

Rechtsgeschichte (BLaw)

08.01.2019

Dauer: 180 Minuten

- Kontrollieren Sie bitte sowohl bei Erhalt als auch bei Abgabe der Prüfung die Anzahl der Aufgabenblätter. Die Prüfung umfasst mit dieser Seite 3 Seiten und 2 Aufgaben mit Teilaufgaben.

Hinweise zur Bewertung

- Bei der Bewertung kommt den Aufgaben unterschiedliches Gewicht zu. Das Total der erreichbaren Punktezahl in dieser Prüfung beträgt 44 Punkte, wovon deren 29 auf die Interpretation und 15 auf die Beantwortung der Fragen (unabhängig vom Quellentext) fallen. Die Punkte verteilen sich wie folgt auf die einzelnen Aufgaben:

Aufgabe 1	29 Punkte 65.9 % des Totals
Aufgabe 2	<u>15 Punkte</u> <u>34.1 %</u> des Totals
Total	44 Punkte 100 %

1. Teil: Textinterpretation mit folgenden Anteilen an Punkten:

Zusammenfassung	2 Punkte 4.5 % des Totals
Themenbildung	2 Punkte 4.5 % des Totals
Sachliche Aussagen	18 Punkte 41 % des Totals
Historische Verortung	3 Punkte 6.9 % des Totals
Gegenwartsbezug	4 Punkte 9.0 % des Totals

2. Teil: Frageteil mit folgenden Anteilen an Punkten:

Aufgabe 2.1	2 Punkte 4.5 % des Totals
Aufgabe 2.2	6 Punkte 13.7 % d. Totals
Aufgabe 2.3	4 Punkte 9.0 % des Totals
Aufgabe 2.4	3 Punkte 6.9 % des Totals

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg!

Teil I: Textinterpretation

Aufgabe:

Interpretieren Sie den Quellentext rechtshistorisch. Dabei haben Sie sämtliche Textelemente interpretatorisch zu erfassen und rechtshistorisch zu erläutern. Achten Sie auf eine widerspruchsfreie Begründung Ihrer Interpretation. Mehrdeutige oder in sich widersprüchliche Interpretationen gehen zu Ihren Lasten. Es sind ganze Sätze zu schreiben. Korrigiert wird, was lesbar ist.

I. Zusammenfassung 2 P.;

II. Sachliche Aussagen: 2 x 9 P.

(Es müssen zwei Aussagen gebildet werden.

Die ausreichend begründete Bildung der Themen erhält zusätzlich 2 P.);

III. Historische Verortung 3 P.;

IV. Ein vertiefter rechtlicher Gegenwartsbezug 4 P.

Punktetotal Textinterpretation: 29 Punkte

1. Textinterpretation: Quellentext

«Auch war in der That die Verletzung des materiellen Rechtes nicht die schlimmste Folge von der Herrschaft der Romanisten und ihrer Lehre; noch höher muss der Nachtheil angeschlagen werden, dass das Recht, bis dahin im Bewusstsein des Volkes lebendig, ihm nun als eine fremde, unheimliche Macht gegenüber trat, und dass die
5 Rechtspflege aus den Händen der Schöffen in die der studirten Juristen überging, welche bald die ganze Noth des römischcanonischen Processes mit seinem heimlichen, schriftlichen Verfahren in die sonst offenen deutschen Gerichtssäle brachten. Es begann jetzt die Entfremdung des Volkes von seinen eigensten Angelegenheiten, jene Bevormundung von oben her, welche später, als von den Landständen und den
10 Gemeinden die rechte Kraft und Tüchtigkeit gewichen war, auch auf die Verwaltung ausgedehnt wurde, und das frische Leben, welches die Nation noch aus dem Mittelalter in die neue Zeit herüber gebracht hatte, vollends zerstörte.
[...] die unbedingte Reception des vollständigen Materials und die Unterdrückung und Verkrüppelung des eigenen Rechtslebens, welche nothwendig daraus folgten, bleiben
15 immer ein Nationalunglück, welches der Patriot nur beklagen kann, wenn es auch aus der Verkettung der Verhältnisse wie mit Nothwendigkeit hervorgegangen scheint. [...]]»

I. Zusammenfassung

2 Punkte

1. Formell

Es handelt sich um einen nicht gegliederten Text mit sprachlichen Eigentümlichkeiten, erkennbar etwa an der «th» und «c»-Schreibweise. Der Text enthält zwei Auslassungszeichen.

2. Inhaltlich

Der Autor spricht von der Entfremdung des Volkes von seinem eigenen materiellen wie prozessualen Rechtsverständnis. Den Grund dafür sieht er in den studierten Juristen, insbesondere den Romanisten, welche die Rechtspflege anstelle der Schöffen übernommen hätten, wodurch das Recht nunmehr als fremde und unheimliche Macht dem Volke gegenüberträte. Diese Entfremdung des Volkes führe zu seiner Bevormundung von oben. Die Rezeption des römischen Rechtes sei daher ein Nationalunglück mit der Folge der Unterdrückung und Verkrüppelung des eigenen Rechtslebens, welches die Nation aus dem Mittelalter in die neue Zeit herübergebracht hätte.

II. Sachliche Aussagen

Themenbildung:

2 Punkte

Im Zentrum stehen die Aspekte Volk, Nation und Rechtspflege im Spannungsverhältnis zur rezipierten Romanistik im Sinn des römisch-canonischen Prozessrechts der studierten Juristen. Diesen Rezeptionsvorgang bezeichnet der Autor als ein Nationalunglück. Mit Bezug auf die Textstruktur sind die beiden Themen somit vorgebildet.

Die Zeilen 1–12 behandeln die Entfremdung des Volkes von seinem eigenen Rechtsverständnis durch den gelehrten Juristenstand, was sich als Thema «Volks- oder Juristenrecht?» ausdrücken lässt. Dieses Thema bildet die erste sachliche Aussage. In den Zeilen 13–16 wird dieser Rezeptionsvorgang des römischen Rechts als Nationalunglück politisiert. Daraus kann die zweite sachliche Aussage gebildet werden mit dem Titel: «Die Politisierung der Rezeption als Nationalunglück».

1. Volks- oder Juristenrecht?

9 Punkte

Der Autor spricht in den Zeilen 3 und 8 vom Volk im Sinne eines Teilhabers am politischen und gesellschaftlichen Geschehen. Diese Sichtweise bzw. die Einbindung des Volkes im Sinne eines ständeübergreifenden Politikums ist ein intellektuelles Produkt, das mit der Französischen Revolution von 1789 infolge der Auflösung der ständischen Gesellschaftsordnung aufkam. Die Beseitigung des Ancien Régimes brachte den Männern (nicht den Frauen) die grundsätzliche politische und gesellschaftliche Gleichstellung als Bürger.¹ Damit musste erklärt werden, wie «alle» Männer mit und ohne Bildung Träger der Politik und insbesondere des Rechts sein konnten.

Dazu gab es eine Theorie der Historischen Rechtsschule nach 1815, die besagte, dass das Recht gleichsam selbstverständlich im Bewusstsein des Volkes lebe. Auch der Text spricht

¹ MARCEL SENN/LUKAS GSCHWEND/RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Rechtsgeschichte auf kulturgeschichtlicher Grundlage, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 3. A., 2012, Kap. 10 Rz. 15. Nachfolgend werden nur die Kapitel inkl. Randziffern genannt.

vom Bewusstsein des Volkes (Z. 3). Die Identität des Volkes wird durch das «nationale» Kriterium somit erst konstruiert.² Geschichte hatte somit das Innenleben eines nationalen Kulturraums zu beschreiben, der aus gemeinsamen Ahnen, Liedern, gemeinsamer Sprache, Brauchtum und eigenem Recht bestand. Alle diese Gemeinsamkeiten bedeuteten die kulturelle Identität eines Volkes, wodurch Minderheiten in der Folge ausgegrenzt wurden. In diesem Sinne sammelten die Gelehrten Zeugnisse (oder wie man damals sagte: Monumente) der eigenen «Volksidentität». Nation und Volksgeist wurden zunehmend gleichgesetzt. Zur Zeit des Nationalismus wurde *Montesquieus* Begriff vom «Geist der Gesetze» als «Volksgeist» verstanden.³ Solange die Männer im Mittelalter im öffentlichen Gericht («thing») zusammenkamen und ihr Recht besprachen und bestätigten, war das Recht ein Produkt des Volkes. Mit Aufkommen des Juristenstandes, der am überlieferten römischen Recht ausgebildet worden war, sei – nach Darstellung des Autors – das Recht des Volkes verfremdet bzw. durch das römische Recht zerstört worden.⁴ Durch die Verwissenschaftlichung des Rechts und die Verbindung (oder Verarbeitung) der bisherigen Praxis mit der Theorie des römischen Rechts seien sich «Volk» und «Expertenstand» nun gegenübergetreten, was folglich zur «Entfremdung» des Volkes von «seinem» Recht geführt habe (Z. 8).

Rechtsgeschichtlich beurteilt war die Rezeption ein vielschichtiger Prozess der europäischen Rechtsentwicklung vom Spätmittelalter bis ins 19. Jahrhundert. Rezeption heisst wörtlich «Aufnahme». Im historischen Kontext war damit indes nicht nur die Aufnahme des römischen Rechts in die Gesetzgebung und Gerichtspraxis gemeint, wodurch das römische Recht mit der bestehenden Rechtsordnung gleichsam verschmolzen wurde, sondern Rezeption bedeutete auch einen grossen Schritt hin zur Professionalisierung und Rationalisierung – also Verwissenschaftlichung – des Rechts, weil die Diskussion der Rechtsfragen zunehmend methodisch reflektiert geführt wurde. Die Rezeption bedeutete eine Transformation des volkstümlichen Rechts zu einer zunehmend rationalen und autonomen Kategorie des Expertenwissens, wodurch die Einflussnahme durch die Eliten (Fürsten und Kirchen) aufgrund ihrer Machtposition und somit deren Steuerung des Rechts zurückgebunden werden konnte.⁵

Nach einem der Hauptvertreter der Historischen Rechtsschule, *Carl Friedrich von Savigny*, stellten die Juristen die Vertreter des eigentlichen Volkswillens dar, weil sie diesen in den theoretischen Begrifflichkeiten ihrer Zeit auszudrücken imstande seien.⁶ In dem Sinne übernehmen sie die Repräsentationsfunktion der aufgeklärten Aristokratie und setzen das politische Elitedenken nun auf wissenschaftlicher Ebene im bürgerlichen Zeitalter fort.⁷ *Savigny* stellt fest, dass das Recht eine doppelte Funktion habe, nämlich eine politische und eine technische. Die politische Funktion der inhaltlichen Bestimmung nimmt das ungebildete Volk, die technische dagegen der ausgebildete Fachmann – also der Jurist – wahr. Dadurch werden Lebenswelt und Wissenschaft voneinander theoretisch zwar als unterschiedlich begriffen, jedoch miteinander funktional vernetzt. Es entstehen zwei autonome Bereiche, nämlich die Politik und das Recht. Sie sind zwar selbständige Systeme, doch bedingen sie sich in praktischer Hinsicht gegenseitig, wobei im Rechtsstaat die Politik dem Recht zu folgen hat. Problematisch wird diese Verbindung dann, wenn die Juristen im Dienste der politisch und wirtschaftlich Mächtigen (Kirche, Fürsten, Patrizier, reiche Bürger) stehen und damit zu Vertretern von deren besonderen Interessen und nicht mehr der Bevölkerung werden, wodurch das Recht der Politik der Mächtigen folgt und die Vermittlung zwischen den beiden sozialen Gruppen nicht mehr durch das Recht gesichert ist.⁸

² Kap. 11 Rz. 35.

³ Kap. 11 Rz. 20.

⁴ Kap. 6 Rz. 32.

⁵ Kap. 6 Rz. 17, 19, 30.

⁶ Kap. 11 Rz. 34 i.V.m. Rz. 39.

⁷ Kap. 11 Rz. 38.

⁸ Kap. 11 Rz. 43, Kap. 6 Rz. 31.

Vor diesem Hintergrund ist das Rechtsdenken der «Historischen Rechtsschule» als eine historisch-organische Betrachtungsweise des Rechts zu verstehen, die sich an den Quellen des einheimischen (deutschen) und des gelehrten (römischen) Rechts orientiert. Sie hat ihre Wurzeln bei *Montesquieu* und *Herder*, bei den Göttinger Juristen *Reitemeier* und *Hugo* sowie im deutschen Idealismus. Doch *Savigny* hat die Methode der Göttinger Schule in einem grundlegenden Punkt verändert: Nach *Savigny* denkt ein Jurist erst dann rechtswissenschaftlich, wenn er historisch-systematisch vorgeht. Geschichts- und Systemdenken sind für das juristische Denken somit unabdingbar.⁹ Anders als *Savigny*, der den Juristen als auch dem Volk folglich eine je eigene Sphäre zuschreibt, erkennt unser Autor darin einen Gegensatz und eine Entmündigung des Volks. Er argumentiert offensichtlich nationalistisch und nennt dies patriotisch (Z. 11, 15).

Doch bereits 1643 hatte *Conring* die Schlüsselrolle des professionellen Rechtskundigen erkannt.¹⁰ Spezialisierung erzeuge Fachwissen. Fachwissen bedeute auf der einen Seite Machtzugewinn für jene, die an der Spezialisierung teilhaben, insofern sie in den gerichtlichen und verwaltungsmässigen Funktionen des gesellschaftlichen Systems aufsteigen. Umgekehrt zeitigt die Spezialisierung auch einen Bedeutungs- und Machtverlust derjenigen, welche diese Funktion bisher innehatten. In Bezug auf die nicht juristisch gebildeten «Schöffen» (Z. 5) bedeutete dies, dass sie zunehmend von den Juristen auf der Urteilerbank verdrängt wurden. Wie ehemals die Priester bildeten nun auch die Juristen einen Stand, wie *Savigny* dies formulierte.¹¹ Die Verwissenschaftlichung diene jedoch, wie bereits erwähnt, auch der Sicherung des Rechts gegenüber fürstlicher oder kirchlicher Willkür. Zwar erzeugte das Rechtssystem der frühen Neuzeit dadurch einen gesellschaftlichen Gegensatz zwischen Laie und Jurist, sicherte aber ebenso die Rechtsumsetzung gegenüber der Willkür der politischen Eliten, wodurch eine wesentliche Voraussetzung für den modernen Rechtsstaat begründet wurde.

Der Autor des vorliegenden Textes betrachtet indessen die Einsetzung der Juristen nicht als Optimierung sondern als eine Gefährdung der Rechtspflege und eine Entfremdung des Rechts vom einheimischen Volk (Z. 8, 13 f.). Er beklagt aber nicht nur dies, vielmehr bewertet er das römische Recht bzw. das kirchlich-römische Prozessrecht ebenso als fremd und unheimlich (Z. 2, 4, 6). Diese beiden Nachteile im Sinne des Autors bedingen sich gegenseitig, da sich die Juristen am römischen Recht bis ins 19. Jahrhundert nicht nur ausbilden liessen, sondern dieses gerichtlich nutzten bzw. nutzen mussten, insofern es seitens des Reichs in der Reichskammergerichtsordnung von 1495 als das leitende Recht im Sinne der damaligen Wissenschaft vom Recht galt (*usus modernus pandectarum*).¹²

Vor diesem Hintergrund ist die grundsätzliche Ablehnung einer Kodifikation von *Savigny* zu Beginn des 19. Jahrhunderts ebenfalls zu verstehen. Seine zentrale Feststellung dazu war, dass das Recht durch eine Kodifikation verfestigt werde, obschon es mangels ausreichender intellektueller Durchdringung dazu noch gar nicht reif sei. Durch diese Festsetzung könne es sich in der Folge nicht mehr weiterentwickeln und sich den jeweils geforderten Veränderungen nicht mehr anpassen.¹³ Sein Heidelberger Kollege *Thibaut* hingegen plädierte aus einem bürgerlich liberalen Verständnis heraus für die Kodifikation. Dieser sogenannte Kodifikationsstreit war für Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts von zentraler politischer Bedeutung, nachdem 1803/06 das Heilige Römische Reich Deutscher Nation zusammengebrochen war. Denn an seine Stelle trat kein deutscher Nationalstaat, sondern ein loser Verbund von mehr als 40 mehr oder weniger kleinräumigen Territorialstaaten. In

⁹ Kap. 11 Rz. 22, 49.

¹⁰ Kap. 6 Rz. 23–26.

¹¹ Kap. 6 Rz. 31, Kap. 11 Rz. 39.

¹² Kap. 6 Rz. 34.

¹³ Kap. 11 Rz. 32.

dem Sinne suchten die Gelehrten nach einem die Deutschen als Bürger einigendem Gesetzbuch, weil alle führenden Staaten in Europa, namentlich Österreich, Frankreich und Preussen bereits ihre eigenen Kodifikationen hatten.¹⁴ Auch der bedeutende Philosoph *Hegel* war ein Befürworter der Kodifikation. Ihm zufolge verfügte der Bürger über die Fähigkeit selbstständig zu denken, weshalb die Verweigerung einer Kodifikation eine Beleidigung darstellen würde.¹⁵ Es zeigt sich somit, dass die Beurteilung von «fremd» und «eigen» stets auch von anderen Bedingungen abhängt, wie der Mündigkeit und der Bildung.

Mit dem Aufkommen des Positivismus ab 1840 jedoch begann die national geprägte Rechtsgeschichte zusehends das geltende (also positive) Recht als historisch richtig zu legitimieren. Folgerichtig gewann die Frage der Kodifizierung vermehrte Bedeutung. Dies zeigte sich zunächst in der Vereinheitlichung des Handelsrechts von 1861, das nach der Reichsgründung ab 1871 in Gesamtdeutschland galt, sowie der «Allgemeinen Deutschen Wechselordnung» von 1870. So schritt man nach der Gründung des Deutschen Reiches von 1871 zur gesamtdeutschen Privatrechtskodifikation, wie sie Frankreich und Österreich, aber auch mehrere Kantone in der Schweiz bereits längere Zeit schon besaßen. Auch in der Schweiz verlief die Vereinheitlichung des Privatrechts zunächst über das Wechselrecht zum OR von 1881. Mit dem BGB von 1896, das auf den 1. Januar 1900 in Kraft trat, lag die von *Thibaut* bereits 1814 geforderte gesamtdeutsche Kodifikation des bürgerlichen Rechts endlich vor.¹⁶

2. Die Politisierung der Rezeption als Nationalunglück

9 Punkte

Der Text beschreibt die Rezeption des römischen Rechts als Nationalunglück und verdeutlicht dadurch, dass eine Aufnahme «fremden Rechts» politisch nicht gewünscht sei, da es zu einer Verkrüppelung des eigenen Rechtswesens führe (Z. 4, 9, 14 f.). Damit zeigt der Text nicht nur die Diskrepanz zwischen Volk und Juristenstand (vgl. sachliche Aussage 1), sondern dass sich das ursprüngliche Reformziel der Historischen Rechtsschule der Gründergeneration von *Savigny* und *Eichhorn*, nämlich das selbständige Rechtsdenken, das sich nur an den Quellen des einheimischen (deutschen) und gelehrten (römischen) Rechts orientieren sollte, durch die Nationalisierung bereits gründlich verändert hatte. So schrieb *Eichhorn* zwischen 1808 und 1823 eine vier Bände umfassende «Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte» sowie anschliessend eine «Einleitung in das deutsche Privatrecht», während *Savigny* zwischen 1815 und 1831 eine «Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter» in sechs Bänden und ab 1840 sein Hauptwerk «System des heutigen römischen Rechts» in acht Bänden verfasste.¹⁷

Der Ansatz der Gründerzeit war noch nicht durch den materialen Aspekt des Rechts, sondern durch den methodologischen geleitet worden. Die wissenschaftliche Denkfähigkeit sollte am hervorragenden Quellenmaterial des römischen Rechts geschult werden. Doch dieses Prinzip der Denkschulung wurde mit zunehmender Nationalisierung Deutschlands einem nationalpolitischen Romantizismus unterworfen. Damit beugte sich auch die Geschichtsschreibung dem populären Postulat, die nationale Identität Deutschlands durch die Geschichte als besondere Eigenheit zu legitimieren.¹⁸ Der wissenschaftliche Gesichtspunkt wurde dadurch verpolitisiert und die Autonomie des historischen Rechtsdenkens der nationalen Legitimationsfunktion geopfert. Die Geschichtswissenschaft ordnete sich in der Folge zunehmend

¹⁴ Kap. 11 Rz. 29.

¹⁵ Kap. 11 Rz. 47 f., ferner zur Vertiefung: GEORG FRIEDRICH WILHELM HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse [Berlin 1821]. Teil 3: Die Sittlichkeit, Abschnitt 2: Die bürgerliche Gesellschaft, B. Die Rechtspflege, a. Das Recht als Gesetz, in: EVA MOLDENHAUER/KARL MARKUS MICHEL (Hrsg.), Werkausgabe. Frankfurt a. M. 1986, S. 361, 363.

¹⁶ Kap. 11 Rz. 60 f.

¹⁷ Kap. 11 Rz. 49.

¹⁸ Kap. 11 Rz. 53.

solchen nationalpolitischen Interessen unter. Besonders deutlich kommt dieser Sachverhalt in den gegensätzlichen Positionen der politisierenden Professoren der germanistischen und romanistischen Richtungen innerhalb der Historischen Rechtsschule seit Mitte des 19. Jahrhunderts zum Ausdruck.

In diesem Sinne verdichtete die Disziplin der Rechtsgeschichte zunehmend ein Geschichtsbild von den besonderen nationalen Qualitäten. Sie unterschlug damit die allgemeinen historischen Strukturelemente, wie sie sich für alle Nationen aufgrund der europäischen Traditionsebene gemeinsam entwickelt hatten. Zugleich verdrängte diese Form der Geschichtsbetrachtung das aufgeklärte und humanistische Bildungselement, das zu Beginn der Restauration noch gegeben war, nämlich die Schulung der Denkfähigkeit des bürgerlichen Individuums aufgrund der historischen Reflexionskompetenz. Stattdessen wurde Geschichte gelehrt, wie sie gemäss dem nationalen Selbstverständnis angeblich wirklich gewesen sein soll. Es wurden somit «historische Wahrheiten» konstruiert.¹⁹

Auch auf politischer Ebene stand Deutschland unter einer Herausforderung. Eine Wiederherstellung der Reichseinheit scheiterte 1848, obwohl die Nationalversammlung, die in der Paulskirche in Frankfurt am Main tagte, eine Verfassung ausgearbeitet («Paulskirchenverfassung») hatte, welche ein politisches Kompromisswerk zwischen Tradition (Monarchie) und Fortschritt (Volkswahlrecht) darstellte und ebenso die verschiedenen politischen Vorstellungen konservativer, liberaler und demokratischer Weltanschauungen ausdrückte. Der preussische König *Friedrich Wilhelm IV.* schlug die ihm angetragene Führungsaufgabe 1849 aber aus, weil er die konstitutionelle (verfassungsmässige) Monarchie ablehnte.²⁰ Erst 1871 gelang mit der Gründung des Wilhelminischen Kaiserreichs die politische Wiederherstellung Deutschlands in den vormals territorialen Struktur des Reichs.²¹

Dem Paulskirchenparlament von 1848 gehörte unter anderen der Jurist und Germanist *Georg Beseler* an. Seine Schrift «Volksrecht und Juristenrecht» (1843) vertiefte den Gegensatz zwischen Romanisten und Germanisten.²² Ebenso wird im vorliegenden Text zwischen diesen beiden Gruppen unterschieden, indem die Romanisten als fremde und unheimliche Macht (Z. 4) gelten, wogegen die Germanisten als «offen» bezeichnet werden (Z. 7). Die deutschnationale Rechtsgeschichte sollte die Entwicklung der damaligen Rechtsordnung aus dem alten Recht «populär» vermitteln. Aus der volksnahen Sicht der Germanisten fiel daher die Beurteilung der Rezeption des römischen Rechts im deutschen Gerichts- und Verwaltungsalltag negativ aus. Sie bezeichneten die Rezeption als «Nationalunglück».²³

Die Nationalsozialisten übernahmen in ihrem Programm diese Sichtweise. So wurde das Römische Recht im Parteiprogramm der NSDAP von 1919 als fremdes Recht bezeichnet. *Beseler* bezeichnet dieses Recht als «von oben herab» (Z. 9) eingeführt, was auch im Parteiprogramm der NSDAP mit den Fürsten und Geistlichkeit wieder aufscheint.²⁴ Desgleichen wird im Quellentext das römisch-kanonische Prozessrecht (Z. 6) denunziert, weil es angeblich das «frische Leben» vom Mittelalter herkommend zerstörte (Z. 11 f.). Diese Argumentation reisst Geschichtliches aus dem Zusammenhang und verdreht die Geschichte im Sinne eines Nationalismus zum eigenen Nutzen.

Im Verlauf des späteren 19. Jahrhunderts wurde der nationale Volksbegriff der Historischen Schule schliesslich im Sinne des neuen Rassebegriffs umgedeutet. Diese Umdeutung vollzog sich vor dem Hintergrund der nicht bewältigten Probleme der Industrierevolution und der Massenbildung sowie insbesondere infolge der naturalistischen Anschauungen. Nicht ein

¹⁹ Kap. 11 Rz. 54.

²⁰ Kap. 10 Rz. 29 f.

²¹ Kap. 10 Rz. 29 f.

²² Kap. 11 Rz. 55.

²³ Kap. 11 Rz. 54–58.

²⁴ Kap. 12 Rz. 41.

egalitäres Weltbürgertum, sondern eine regional und historisch gewachsene Gesellschaft war das neue Leitbild des Nationalismus. Der kulturanthropologische Volksbegriff, der die Entstehungsgeschichte der verschiedenen Völker erklären sollte, wurde nun in eine Lehre der höheren und niederen «Rassen» umgeformt.²⁵ Immer häufiger wurde der Volksbegriff des frühen 19. Jahrhunderts in eine biologische Kategorie transformiert. Dies lässt sich in der Rechtsliteratur seit Mitte des 19. Jahrhunderts nachlesen. Einer der ersten Rezeptoren war der aus Zürich stammende *Johann Caspar Bluntschli*, der das Zürcher Privatrechtsgesetzbuch verfasst hatte. Er hatte seine Ausbildung unter anderem in Berlin bei *Savigny* genossen, lehrte und politisierte dann in München, Heidelberg und Karlsruhe. Die Transformation des Volks- zum Rassegeist ist in seinen Schriften offensichtlich. So beschreibt *Bluntschli*, dass eine Nation erst dann geboren werde, wenn sie die «gemeinsamen Erscheinungen» hervorbringe, die nur durch eine «rassenmässigen Fortpflanzung», das durch Blut vorbestimmt werde, gewährleistet werden könnten.²⁶

III. Verortung

3 Punkte

Im Zentrum unseres Quellentextes stehen die Aspekte Volk, Nation und deren Rechtspflege im Verhältnis zur rezipierten Romanistik. Als Untergrenze kann deshalb die Französische Revolution von 1789 angeführt werden, da ab hier von Volk als politischem Faktor gesprochen werden kann.

Die Obergrenze sollte zwischen 1871 und 1900 angesetzt werden, nachdem das Kaiserreich unter *Bismarck* gegründet worden und der Kodifikationsstreit zu diesem Zeitpunkt bereits wieder beigelegt war. Offensichtlich muss es sich beim Autor um einen Germanisten handeln, weil der Autor eine klare Abneigung gegenüber den Romanisten äussert.

Der Text stammt aufgrund der Indizien mutmasslich vom Germanisten *Georg Beseler* und wurde im Jahr 1843 verfasst.²⁷

IV. Gegenwartsbezug (ein vertiefter Gegenwartsbezug, hier ein Beispiel für 4 Punkte)

Im November vergangenen Jahres musste die Schweizer Bevölkerung über die Annahme der Initiative «Schweizer Recht statt fremde Richter» entscheiden. Mit der sogenannten «Selbstbestimmungsinitiative» sollte einerseits der Vorrang des Verfassungsrechts gegenüber dem Völkerrecht im Schweizer Recht verankert werden, andererseits sollte den rechtsanwendenden Behörden die Pflicht auferlegt werden, verfassungswidrige völkerrechtliche Verträge (bestehende sowie künftige), welche weder dem obligatorischen noch dem fakultativen Referendum unterstehen, nicht mehr anzuwenden bzw. zu kündigen.

Mit der Initiative wurde eine hitzige Debatte ausgelöst. Die Befürworter der Initiative betonten insbesondere die nationale Unabhängigkeit im Sinne einer Loslösung von der Bevormundung durch übernationale Einrichtungen. An dieser Stelle ist die Parallele zum Text erkennbar. Denn der Autor argumentiert ähnlich: Mit der Übernahme der eigenen Angelegenheiten durch die Romanisten finde eine Bevormundung von oben her statt (Z. 9). In der Schweiz würde im Sinne des automatischen Nachvollzugs europäisches Richtlinienrecht in die eigene Rechtsordnung direkt umgesetzt und ratifiziertes Völkerrecht Teil der Rechtsordnung. Dies führte dazu, dass Initiativen, welche mit geltendem Völkerrecht nicht vereinbar

²⁵ Kap. 11 Rz. 96.

²⁶ Kap. 11 Rz. 97–102, ferner zur Vertiefung: Zit. n. MARCEL SENN, Rassistische und antisemitische Elemente im Rechtsdenken von Johann Caspar Bluntschli, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germanistische Abteilung 110 (1993), S. 372–405, S. 398.

²⁷ Kap. 11 Rz. 59.

waren (bspw. Minarettinitiative, Ausschaffungsinitiative), nicht umgesetzt würden. Von Seiten des rechtsbürgerlichen Lagers wurde der Vorwurf erhoben, das Parlament setze den Willen des Volkes nicht um. Die Selbstbestimmungsinitiative sollte die Lösung dieses Problems darstellen, indem es das Bundesrecht an unverrückbarer oberster Stelle setzen sollte.

Die Befürworter verkannten allerdings mehrere Aspekte. Zunächst verrät der Blick auf einen Weltatlas, dass die Schweiz keine einsame Insel irgendwo ist, sondern geografisch von der Europäischen Gemeinschaft umgeben ist, mit der sie den meisten Austausch und beste Beziehungen pflegt, ohne die sie somit nicht existieren kann. Ferner bedeutete die Umsetzung der Initiative eine direkte Abkehr von den Menschenrechten und ihrer unabhängigen Kontrolle. Die gerichtliche Kontrolle durch ein nicht schweizerisches Gericht hat mit dem in diesem Falle selbst gewählten Instanzenzug zu tun, was nichts mit Verfremdung zu tun gehabt hätte. Im Falle einer Kollision neuer Initiativen mit den Menschenrechtsgarantien wäre die Folge die Nichtbeachtung der Menschenrechte gewesen, was konsequenterweise den Austritt der Schweiz aus der EMRK und dem Europarat bedingt hätte. Ein solches Unterfangen konnte somit nicht im Sinne einer Gesellschaft sein, die Frieden durch Recht stiften will. Die Aushöhlung der Menschenrechte darf niemals das Bestreben einer Demokratie sein, da gerade solche international verankerten Garantien einen wesentlichen Bestandteil der freiheitlich geordneten Gesellschaft darstellen und jeder Person aufgrund ihres Menschseins zustehen. Ein möglicher Austritt aus der EMRK hätte eine massive Beschneidung von grundlegenden Rechten für die Schweizer Bürgerinnen und Bürger zur Folge gehabt, auch wenn zahlreiche Rechte durch die eigene Verfassung vorerst noch gesichert gewesen wären. Das Schweizer Volk hat letztes Jahr darüber entschieden und die Initiative klar verworfen.

Doch die Tatsache, dass im 21. Jahrhundert über eine solche Frage überhaupt wieder auf diese Weise diskutiert wird wie zu Zeiten eines überzogenen Nationalismus, verdeutlicht die wachsende Bedrohung grundlegender demokratischer Prinzipien. Nur und gerade durch solche Initiativen wird das Volk von seinen Rechten entfremdet!

Es verdeutlicht, dass grundlegend unterschiedliche Auffassungen des Demokratiebegriffs vorherrschen: Einmal Demokratie verstanden als ein numerischer Mehrheitsentscheid, wonach das, was die Mehrheit beschliesst immer als Recht angesehen wird, gleichgültig, was sich für Folgen daraus ergeben werden, zum anderen ein sogenanntes partnerschaftliches Demokratieverständnis, wonach nicht nur das Mehrheitsprinzip entscheidet, sondern diese Entscheidung stets unter Berücksichtigung aller, auch ungeschriebener verfassungsmässiger Prinzipien wie demjenigen der Fairness und der Nicht-Diskriminierung von Minderheiten zu treffen ist, wie dies zum Beispiel der nordamerikanische Rechtsphilosoph *Ronald Dworkin* überzeugend dargelegt hat.²⁸ Die Frage, die sich somit ein verantwortungsvoll urteilendes Volk stellen muss, ist immer, welches Prinzip das friedliche Zusammenleben einer Gesellschaft langfristig gewährleistet. Ist das, was die Mehrheit entscheidet also gerecht oder bedingt es weitere Kriterien um Gerechtigkeit sicherzustellen? Dies ist eine Grundsatzfrage, die in einem offenen Diskurs angegangen werden muss, andernfalls laufen wir Gefahr, die fundamentalen Prinzipien der Demokratie zu verraten, weil Demokratie mehr Gerechtigkeit will als die propagandistische Selbstverherrlichung eines Volkes.

²⁸ RONALD DWORKIN, *Is Democracy possible here? Principles for a new political debate*, Princeton University Press 2008, p. 131.

Teil II: Frageteil insgesamt 15 P.

2.1. Was sind die Konstitutionen von Melfi? Von wem stammen sie, wann wurden sie erlassen?²⁹ 2 P.

Die sogenannten «Konstitutionen von Melfi» stellen eine Gesetzessammlung für das Königreich Sizilien dar. Im Königreich Sizilien, das von Neapel bis Palermo reichte, führte *Friedrich II.* 1231 einen auf Gesetz beruhenden Beamtenstaat ein. Nach diesem Vorbild versuchte er auch das gesamte Reich im Norden neu zu ordnen.

2.2. Erläutern Sie die drei kirchlichen Schismen (Kirchenspaltungen) vom 11. bis 16. Jahrhundert und führen Sie deren Auswirkungen für die Kirche, das Reich, das Recht und das Leben der Menschen aus.³⁰ 6 P.

Die Kirche war bis ins 11. Jahrhundert vom Adel weitgehend abhängig. Sie musste sich zuerst vom weltlichen Einfluss emanzipieren und sich als eine autonome Organisationseinheit begründen. Dies kam im 12. und 13. Jahrhundert in den Konzilien des Lateran – der damaligen Papstkirche in Rom – zum Ausdruck. Entscheidende Impulse für die Reform kamen aus den Mönchskreisen des Burgunds. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Kirche bereits das erste Schisma (Teilung) hinter sich, nämlich die Abspaltung der Ost- von der Westkirche im Jahre 1054. Einer der Streitpunkte war hier die Frage nach dem Bilde Gottes, aber auch des Zölibats.

Der Emanzipationsprozess vom Reich erfolgte in einem von 1100 bis 1300 andauernden intensiven Machtkampf zwischen den beiden zentralen Machträgern des Mittelalters, der Kirchen- und der Reichsführung um die Vorherrschaft im Imperium Christianum. Aus dieser Polarisierung ergab sich das zweite Schisma: Nachdem die lateinische Kirche den Machtkampf mit der weltlichen Macht in der Vorherrschaftsfrage verloren hatte, zog sie zu Beginn des 14. Jahrhunderts von Rom nach Avignon. In der Folge gab es gleichzeitig mehrere Päpste, die zueinander in Konkurrenz standen, was die Institution und die Glaubwürdigkeit der kirchlichen Würdenträger insgesamt erschütterte. Die nunmehr vom Kaiser des Reiches (!) einberufenen Reformkonzile von Konstanz (1414–1418) und Basel (1431–1449) brachten indessen nicht die angestrebten Klärungen in Bezug auf die Stellung von Kaiser und Papst.

Dies führte schliesslich zu Beginn des 16. Jahrhunderts zum dritten Schisma, zur Spaltung der katholischen («umfassenden») Kirche in verschiedene «Reform-Konfessionen». Anlass dazu bildeten erneut Klagen über die Verweltlichung der Kirche. Bei der Lektüre der Bibel erkannte der Augustinermönch *Martin Luther*, dass Glaube und Gerechtigkeit «Geschenke Gottes» sind, die man sich nicht durch Verdienste «erwerben» kann. Das Christentum wurde somit zur gespaltenen, aber auch spaltenden Religion. *Luther* und *Zwingli* mit *Bullinger* gründeten ihre eigenen Gemeinden. Auch ein Jurist wurde zu einem bedeutenden Reformator, der Genfer *Jean Calvin*. Sie hatten in der Tradition der klösterlichen Reformen des Mittelalters versucht, die Kirche von innen zu reformieren. Doch die Kirche schloss sie aus.

Die grundlegenden Veränderungen in der Kirche, führten auch zu grundlegenden Veränderungen in der Politik, nämlich zur Konfessionalisierung von Gesellschaft und Staat und zu Religions- und Bürgerkriegen bis ins 17. Jahrhundert. Der allgemeine Frieden in und

²⁹ Kap. 2 Rz. 15.

³⁰ Kap. 2 Rz. 21–24. Abb. 2.1, ferner Kap. 3 Rz 80, Kap. 4 Rz 26, Kap. 6 Rz 19.

zwischen den Herrschaftsgebieten wurde nach dem Prinzip *cuius regio eius religio* (des Augsburger Religionsfriedens von 1555) zu erhalten versucht. Von nun an entschied der politische Herrscher über die Religion seiner Untertanen.

Das christliche Haus als Wirtschaftseinheit und die konfessionelle Familie als Lebensgemeinschaft bildeten fortan die Zellen des Staatsverständnisses. Entsprechend wurden die Rollen der Familienmitglieder aus dieser Sicht definiert. Insbesondere war die Frau für die Erziehung der Kinder im Sinne des staatlich-konfessionellen Programms verantwortlich. Die Rollendefinition der Geschlechter wurde dadurch massgeblich verstärkt.

Die kirchliche Reformation wurde zeitgleich von der Renaissance und dem Humanismus und dem Zusammenbruch des geozentrischen Weltbildes begleitet. Die Welt war nunmehr nicht der Mittelpunkt von Gottes Schöpfungs- und Heilsplan. Damit standen auch die Welt-herrscher von Kirche und Reich nicht länger im Zentrum. Diese Säkularisierung bedeutete für das Recht eine bewusste Abgrenzung gegenüber kirchlichen und konfessionell-politischen Einflüssen. Das weltliche Recht wurde nun als ein selbständiges Regelwerk verstanden, das sich von der Moralphilosophie und Theologie der kirchlich-konfessionellen Institutionen immer klarer unterschied.

2.3. Wie war das Gerichtswesen in Zürich des 14. Jahrhunderts organisiert?³¹ 4 P.

In der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts erhielt Zürich das Privileg der kaiserlichen Gerichtsbarkeit und führte zwischen 1360 und 1400 das kaiserliche Hofgericht am Klusplatz. Das seit 1351 eidgenössisch verbündete Zürich konnte nun im Namen des Kaisers im Reich Recht sprechen. Dieses Privileg wurde vor allem im Rahmen der Osterweiterung des städtischen Umfeldes zur Erwerbung des heutigen Kantonsgebietes genutzt. So konnten Beklagte vor das kaiserliche Hofgericht nach Zürich zitiert werden. Im Jahre 1400 verliet König *Wenzel* der Stadt das Recht, den Reichsvogt selbst zu bestimmen.

Als die ursprünglich reichsvogteiliche Kompetenz zum Rat verlegt wurde, begann sich eine funktionelle Zuständigkeitsordnung zwischen Hoch- und Niedergerichtsbarkeit einzuspielen. Diese Zweiteilung wurde bis Ende des 18. Jahrhunderts – wie überall – eingehalten. So lässt sich nun mit Bezug auf das Beispiel von Zürich als Stand und Stadt für die Situation um 1400 festhalten: Das Landgericht war für die Freien (Landadel, selbständige Bauern), das Dorfgericht des (jeweiligen) Grundherrn dagegen für die landsässige unfreie Bevölkerung zuständig. Spezielle «immune» Zuständigkeiten bildeten die Lehn-, Zunft- und Vogteigerichte. Grundsätzlich war das Vogteigericht in den einzelnen Vogteien zuständig, doch zog die Stadt die Kompetenz der einzelnen Vogteigerichte immer mehr an sich.

Die Rechtsstreitigkeiten aus Ehe- und Testamentssachen verblieben allerdings bis zur Reformation von 1525 im Bereich des kirchlichen Offizialates.

Neben diesen verschiedenen Gerichtsbarkeiten setzte sich wie im gesamten Reich auch in Zürich immer mehr die Schiedsgerichtsbarkeit durch, die auf «Austräge», also auf Vergleichsverhandlungen oder Mediation zielte.

³¹ Kap. 4 Rz. 38–42.

2.4. Bezeichnen Sie die vier Prinzipien der nationalsozialistischen Ideologie sowie die vier kulturell-politischen Positionen, gegen die sich der Nationalsozialismus ausdrücklich wandte.³² 3 P.

Vier fundamentale Prinzipien charakterisieren die Geisteshaltung des Nationalsozialismus: Totalitarismus, Inhumanität, Rassismus und das Führerprinzip.

Dieses Konglomerat gewann jedoch erst Konturen, als es sich als eine Gegenbewegung zu Liberalismus, Individualismus, Judentum und Kommunismus positionierte.

³² Kap. 12 Rz. 39 f.