müssen „notwendig“ in die Vergemeinschaftung gelangen. Weil diese Gemeinschaften für die Menschen buchstäblich überlebenswichtig sind, ist es die oberste, naturrechtlich verankerte, Regel, die Gemeinschaft zu fördern und alles zu unterlassen, was die Gemeinschaft stört.

2. Erläutern Sie bitte unter Verwendung dieses Textes die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen der mittelalterlichen Tradition des Naturrechts und den vernunftrechtlichen Konzeptionen des Naturrechts (8 Punkte).

(1) Die mittelalterliche Naturrechtstradition verbindet Elemente des antiken Naturrechts mit dem christlichen Glauben: (a) Seit Augustin gilt als Grundregel, dass es ein *ius divinum*, ein *ius naturale* als dem Menschen erkennbares Pendant, und ein *ius temporale/lex humanum* gibt. Das *ius naturale* als dem Menschen durch Gott eingeschriebenes Naturrecht, durch das er am *ius divinum* Teil hat, wird auf diese Weise zur festen Grösse in der Naturrechtsdiskussion von Theologie und Jurisprudenz. (b) Vor allem in der Zeit von Scholastik und gelehrtem Recht, also seit dem 12. Jahrhundert, entwickeln sich auch inhaltliche Ausformungen von Naturrecht. Dazu zählen insbesondere das Recht auf Leben, Freiheit, körperliche Unversehrtheit, zur Fortpflanzung und Kinderaufzucht sowie (wenn auch str.) das

Recht auf Individualeigentum. (c) Geltungsgrundlage und insofern normative Wurzel ist Gott, bisweilen wird Naturrecht auch als *ius divinum* bezeichnet. (2) (a) Die vernunftrechtliche Tradition des Naturrechts, die ansatzweise bei Hugo Grotius begründet und dann vollends bei Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf und später Christian Wolff entfaltet wird, leitet Naturrecht aus der Tätigkeit der *ratio* (Vernunft) ab. Das wird auch im vorliegenden Text deutlich, ist doch die Soziabilität des Menschen letztlich seiner Vernunft geschuldet, die ihn dazu bringt, sich zu vergemeinschaften. (b) Daraus ergibt sich allerdings auch, dass die normativen Inhalte von Naturrecht etwas anders ausgestaltet sind als in der mittelalterlichen Tradition, steht im Vernunftrecht doch die auf die Verbesserung und das Überleben gerichtete Vergemeinschaftung im Zentrum des Naturrechts, während das mittelalterliche Naturrecht eher individuelle Befugnisse nach vorne rückt. (c) Eine Entsprechung zum *ius divinum* lässt sich dem vorliegenden Text nicht entnehmen.

(2) **In der Begründungsstruktur dieses Textes spiegelt sich die auch und gerade durch Pufendorf ausgeformte Technik der *demonstratio* wider, die sich als rechtswissenschaftliche Umsetzung des *mos geometricus* deuten lässt. Bitte skizzieren Sie unter Verwendung dieses Textes die Strukturmerkmale von *demonstratio* bzw. *mos geometricus* (5 Punkte).**

(1) *mos geometricus* (mathematische Art/mathematische Methode) ist ein Verfahren, mit dessen Hilfe Schlussfolgerungen gewonnen im Weg der Aussagenlogik gewonnen werden sollen. Dabei bildet ein Axiom den Ausgangspunkt, aus dem dann wiederum weitere Aussagen abgeleitet werden. Die *demonstratio* (Zeigen, Anschaulichmachen) ist die Bezeichnung für das Verfahren, durch das aus einer übergeordneten Aussage oder einem Axiom, neue Aussagen abgeleitet werden. *Mos geometricus* und *demonstratio* gehen zurück auf René Descartes und werden zunächst bei Thomas Hobbes, vollends bei Samuel Pufendorf zum Instrument der vernunftrechtlichen Dogmatik. (2) Im vorliegenden Text wird ein Axiom formuliert, dem der Charakter einer Grundregel beigelegt wird: Die Regel über die Förderung und die Beachtung der Gemeinschaft bildet in diesem Sinn den Ausgangspunkt. Hieraus werden alle weiteren Aussagen abgeleitet. Das geschieht allerdings nicht durch willkürliche Setzung, sondern durch ein dazwischen geschaltetes, formales Argument: Die Gemeinschaft ist ein notwendiges Ziel für alle Menschen, deswegen werden sie diese Regel umsetzen. Im nächsten Schritt wird die Gemeinschaftsregel etwas näher konkretisiert, indem sie in eine gebietende und verbietende Aussage umformuliert wird. Damit hat Pufendorf zwei Regeln formuliert, die jetzt, wie er selbst sagt, als Obersatz nur mehr konkretisiert werden müssen. So gesehen liesse sich auch die These vertreten, dass die *subsumtio* eine besonders qualifizierte Form der *demonstratio* ist.

III. Im historischen Längsschnitt betrachtet, wird schnell erkennbar, dass die Regelungsintensität und die Steuerungswirkung von Recht in Neuzeit und Moderne stärker ausgeprägt war als im Mittelalter.

1. Die Entwicklung der Verwaltung hat dabei eine wichtige Rolle gespielt. Welche Unterschiede in den Strukturen von Verwaltung lassen sich im Vergleich zwischen Mittelalter und früher Neuzeit ausmachen (3 Punkte)?

(1) Verwaltung und Administration sind im Mittelalter bereits im Blick auf ihre räumliche Ausdehnung deutlich geringer ausgeformt: Verwaltungsförmige Strukturen sind im Mittelalter zunächst auf den Hof beschränkt. Die *camera* oder die Kanzlei sind Hilfsmittel von Herrscherin oder Herrscher beim Betrieb des Hofes. Ein zentral gelenkter Instanzenzug mit Ausdehnung in die Regionen hinein besteht – *im weltlichen Bereich* – nicht, anders ist das allerdings bei der Amtskirche seit dem 12. Jahrhundert. (2) Das Personal der Verwaltung im weltlichen Bereich wird in der Frühen Neuzeit zunehmend von Beamten gestellt, die vom Herrscher alimentiert sind und ihm auf Lebenszeit zur Treue verpflichtet sind. Im Mittelalter wird dagegen im weltlichen Bereich Verwaltung häufig durch lehnsrechtliche Beziehungen gestaltet (so im Bereich der Territorialgesellschaften); auch im städtischen Bereich ist die Vorstellung von besonders verpflichteten Be-

diensteten eher selten. (3) Im Lauf der frühen Neuzeit entwickelt sich das Prinzip der Spezialisierung in der Verwaltung, so dass zunehmend entsprechend spezialisierte Ressorts entstehen. Solche Formen der Differenzierung lassen sich im Mittelalter allenfalls bei den unterschiedlichen Hofämtern ausmachen.

2. Welche Konsequenzen hatte die Entstehung einer landesherrlichen Verwaltung für die *Landstände* im 17. Jahrhundert (2 Punkte)?

(1) Mit der Entstehung von landesherrlichen Verwaltungen entstand für die Stände ein institutioneller Gegenspieler insbesondere im Zusammenhang der Finanzen. Die Stände wurden auf diese Weise allmählich aus dem Vollzug hoheitlicher Herrschaft hinaus gedrängt. (2) Für die Stände wurde in dieser Situation die Teilhabe an der herrscherlichen Willensbildung auf der Ebene des Geheimen Rates/Staatsrates noch wichtiger, doch gelang es den Landesherren zunehmend, sie auch hier heraus zu drängen. (3) Die Verwaltung wurde vom Landesherren häufig auch zum Instrument eines sozialen Herrschaftskompromisses gemacht, indem der Adel in diesem Bereich bevorzugt wurde und im Gegenzug den landesherrlichen Machtanspruch akzeptierte.

3. Die Entwicklung des sog. *gemeinen oder gelehrten Prozesses* hat die kontinental-europäische Tradition des Verfahrensrechts teilweise bis in die Gegenwart hinein beeinflusst.

a. Bitte skizzieren Sie mindestens drei wesentliche Merkmale des gelehrten Prozesses (3 Punkte).

(1) Das Verfahren ist schriftlich und folgt deswegen dem Grundsatz, *quod non est in actis, non est in mundo*. (2) Das Verfahren ist sehr präzise in verschiedene Schritte unterteilt und wird damit transparenter. Allerdings macht die Möglichkeit zur Anfechtung jedes einzelnen Schrittes das Verfahren auch langwieriger. (3) Im Beweisrecht tritt an die Stelle der Schuldfrage die Wahrheitsfrage. Damit gewinnt allerdings auch das Geständnis besondere Bedeutung, das dann teilweise auch der Folter zugänglich wird, die das Geständnis erzwingen soll. (4) Das Rechtsmittelverfahren wird systematisch ausgeformt und in Form der Appellation ebenfalls transparenter gemacht. (5) Der Prozess stützt sich auf das römische, vor allem auf das kanonische Recht, das seit dem 13. Jahrhundert – vor allem durch Innocenz III. – auf breiter Front den Prozess gestaltet. (6) Das Akkusationsprinzip wird durch das Inquisitionsprinzip abgelöst. Dadurch wird der Richter zum Herrscher des Verfahrens.

b. Inwiefern lässt sich argumentieren, dass der gelehrte Prozess zur Professionalisierung der Richterschaft beigetragen hat (2 Punkte)?

(1) Der Richter des gelehrten Prozesses stützt sich auf komplexe Normen des römischen und des kanonischen Rechtes sowie eine nicht minder komplexe rechtswissenschaftliche Literatur dazu, wie sie etwa durch die *ordines iudicarii* geschaffen worden ist. (2) Das führt dazu, dass der Richter des gelehrten Prozesses kein juristischer Laie mehr sein kann, sondern eine rechtswissenschaftliche Ausbildung durchlaufen haben muss. Auf diese Weise wird der Richterstuhl mehr und mehr denjenigen verschlossen, die nicht zuvor Rechtswissenschaften studiert haben.