

Rechtsgeschichte (Assessment)
Abschlussklausur

Teil I: Textinterpretation (30 Punkte)

«[...]

Von hier aus ist es möglich, die wichtige Frage aufzuwerfen, ob im neuen Staate das Prinzip von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gilt. Dieses Problem kann nur erörtert werden, wenn man genügend zwischen der „Rechtmäßigkeit“ und der „Gesetzmäßigkeit“ der Verwaltung unterscheidet. Die Exekutivakte des absoluten Monarchen waren „rechtmäßig“; sie waren nicht Willkür, sondern der Niederschlag einer rechtlichen Entscheidungsgewalt des Fürsten. Aber sie waren nicht „gesetzmäßig“, da sie der allgemeinen gesetzlichen Grundlage entbehrten; sie wurden von Fall zu Fall ohne vorherige generelle Normierung getroffen. Wegen der Unsicherheit, die ein derart unberechenbares Verfahren für den Bürger mit sich brachte, erkannte der Liberalismus nicht mehr das ungeschriebene Recht, das bis dahin die Grundlage der Verwaltungstätigkeit gebildet hatte, sondern nur noch das generelle parlamentsbeschlossene „Gesetz“ als wirkliches „Recht“ an. Rechtmäßige Verwaltung war von dieser liberalen Haltung aus nur die „gesetzmäßige“ Verwaltung; ungeschriebene Rechtsgrundsätze und Gewohnheitsrecht waren keine ausreichende Grundlage des Verwaltungshandelns. [...]

Der Führerstaat lehnt diese Grundauffassung des bürgerlichen Rechtsstaats ab. Nicht die Freiheit und Sicherheit des einzelnen ist ihm der oberste Wert, sondern das Wohl von Volk und Staat. Nicht auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kommt es an, sondern die Rechtmäßigkeit der Verwaltung ist das Ziel des neuen Denkens. Die Verwaltung soll nicht möglichst weitgehend durch inhaltlich spezialisierte Gesetze gebunden werden, sondern sie soll das lebendige Recht der völkischen Gemeinschaft entfalten und verwirklichen. Trotzdem kann das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht einfach beiseite geworfen werden. Denn das Gesetz selbst ist ja nichts anderes als der vom Führer ausgehende Ausdruck der Gemeinschaftsordnung, in der das Volk lebt. Das Führergesetz ist keine zweitrangige, unter der eigentlichen Gemeinschaftsordnung stehende und an ihr zu messende Quelle des Rechts, sondern es ist selbst unantastbarer Bestandteil der obersten Ordnung; es konkretisiert die ungeschriebenen Leitgedanken des völkischen Gemeinschaftslebens. Es ist daher nicht möglich, die Gesetze des Führers an einer ihnen übergeordneten Rechtsidee zu messen, da jedes Führergesetz selbst unmittelbarer Ausdruck dieser völkischen Rechtsidee ist. „Niemand anders als der Führer kann die letzte Entscheidung darüber fällen, ob eine bestimmte Regelung gelten soll. Ihm gegenüber bedarf es keiner Garantie für die Wahrung der Gerechtigkeit.“ Das Wesen der Gemeinschaft wie der Gedanke der politischen Führung verlangen unerbittlich, daß die Verwaltungsbehörden sich an den im Gesetz niedergelegten Gemeinwillen halten. Es kann kein Verwaltungshandeln geben, das dem Gesetz zuwiderläuft, wobei natürlich das Gesetz sinngemäß und nicht nach seinem Buchstaben anzuwenden ist. Diese „Gesetzmäßigkeit“ der Verwaltung hat mit rechtsstaatlichen Prinzipien nichts mehr zu tun. Sie sichert nicht mehr den Vorrang des bürgerlich-rechtsstaatlichen Parlamentsgesetzes vor der Exekutive; ihr Ziel ist nicht mehr der Schutz einer staatsfreien Sphäre des einzelnen vor der Staatsgewalt. Sondern sie sichert den unbedingten Vorrang des Führerwillens vor allen übrigen Erwägungen und Bestrebungen und stellt damit die Einheitlichkeit der Gemeinschaft und die Schlagkraft der politischen Führungsordnung her.

[...]»

Vermerk für Bearbeiterinnen und Bearbeiter: Bitte interpretieren Sie diesen Text (Zusammenfassung: 3 Punkte; zwei sachliche Aussagen: 2x9 Punkte; historische Verortung: 3 Punkte; drei Gegenwartsbezüge: 3x2 Punkte). Die Zeichenzahl ist auf 11500 Zeichen beschränkt (mit Leerzeichen).

I. Zusammenfassung

Es liegt ein Textauszug in moderner deutscher Sprache vor. Abgedruckt sind zwei Absätze. Der rechtswissenschaftliche Text beschäftigt sich mit der Frage, ob „im neuen Staate“ das Prinzip der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ gilt (Z. 1f.). Während im bürgerlichen Rechtsstaat des Liberalismus nur Verwaltungshandeln rechtmässig gewesen sei, das sich auf ein Parlamentsgesetz stützte, wären „Exekutivakte des absoluten Monarchen“ (Z. 4) rechtmässig gewesen, obwohl sie nicht auf einem allgemeinen Gesetz beruhten. Im Führerstaat sei die Rechtmässigkeit der Verwaltung an sich nicht mehr abhängig von ihrer Gesetzmässigkeit. Der Staat solle dem „Wohl von Volk und Staat“ (Z. 14) dienen, indem Verwaltung „das lebendige Recht der völkischen Gemeinschaft entfalte[t] und verwirklich[t]“ (Z. 17f.). Das „Führergesetz“ (Z. 21) sei allerdings „Ausdruck der Gemeinschaftsordnung, in der das Volk lebt“ (Z. 20), und „unantastbarer Bestandteil der obersten Ordnung“ (Z. 22f.). Während also die „Rechtsidee“ (Z. 24f.) für das Verwaltungshandeln entscheidend sei, bedeute dies nicht, dass Führergesetze daran gemessen werden dürften. Die Gesetzmässigkeit der Verwaltung diene also nicht mehr dem Vorrang der Legislative oder dem Schutz individueller Freiheit gegenüber dem Staat, sondern dem Vorrang des Führerwillens und so der „Einheitlichkeit der Gemeinschaft und [der] Schlagkraft der politischen Führungsordnung“ (Z. 33-35).

II. Sachliche Aussagen

1. Verfassung und die Beschränkung staatlicher Macht

Der Quellentext knüpft die Beantwortung der Fragestellung nach der Bedeutung der Gesetzmässigkeit im Führerstaat an historische Referenzen an: Er nimmt Bezug auf die Herrschaftsposition des Monarchen im Absolutismus, stellt dem die Situation im bürgerlichen Rechtsstaat gegenüber und kontrastiert den „neuen Staat“ mit diesen Befunden. Anknüpfend an diese Argumentation des Textes soll daher in der ersten sachlichen Aussage die angesprochene Entwicklung in der Beschränkung hoheitlicher Herrschaft in der frühen Neuzeit und in der Moderne durch das Recht und Verfassungen erörtert werden.

„Die Exekutivakte des absoluten Monarchen waren [...] Niederschlag einer rechtlichen Entscheidungsgewalt des Fürsten. Aber sie waren nicht ‚gesetzmässig‘, da sie der allgemeinen gesetzlichen Grundlage entbehrten“ (Z. 4-6). In dieser Aussage wird die Position des absolutistischen Herrschers durch seine Unabhängigkeit vom Gesetz beschrieben: Er kann befehlen ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Damit wird auf die Begrifflichkeit «Absolutismus» angespielt, wonach der «princeps legibus solutus», der Herrscher von den Gesetzen losgelöst ist. «Absolutismus» kennzeichnet deswegen auch eine im Europa des 17. und 18. Jh. prägende Herrschaftsordnung: Herrscherin oder Herrscher waren hier regelmässig unabhängig von rechtlichen Beschränkungen und auch ständischen Mitwirkungsbefugnissen. Wesentliche Voraussetzung dieses Phänomens war der Aufstieg der «Obrigkeit» und der Policey seit dem beginnenden 16. Jh. Staatsphilosophische Entsprechungen fand der Aufstieg der absolutistischen Herrschaftsform in den Entwürfen eines Hobbes oder Pufendorf: Monarchische Herrschaft, abgeleitet aus dem Gesellschaftsvertrag und damit aus einem von göttlicher Legitimation unabhängigen Ursprung, wurde hier als umfassende, fast unbegrenzte Macht konzipiert. In der Praxis stützte sich der absolutistische Herrscher vor allem auf eine zunehmend wachsende Verwaltung, ein stehendes Heer und nicht zuletzt auch auf die Erhebung von Steuern. Allerdings war der Herrscher anders als in der Theorie von anderen gesellschaftlichen Akteuren nicht ganz unabhängig: Deswegen setzte die Begründung absolutistischer Herrschaft wie etwa in Frankreich oder Österreich regelmässig die Einbindung des Adels in den Hof und die Verwaltung und die Garantie von Grundherrschaftsrechten und Privilegien voraus. Es bestand also ein sozialer Herrschaftskompromiss zwischen Herrscher und Adel. In diesem Rahmen konnte der Herrscher aber einen weit stärkeren Grad an Unabhängigkeit in der Staatsführung erlangen. Er vereinte die Befugnis zur Normsetzung und Rechtsprechung in sich. Nur vereinzelt wurde er in zeitgenössischen Theorien an naturrechtliche Positionen gebunden. Der vorliegende Text nimmt, wie eingangs dargelegt, gerade hierauf Bezug.

Mit der Aufklärung gewann die Perspektive an Bedeutung, dass Menschen unveräußerliche Rechte haben, welche auch vom Staat respektiert werden müssen. Solche Gedanken, die sich bereits im 17. Jahrhundert bei John Locke finden, gewannen im 18. Jahrhundert zunehmend an Bedeutung und prägten die Amerikanische und die Französische Revolution (Virginia Bill of Rights, 1776; Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789). Mit der Betonung der Menschenrechte einher ging der Gedanke, wonach staatliche Herrschaft durch positives Recht begrenzt werden soll. Dieser Gedanke nahm das Konzept der *leges fundamentales* auf, von besonderen Gesetzen, die über anderen Gesetzen standen. Im jetzt entstehenden Verfassungsstaat wesentlich wurden die positivrechtliche Beschränkung von hoheitlicher Herrschaft durch das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Eingriffe in individuelle Rechte, die Positivierung von Grund- und Bürgerrechten, eine unabhängige Gerichtsbarkeit und die Partizipation der Herrschaftsunterworfenen an der staatlichen Willensbildung durch Repräsentativkörperschaften. Auf diese Entwicklung weist auch der vorliegende Text hin, wenn in Z. 7-14 diskutiert wird, dass die Unberechenbarkeit absoluten Herrschaft ein Problem darstellte für die Gewährleistung von „Freiheit und Sicherheit des einzelnen“, und dass im Liberalismus deshalb nur noch das parlamentsbeschlossene Gesetz als wirkliches Recht anerkannt worden sei. Die im 19. Jahrhundert entstandenen Verfassungen mit Grundrechtsgarantien (z.B. Schweiz 1848/1874), vor allem aber die Weimarer Reichsverfassung von 1919 bildeten vorliegend die Referenz der Argumentation. Aus der Sicht des Autors ist der Fokus auf „Freiheit und Sicherheit des einzelnen“, wie sie für den „bürgerlichen Rechtsstaat“ prägend sind, ein falscher. Vielmehr müssten „Wohl von Volk und Staat“ den „oberste[n] Wert“ des „Führerstaats“ bilden.

2. Führerstaat

Der Quellentext verwendet nicht weniger als acht Mal Begriffe wie „Führer“, „Führerstaat“ oder „Führungsordnung“ und umreißt damit einen Deutungsrahmen, in dem Grundlage und Grenze des Gesetzmässigkeitsprinzips der Führer zu sein scheint. Die zweite sachliche Aussage wird sich daher mit dem Führerprinzip und seiner Bedeutung für die Normsetzung befassen.

Neben der Vorstellung einer biologisch konstituierten Volksgemeinschaft und dem Antisemitismus bildet das Führerprinzip eine der prägenden Leitlinien des nationalsozialistischen Staates. Ausgedrückt wird damit die unbeschränkte Entscheidungsgewalt eines Führers in einer Organisation. Primär ist damit die totale diktatorische Gewalt des Führers Adolf Hitler im nationalsozialistischen Staat gemeint, das Führerprinzip war aber prägendes Organisationsmerkmal in der gesamten nationalsozialistischen Gesellschaft, z.B. im Sportwesen oder der Hitlerjugend.

Die in der Quelle angesprochene Gesetzgebungsmacht des Führers ist zwingender Ausfluss des Führerprinzips. Die Durchsetzung im Staat erfolgte jedoch schrittweise. Durch das sogenannte Ermächtigungsgesetz wurde 1933 der Regierung die Kompetenz übertragen, (auch verfassungswidrige) Reichsgesetze ohne Beteiligung des Parlaments zu erlassen. Während hier die Exekutive insgesamt legislative Aufgaben übernimmt, ist die Gesetzgebungsmacht rechtlich hier allerdings noch nicht in der Person Hitlers, zu diesem Zeitpunkt Reichskanzler, konzentriert. Als nach dem Tod des Reichspräsidenten Hindenburg im August 1934 die Ämter von Staatsoberhaupt und Regierungschef vereinigt werden und Hitler fortan als „Führer und Reichskanzler“ beide Funktionen ausübt, geht auch das Notverordnungsrecht des Reichspräsidenten auf ihn über.

Anknüpfend an diese Kompetenzen wird der „Führerbefehl“ dann zu einem dominierenden normativen Phänomen des nationalsozialistischen Staates. Der Führerbefehl konnte generell-abstrakt oder individuell-konkret ausgestaltet sein und diente somit zur Rechtsetzung ebenso wie zur Rechtsprechung. Die Gültigkeit war absolut und an keine Verfahrens-, Form- oder Inhaltsvoraussetzungen gebunden. Diese Absolutheit des Führerbefehls ist im vorliegenden Text gut zu erkennen: Es sei „nicht möglich, die Gesetze des Führers an einer ihnen übergeordneten Rechtsidee zu messen“ (Z. 24) und „Niemand anders als der Führer kann die letzte Entscheidung darüber fällen, ob eine bestimmte Regelung gelten soll“ (Z. 25-27). Die neue Art der Gesetzmässigkeit, die Bindung ans Führergesetz, habe „mit rechtsstaatlichen Prinzipien nichts mehr zu tun“ (Z. 31), sie sichere „den

unbedingten Vorrang des Führerwillens vor allen übrigen Erwägungen“ (Z. 34f.). Da das Gesetz nicht mehr den Vorrang des Parlaments oder die Rechtssicherheit schützt, muss sich die Anwendung so- dann auch am Sinn und nicht am Wortlaut des Gesetzes orientieren (Z. 30f.). Unter Verwendung historischer Referenzen und rechtswissenschaftlicher Sprache versucht der Text, die Ersetzung der überkommenen Verfassungsordnung durch das Führerprinzip rechtlich zu fassen und zu legitimie- ren. Indem das Führergesetz als Teil der „obersten Gemeinschaftsordnung“ definiert wird, schlägt der Text einen Bogen zur Volksgemeinschaft, dem kollektivistischen Element, welches im „neuen Staat“ im Zentrum stehen soll. Damit wird eine Identität des Führers mit der Volksgemeinschaft entworfen, die an die absolutistische Herrschaftstheorie Thomas Hobbes‘ erinnern kann.

III. Historische Verortung

Nicht nur wird auf den „bürgerlichen Rechtsstaat“ (Z. 13) als vergangene Epoche Bezug genommen, Begrifflichkeiten wie z.B. „völkische Rechtsidee“ (Z. 25) lassen die Quelle im Nationalsozialismus verorten, d.h. zwischen 1933 und 1945. Die grundlegende rechtstheoretische Überlegung, die Be- zeichnung „neuer Staat“ (Z. 1) und die Kontrastierung mit dem offenbar vertrauteren Phänomen des „bürgerlichen Rechtsstaats“ zeigt, dass der „Führerstaat“ noch ein junges Phänomen ist. Es han- delt sich um einen Text aus den frühen Jahren des Nationalsozialismus.

[Konkret handelt es sich um einen Auszug aus: Ernst Rudolf Huber, Neue Grundbegriffe des hoheit- lichen Rechts, in: Dahm/Huber/Larenz/Michaelis/Schaffstein/Siebert, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 143-188, 176-178]

IV. Gegenwartsbezüge

1) Gemäss BV 5 I bildet das Recht Grundlage und Schranke allen staatlichen Handelns. Staatshan- deln muss also rechtlich gesetzte Schranken einhalten und bedarf einer rechtssatzmässigen Grund- lage. Die oft formlos ergangenen Führergesetze würden die Anforderungen nicht erfüllen, welche heute durch das Legalitätsprinzip gestellt werden.

2) Die Normsetzungskompetenz des Führers wurde theoretisch an die Notrechtskompetenzen von Reichsregierung und Reichspräsident geknüpft. Notrechtskompetenzen der Exekutive sind auch heute üblich. In der Schweiz findet sich eine gesetzliche Grundlage insbesondere in BV 185 III und jenseits davon existiert nach der Lehre auch eine umfassende extrakonstitutionelle Notrechtskom- petenz des Bundesrates.

3) Der Text bezieht sich auf „Wohl von Volk und Staat“ und den „Gemeinwillen“, denen angeblich der Staat und das vom Führer gesetzte Recht dienen. Bezugnahmen auf die Bedürfnisse und den Willen eines als einheitlich dargestellten „Volkes“ sind im politischen, aber auch im rechtlichen Dis- kurs nicht selten. Oft dient dieses Argument der rhetorischen Untermauerung der eigenen Position. Die Monopolisierung des „Volkswillens“ durch eine Person, die Teil „der obersten Ordnung“ sei, wirkt aber aus heutiger Perspektive fremd.

Teil II: Quellentext mit Aufgaben (16 Punkte)

Lesen Sie den folgenden Quellentext und beantworten Sie die unten gestellten Aufgaben.

Die Zeichenzahl ist auf 6000 Zeichen beschränkt (mit Leerzeichen).

Capitula Legibus Addenda

«Incipiunt capitula quae legibus addenda sunt, quae et missi et comites habere et ceteris nota facere debent.

[...]

13. De faidis cohercendis. Si quis aliqua necessitate cogente homicidium conmisit, comes in cuius ministerio res perpetrata est et compositionem solvere et faidam per sacramentum pacificari faciat; quodsi una pars ei ad hoc consentire noluerit, id est aut ille qui homicidium conmisit aut is qui compositionem suscipere debet, 5 faciat illum qui ei contumax fuerit ad praesentiam nostram venire, ut eum ad tempus quod nobis placuerit in exilium mittamus, donec ibi castigetur, ut comiti suo inoboediens esse ulterius non audeat et maius damnum inde non ad crescat.

[...]

10 16. De dispectu litterarum dominicarum. [...] Qui [...] epistolam nostram quocumque modo dispexerit, issu nostro ad palatium veniat et iuxta voluntatem nostram congruam stulticiae suae castigationem accipiat. Et si homo liber vel ministerialis comitis hoc fecerit, honorem, qualemcumque habuerit, sive beneficium amittat ; et si servus fuerit, nudus ad palum vapulet et caput eius tondeatur.

[...]»

Übersetzung:

Den Gesetzen hinzuzufügende Kapitel (818/819)

«Es beginnen die Kapitel, die den Gesetzen hinzuzufügen sind, welche die Boten und Grafen haben sollen und den übrigen bekannt machen sollen.

[...]

13. Über die Beilegung der Fehden. Wenn jemand durch irgendeine Not gezwungen einen Totschlag begeht, 5 lasse der Graf, in dessen Bezirk die Tat begangen wurde, die Busse zahlen und die Fehde durch Eid versöhnen; wenn aber ein Teil ihm nicht zustimmen will, d.h. jener, der den Totschlag beging, oder der, der die Busse empfangen soll, so lasse er den, der gegen ihn unbeugsam war, vor Unser Angesicht kommen, damit wir ihn auf die Zeit, die Uns beliebt, in die Verbannung schicken, bis er dort [genug] gestraft ist, damit er seinem Grafen inskünftig nicht ungehorsam zu sein wage und nicht grösserer Schaden daraus entstehe.

10 [...]

16. Über die Missachtung der königlichen Schreiben. [...] Wer [...] unseren Brief in irgendeiner Weise missachtet, komme auf Unseren Befehl zur Pfalz und empfangen unserem Willen gemäss eine seiner Torheit entsprechende Strafe. Und wenn ein Freier [Anm.: sei er selbst Grundherr oder auch er anderen verpflichtet] oder ein Dienstmann des Grafen dies tut, verliere er die Ehrenstellungen, welche auch immer er hatte, oder sein 15 Benefizium; und wenn es ein Sklave war, werde er nackt am Pfahl gepeitscht und sein Haupt geschoren.

[...]»

Aufgaben zu Teil II:

Aufgabe 1

Der vorliegende Text datiert von etwa 818. Resümieren Sie, was er aussagt, beschreiben Sie die Quellengattung, der er entstammt, und ordnen Sie dieselbe rechtshistorisch ein. Erklären Sie dabei unter anderem auch, was mit den in ihm erwähnten 'Gesetzen' gemeint sein könnte. Von welcher Institution gingen diese 'Gesetze' aus, von welcher rührte der vorliegende Text her? Und erkennen Sie schliesslich Unterschiede in der Entstehung von Recht, wenn Sie diesen Normtext mit dem Zustandekommen des Ersten Bundesbriefes von 1291 vergleichen? **(6 Punkte)**

Beim vorliegenden Text handelt es sich um ein karolingisches Kapitular, was schon aus der Selbstbezeichnung als Kapitel («Capitula») hervorgeht. Es knüpft ausdrücklich an bestehende Gesetze an («...Legibus Addenda»).

Kapitularen wurden erstmals im 8. Jh. während des karolingischen Reichs unter dem fränkischen König Karl dem Grossen belegt; sie sind als gesetzesähnliche Herrschaftsanordnungen zu verstehen, wobei bei ihrer Entstehung auch konsensuale Anteile vermutet werden (Rat und Zustimmung von Adel und Kirche). Das vorliegende Kapitular stammt wohl von Ludwig dem Frommen (814-840). Inhaltlich umfasst es Regelungen zur «Beilegung der Fehden» (13), zur Zahlung einer Busse («compositionem», Z. 5) und Versöhnung der Fehde durch Eid («faidam per sacramentum», Z. 5) bei Totschlag («homicidium», Z. 4), sowie Regelungen bei «Missachtung der königlichen Schreiben» (16).

Kapitularen bildeten bis etwa Ende des 9. Jh. den wichtigsten Normtyp weltlichen Rechts. Das vorliegende Kapitular «legibus addenda» könnte dabei mit den *Leges* die früheren Stammesrechte meinen, welche vielfach auf die Zeit von Völkerwanderung zurückgingen sowie häufig im Zusammenhang mit neuen Reichsbildungen entstanden waren. Bei diesen Stammesrechten handelte es sich um herrscherlich veranlasste *schriftliche Aufzeichnungen* von Rechtstraditionen einer Ethnie. Vorliegend wäre dann die fränkische Lex, die *Lex Salica* (507/511), gemeint. Ihre Aufzeichnung erfolgte im 6. Jh. als Ausdruck königlicher politischer Herrschaft, zugleich als Instrument der kollektiven Identitätsbildung. Stärker als die *Leges* drücken die Kapitularen einen originären und grundsätzlichen, rechtlichen Regelungsanspruch des Herrschers aus, sie sind seltener Aufzeichnungen von bestehenden Gewohnheiten.

Der erste Bundesbrief von 1291 entstammt demgegenüber einem Kontext: Seit dem 12. Jahrhundert ist im europäischen Mittelalter verstärkt die Tendenz zur autonomen Normsetzung und Verbandsbildung erkennbar in Gestalt der *coniuratio* (Schwurgemeinschaft). Ausgangspunkt dieser Entwicklung bildeten die Gottes- und Landfrieden als Reaktion auf das andauernde Scheitern von *compositio*. Landfriedensgemeinschaften treten als beschworene Friedensbündnisse auf, und die Eidleistung bildet die Grundlage selbstbestimmter Normsetzung. Der Bundesbrief von 1291 stellt ein Beispiel für eine solche Landfriedensgemeinschaft dar, in der neues Recht *selbstbestimmt* gleichsam «von unten» neu gesetzt wurde. Er unterscheidet sich durch diesen, gleichsam protodemokratischen, Aspekt von den Kapitularen ebenso wie von den früheren *Leges*.

Aufgabe 2

Sie sind ambitioniert und reisen auf einen Fachkongress. Dort treffen Sie einen renommierten Mittelalter-Forscher, der Ihnen zu diesem Text darlegt:

«An diesem Kapitular lässt sich gut erkennen, dass und wie gut schon in der Karolingerzeit Straftaten verfolgt und mit öffentlichem Strafrecht beantwortet wurden.»

Stimmt diese These, was spricht für, was spricht gegen sie? Begründen Sie Ihre Meinung nicht allein auf der Grundlage Ihres rechtshistorischen Wissens, sondern insbesondere auch in Auseinandersetzung mit der Quelle. **(10 Punkte)**

Träfe die These zu, so wäre Strafverfolgung schon in der Karolingerzeit als Angelegenheit hoheitlicher Gewalt betrachtet worden.

Für die These sprechen die folgenden Argumente: Beim vorliegenden Ausschnitt aus einem Kapitular bildet die Fehde den Kontext, in der bei Totschlag («homicidium», Z. 4) die Zahlung einer Busse («conpositio», Z. 5) und Versöhnung der Fehde durch Eid («faidam», «sacramentum») vorgesehen ist. Wenn eine der beteiligten Personen nicht zustimmt, muss sie jedoch vor den König treten und wird in die Verbannung geschickt, worin eine Form der *Strafe* liegen könnte («in exilium mittamus, donec ibi castigetur», Z. 8). Auch bei «Missachtung der königlichen Schreiben» (16) soll die Person zu Pfalz kommen und eine Bestrafung erhalten («castigationem», Z. 12). Im Text werden zudem Ansätze eines frühen, gestuften gerichtlichen Verfahrens erkennbar: Bei einer Tötung erscheinen die beteiligten Personen beim Grafen («comes», Z. 8 und 13), und wenn eine der Personen nicht zustimmt, sendet ihn der Graf zum König.

Gegen die These sprechen die folgenden Argumente: Die Regelungen im Text sind jedoch ganz auf den Kontext der Fehde bezogen («faidam», Z. 5). Der Ausgangspunkt der Fehde bildete die Rache als ursprüngliche Sanktion für Unrecht und archaisches Vergeltungsdenken. Fehde bedeutete Ausgleich von Unrecht in Form rituell gebundener Vergeltung mit dem Ziel der Wiederherstellung der verletzten Ehre des Familienverbandes durch erlaubte Selbsthilfe. Bereits im Rahmen der Stammesrechte werden seit dem 5. Jh. die Kompositionen (hier: «conpositionem suscipere», Z. 7) erwähnt. Inhalt der Kompositionen war die Zahlungspflicht des Täters und Verzicht des Opfers auf Selbsthilfe und Einigung mit dem Täter. In diesem Zusammenhang entstehen auch gerichtliche Formen, ursprünglich im Rahmen des sog. Things, einer Gerichtsversammlung, in der über Kompositionen ursprünglich wohl durch alle Versammelten (Gerichtsgemeinde) befunden wurde. Seit ca. 770 wurden fallweise *Rachinburgen* (Lex Salica) eingesetzt und der Vorsitz von Richtern (Graf oder Zentnar) eingeführt.

In solchen frühen prozessualen Formen gerichtlicher Konfliktschlichtung lassen sich zwar gewisse hoheitliche Elemente der Strafrechtspflege erkennen. Das öffentliche Strafrecht entstand und festigte sich allerdings in seinen normativen Strukturen erst später, im Verlauf der Gottes- und sodann Landfriedensbewegung seit dem 11. Jh. Solche Friedensschlüsse waren ursprünglich zeitlich und lokal begrenzte, beschworene Einungen mit Friedensgarantien zur Zurückdrängung der Fehde. Seit Friedrich Barbarossa (1152-1190) fand ein Übergang zu königlicher Gesetzgebung statt (ebenfalls mit Elementen der Eidesverpflichtung). Inhalte waren hier Fehdebegrenzungen mit territorialen Anknüpfungspunkten, indem Strafrechtsnormen mit Wirkungen für alle Friedensbeteiligten aufgestellt wurden. Damit war eine Abkehr vom Modell *horizontalen* Unrechtsausgleichs (Fehde, Busse) und die Entstehung des *vertikalen* öffentlichen Strafrechts verknüpft. Strafverfolgung wurde als Angelegenheit *hoheitlicher Gewalt* begriffen und die Gerichtsgewalt verstärkt. Bei Friedensbruch, der Begehung von Delikten, drohten Sanktionen durch Eidgemeinschaft und/oder den Herrscher, nun als peinliche Strafen und Todesstrafen. Die Regelungen aus dem hier vorliegenden Kapitular deuten hingegen noch ganz auf eine Durchsetzung des bestehenden Kompositionensystems mangels Effektivität hin. Die dargelegten Kernelemente des öffentlichen Strafrechts sind daher noch nicht zu erkennen.

Teil III: Quellentext mit Aufgaben (14 Punkte)

Lesen Sie den folgenden Quellentext und beantworten Sie die unten gestellten Aufgaben.

Die Zeichenzahl ist auf 5000 Zeichen beschränkt (mit Leerzeichen).

Gottfried Achenwall und Johann Stephan Pütter veröffentlichten 1750 die «Elementa Iuris Naturae» (Anfangsgründe des Naturrechts). Darin findet sich folgender Text:

«

«TITULUS III

De modo ius suum persequendi inter imperantem et subditos

5 § 787 Si quoad nexum imperii civilis, ubi summus imperans ex una, subditi ex altera parte considerantur, alter alteri suum non tribuit; laesus in laedentem ius cogendi habet, idque tamen ob ipsam intervenientis imperii naturam aliter comparatum, si iuri imperantis, quam si iuri subditorum non satisfit.

§ 788 Imperans

1. ex ipsa lege naturali ad suam et civitatis suae securitatem obtinendam ius in laedentes eam laesurosve subditos habet persequendi eorum res, iura et vitam [...],
- 10 2. iure summi imperii ius habet, inquirendi in facta, laesionem suam involventia, sententiam ferendi ac puniendi.

§ 789 Laeditur autem imperans a subditis, quoties hi detrectant obsequium illi debitum; et quoties reipublicae, quam administrat, detrimento vel exitio aliquid committunt, vel committere tentant.

15 § 790 Utrumque vel ad evertendam universam reipublicae administrationem tendit, vel in singulari tantum obligationis alicuius civilis violatione consistit.

[...]

§ 797 Subditi ab imperante non aliter laeduntur, quam si imperans limites imperii naturales aut lege fundamentali praescriptos violat. Et tunc

1. eatenus quidem ceu duae personae, quae in statu naturali pactum condiderunt, quarumque altera alteram
- 20 laedit, considerari debent populus ceu laesus et princeps ceu laedens;
2. Simul vero imperans naturam superioris retinet; non cognitioni subest, non sententiae, non poenae; sed solum secundum iura, quae in statu naturali obtinent, tractari potest.

25 § 798 Quodsi itaque singuli forte subditi, se citra salutis publicae rationem vel ultra legis imperii fundamentalis limites laedi a summo imperante, queruntur; repraesentare quidem querelas suas possunt imperanti, intra debitos autem respectus et obsequii limites se continere debent, neminique ea de re ius cognoscendi est.

Unde sola saepe solamini tunc superest spes meliorum temporum.

[...]»

Übersetzung:

«3. TITEL

Über die Verfolgung der Rechte zwischen Herrschern und Untertanen

§ 787 Wenn im Rahmen der bürgerlichen Herrschaft – der Herrscher auf der einen, die Untertanen auf der anderen Seite betrachtet – der eine dem anderen nicht das Seine gewährt, hat der Verletzte gegen den Ver-
5 letzer ein Zwangsrecht. Dieses ist aber wegen der Natur der Herrschaft anders beschaffen, wenn dem Recht des Herrschers, als wenn dem Recht der Untertanen nicht Genüge geschieht.

§ 788 Der Herrscher hat

1. aus dem Naturgesetz selbst zur Aufrechterhaltung seiner und seines Staates Sicherheit ein Recht gegen Sachen, Rechte und Leben [...] der Bürger, die die Sicherheit verletzen oder bedrohen,

10 2. aus dem Recht der Oberherrschaft das Recht, Handlungen zu untersuchen, die im Zusammenhang mit seiner Verletzung stehen, zu verurteilen und zu bestrafen.

§ 789 Der Herrscher wird aber von den Untertanen verletzt, wenn diese ihm den schuldigen Gehorsam verweigern, und wenn sie etwas zum Schaden oder Verderben des Gemeinwesens, das er regiert, begehen oder zu begehen versuchen.

15 § 790 Beides zielt entweder auf einen Umsturz der gesamten Regierung des Gemeinwesens ab, oder besteht nur in der Verletzung einer einzelnen staatsbürgerlichen Verbindlichkeit.

[...]

§ 797 Die Untertanen können vom Herrscher nur dadurch verletzt werden, dass er die natürlichen oder durch ein Grundgesetz bestimmten Grenzen der Herrschaft überschreitet. Dann

20 1. müssen zwar das Volk, als Verletzter, und der Fürst, als Verletzer, wie zwei Personen betrachtet werden, die im Naturzustand einen Vertrag geschlossen haben und von denen die eine die andere verletzt hat,

2. behält aber zugleich der Herrscher die Eigenschaft des Oberen bei. Er unterliegt keiner gerichtlichen Erkenntnis, keinem Richterspruch, keiner Strafe, sondern kann nur nach dem Recht behandelt werden, das im Naturzustand gilt.

25 § 798 Wenn deshalb etwa einzelne Untertanen sich darüber beklagen, sie seien, ohne dass dies durch das gemeine Wohl gerechtfertigt sei oder über die Grenzen des Grundgesetzes der Herrschaft hinaus, vom Oberherrscher verletzt worden, können sie zwar ihre Beschwerden dem Herrscher vorstellen, müssen sich dabei aber innerhalb der gehörigen Grenzen der Rücksicht und des Gehorsams halten, und niemand kann über eine solche Angelegenheit als Richter entscheiden.

30 Daher bleibt oft als einziger Trost die Hoffnung auf bessere Zeiten.

[...]»

Aufgaben zu Teil III:

Aufgabe 1

Beschreiben Sie das Verhältnis zwischen Herrscher und Untertanen im vorliegenden Quellentext. Wo sehen Sie Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu anderen naturrechtlichen Konzepten des 17. und 18. Jahrhunderts? **(8 Punkte)**

(1) Im Rahmen der «bürgerlichen Herrschaft» (Z. 3) haben Herrscher und Untertanen Pflichten, deren Verletzung dem anderen ein Zwangsrecht geben (§ 787). Bei einem Verstoss des Herrschaftsunterworfenen erfolgt die Bestrafung durch den Herrscher (§ 788). Ein solcher Verstoss kann in der Verweigerung des Gehorsams gegenüber dem Herrscher liegen oder in einer Handlung gegen das Gemeinwesen (§ 789). Bei einem Verstoss durch den Herrscher dürfen sich die Untertanen höflich beschweren, können ihre Rechte aber nicht zwangsweise durchsetzen (§ 798), da der Herrscher «keiner gerichtlichen Erkenntnis» (Z. 24) unterliegt, sondern nur nach dem Recht beurteilt werden kann, das im Naturzustand gilt (§ 797 Nr. 2). Die Grenzen der Herrschaft ergeben sich aus der Natur oder einem Grundgesetz (§ 797). Dabei besteht die Vorstellung, dass zwischen dem Volk und dem Herrscher in einem Naturzustand ein Vertrag geschlossen worden sei (§ 797 Nr. 1). (2) Die Vorstellung von einem vorgesellschaftlichen Zustand, einem fiktiven «Naturzustand», in welchem sich Menschen mit einem Gesellschaftsvertrag zusammenschliessen und einer gemeinsamen Herrschaft unterwerfen, ist typisch für die Naturrechtskonzeptionen der frühen Neuzeit. Unterschiedlich ist aber die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Untertanen und Herrscher. So schliessen sich bei Hobbes die Menschen in einem Gesellschaftsvertrag zusammen und gehen gleichsam im Herrscher (Leviathan) auf. Aufgrund der Identität der Beherrschten mit dem Herrscher haben die Untertanen gegenüber dem Monarchen keine Individualrechte. In diesem Punkt unterscheidet sich der vorliegende Text. Allerdings besteht auch hier faktisch keine Möglichkeit, seine Rechtsposition gegenüber dem Herrscher praktisch durchzusetzen. Ein Abwehrrecht der Untertanen gegenüber dem Monarchen besteht, jedenfalls in der Theorie, bei John Locke. Dieser erkennt den Gesellschaftsvertrag als Mittel, um die natürlichen individuellen Rechte auf Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum zu schützen. Herrscherhandeln, welches dem Schutz dieser Werte fundamental zuwiderläuft, würde einem Verstoss gegen den Gesellschaftsvertrag gleichkommen. Während also im vorliegenden Text wie bei Locke dem Individuum Rechte gegenüber dem Herrscher eingeräumt werden, gehen Achenwall und Pütter nicht so weit wie Locke, der im Fall einer Verletzung des Gesellschaftsvertrags durch den Herrscher ein Widerstandsrecht der Bürger erkennt. Grosse Ähnlichkeit weist die Ordnung im vorliegenden Text zu den Vorstellungen Samuel Pufendorfs auf. Auch bei Pufendorf wird die Herrschaftsgewalt durch einen Gesellschaftsvertrag auf einen Herrscher übertragen, der anders als bei Hobbes nicht identisch ist mit der Gesamtheit der Beherrschten. Wie vorliegend ist der Monarch bei Pufendorf im Grundsatz an die Respektierung gewisser Individualrechte gebunden. Im Interesse der allgemeinen Sicherheit besteht für die Untertanen aber wie vorliegend bei Achenwall und Pütter keine Möglichkeit, diese Individualrechte gegenüber dem Herrscher durchzusetzen.

Aufgabe 2

Heute werden die Menschenrechte manchmal naturrechtlich begründet. Dabei geht es darum, den einzelnen Menschen zu schützen. Erkennen Sie Ansätze im Quellentext, die ebenfalls auf den Schutz des Bürgers hindeuten? Wie erklären Sie sich Unterschiede? **(6 Punkte)**

(1) Wenn heute mit naturrechtlichen Argumenten versucht wird, Menschenrechte zu begründen, geht es um den Schutz (gleicher) individueller Freiheitsphären. Primär richtet sich dieser Schutz gegen staatliche Eingriffe in diese Freiheiten, sekundär auf den Schutz dieser Freiheiten durch den Staat gegenüber privaten Dritten (Drittwirkung). (2) Im vorliegenden Quellentext ist die Durchsetzung individueller Rechte äusserst schwach ausgestaltet. Zwar kann der Bürger nach § 798 seine Beschwerde

vortragen, weiter reichen seine Rechte aber nicht. Diesen Mangel stellen die Autoren selbst heraus, wenn sie bei § 798 kleingedruckt anfügen: «Daher bleibt oft als einziger Trost die Hoffnung auf bessere Zeiten.» Trotzdem bestehen zumindest in der Theorie Sphären individueller Freiheit, die geschützt werden sollten (§ 797). (3) In gewisser Hinsicht deutlicher als der Schutz gegenüber dem (eigenen) Staat ist vorliegend wie in anderen Naturrechtstheorien der frühen Neuzeit der Schutz gegenüber Dritten. Einen prägenden Hintergrund der Entstehung dieser Herrschaftstheorien bildeten nämlich Erfahrungen insbesondere konfessionell begründeter Kriege und fundamentaler Unsicherheit, welche durch eine so stark herrscherzentrierte Gesellschaftsverfassung für die Zukunft vermieden werden sollten. Dies zeigt sich auch bei Achenwall und Pütter: So hat der Herrscher nach § 788 Nr. 1 ein Recht gegen Sachen und Bürger, welche die (nicht nur seine) Sicherheit bedrohen. Ein starker Staat, welcher die Sicherheit der Bürger gewährleistet, erschien gegenüber einem wahrgenommenen natürlichen Kriegszustand (wie bei Hobbes) attraktiv. In jüngerer Zeit kennen wir ein vergleichsweise ausdifferenziertes und starkes Staatswesen. Bedrohungen individueller Freiheit durch staatliches Handeln sind daher in der Wahrnehmung stärker in den Vordergrund getreten. Möglicherweise zeigt sich in gegenwärtigen Theorien zur Drittwirkung von Grundrechten eine Entwicklung, dass heute insbesondere die Bündelung wirtschaftlicher Macht zunehmend als Bedrohung von Freiheit wahrgenommen wird, so dass in diese Richtung wiederum dem Staat eine stärkere ordnende Rolle zugeschrieben wird.

[Für die Bewertung der gesamten Aufgabe ist entscheidend, dass es den Studierenden gelingt, ein kohärentes und inhaltlich richtiges Argument zu führen.]