

**Abschlussklausur  
Rechtsgeschichte (Masterstufe)**

**I. Ein wichtiges Instrument der Ordnungsbildung in der Rechtsgeschichte ist die Einteilung des historischen Geschehens in Epochen und Perioden (10 Punkte).**

**1. Wie lässt sich die seit dem Humanismus entstehende Periodisierung in „Antike – Mittelalter – Neuzeit“ historisch erklären (2 Punkte)?**

Im Humanismus wurde die antike Kultur als der Angelpunkt menschlicher Kultur angesehen und bildete deswegen den Anfangspunkt in der Geschichte der menschlichen Zivilisation. Die eigene Gegenwart, das „Heute“ der humanistischen Denker, war in dieser Sicht geleitet von der Wiederentdeckung der antiken kulturellen Errungenschaften. Es unterschied sich damit von der Zeit zwischen der Antike und der Gegenwart, die als Bindeglied zwischen beiden Epochen als „Mittelalter“ bezeichnet wurde. Diese Deutungen wurden durch die *Historia Universalis* des Christoph Cellarius popularisiert und blieben bis in die Gegenwart prägend.

**2. Welche Konsequenzen hat die These von Theodor Mayer-Maly von der *Wiederkehr der Rechtsfiguren* für das Bemühen um Periodisierungen insbesondere der Rechtsgeschichte (2 Punkte)?**

Der These von Mayer-Maly liegt die Vorstellung zugrunde, dass rechtliche Normativität sich zu allen Zeiten in ähnlichen Formen wiederholt. Recht wird damit in letzter Konsequenz zu einem überzeitlichen und damit ahistorischen Phänomen. Periodisierungen als Sinngebungen der Geschichte werden damit – jedenfalls in der Rechtsgeschichte – in der Tendenz reduziert zur Benennung von je unterschiedlichen Ausprägungen von Rechtsfiguren. Anders ausgedrückt könnte man auch sagen, dass Periodisierungen in dieser Perspektive erheblich an Bedeutung verlieren.

**3. Wie bewerten Sie die Möglichkeiten *rechtshistorischer* Periodisierung? Verdeutlichen Sie bitte Ihre Überlegungen am Beispiel der Unterscheidung von Spätmittelalter und Früher Neuzeit (6 Punkte).**

Rechtshistorische Periodisierung ist dann möglich, wenn danach gefragt wird, wie sich politische Herrschaft, Wirtschaft und Gesellschaft als Entstehungsbedingungen verändert haben, inwiefern sich Wandlungen von Weltdeutungen und sozialen Sinnbildungen (Religionen, Zeit) als Voraussetzungen von Wandlungen von Recht- und Rechtsbildung ausmachen lassen und nach grossräumigen Veränderungen von rechtlicher Normativität und Rechtswissen gefragt wird. Im Blick auf die Unterscheidung von Spätmittelalter und Früher Neuzeit lassen sich beispielhaft folgende Elemente hierfür anführen: Im politischen Herrschaftsgefüge rückte in der Frühen Neuzeit die Territorialisierung in den Vordergrund. Lehnsrechtliche Herrschaftsbeziehungen wurden mehr und mehr abgelöst durch den Aufstieg der herrscherlichen Verwaltung und der Beamtschaft. Hinzu trat die Kolonialisierung, die auch Konsequenzen für die Wirtschaftsordnung hatte: Denn damit wurde der europäischen Welt permanent monetäre Liquidität zugeführt, während die Wirtschaft gleichzeitig immer mehr unter staatliche Lenkung geriet. Im Sozialgefüge verfestigte sich die im Mittelalter entstandene ständische Gesellschaft, deren Schranken

jetzt aber durch den Staat regelmässig deutlich verschärft wurden. Der Aufstieg der Naturwissenschaften und des säkularen Rationalismus bewirkten eine grundlegende Veränderung des Weltbildes: Aus der allein auf Gott zurückgeführten Schöpfungsordnung des Mittelalters wurde jetzt die mit den Mitteln der Logik und der Empirie erfassbare Weltordnung. Die – durch das Zerbrechen ihrer Einheit ohnehin geschwächte – christliche Religion als Schlüssel der Weltdeutung wurde damit ersetzt durch die menschliche Vernunft (Hinzu trat die mediale Revolution durch den Buchdruck, die (zusammen mit der wachsenden Litteralisierung) Wissen für immer breitere Kreise der Gesellschaft verfügbar machte). Rechtliche Normativität wandelt sich in ihren Erscheinungsformen: Das Gesetz wird zum wichtigsten Instrument rechtlicher Regelung. Daraus entstehen Kodifikation und Verfassung als neue Formen des Gesetzes. Das Gesetz als Ausdruck hoheitlicher Herrschaftsmacht verdrängt mehr und mehr die Schwureinung als Element autonomer Normsetzung. Im Rechtswissen bewirkt der Siegeszug des Rationalismus den Aufstieg von systematisch angelegten Ordnungsentwürfen, die sich mehr und mehr von der noch im Mittelalter durchgehend verbindlichen Struktur des Rechtstextes lösen.

**II. In einem Kapitular Karls des Grossen aus dem Jahr 787 heisst es: *Placuit nobis inserere: ubi lex est, praecellat consuetudinem, et nulla consuetudo superponatur legi* - Übersetzungsvorschlag: *Es gefällt uns, folgendes aufzunehmen: Wo es ein Gesetz (lex) gibt, herrscht es über die Rechtsgewohnheit (consuetudo), und keine Rechtsgewohnheit darf dem Gesetz übergeordnet werden* (Text aus: Karoli Magni et Pippini filii capitularia Italica, ed. ALFRED BORETIUS, Capit. 1, Hannover 1883, 187-212, hier 201). Dieser Text thematisiert ein Grundsatzproblem der europäischen Rechtsgeschichte (12 Punkte).**

**1. Verdeutlichen Sie anhand dieses Textes das Spannungsfeld zwischen *consuetudo* und *lex* im Zusammenhang der mittelalterlichen Rechtsgeschichte. Legen Sie dabei insbesondere auch dar, welches Ziel die Regelung Karls vermutlich verfolgte (6 Punkte).**

Die *consuetudo* als Ergebnis einer Übung und einer damit verbundenen *opinio iuris* konnte durch das Handeln einer grösseren Gruppe entstehen. Das Gesetz (*lex*) war dagegen Ausdruck der Herrschaftsgewalt eines Hoheitsträgers, etwa eines Königs. Beide Rechtsquellen standen je länger desto mehr in Konkurrenz zueinander. Deswegen stellte sich die Frage, wie insbesondere im Fall einer Kollision beider Rechtsquellen zu entscheiden war. Der vorliegende Text gibt dem Gesetz den Vorrang. Damit sollte sichergestellt werden, dass die Rechtsetzungsmacht des Königs nicht durch die *consuetudo* unterlaufen werden konnte.

**2. Wie verhielten sich frühneuzeitliche Gesetzgeber in der Regel gegenüber der *consuetudo* (2 Punkte)?**

Frühneuzeitliche Gesetzgeber ordneten in der Regel ebenfalls den Vorrang des Gesetzes gegenüber dem Gewohnheitsrecht an, um auf diese Weise ihren Normsetzungsvorrang zu sichern.

**3. In Art. 1 Abs. 2 ZGB heisst es: *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*. Bitte ordnen Sie diesen Text in den Entwicklungszusammenhang**

**der Beziehung zwischen *consuetudo* und *lex* in der europäischen Rechts-tradition ein (4 Punkte).**

Die Vorschrift gibt dem Gewohnheitsrecht dort Raum, wo eine gesetzliche Regelung nicht besteht. Die Geltung von Gewohnheitsrecht wird hier also durch das Gesetz festgelegt, dessen Vorrang damit besonders ausgeprägt wird. Die lückenfüllende Funktion von Gewohnheitsrecht entspricht einem Regelungsansatz, der sich bereits im Mittelalter abzeichnet und auch im Text Karls des Grossen greifbar wird. Die vorliegende Vorschrift steht also in dieser Kontinuität. Dass die Geltung von Gewohnheitsrecht abschliessend und generell durch den Gesetzgeber bestimmt wird, ist allerdings vor allem ein Phänomen, das seit dem Beginn der neuzeitlichen und modernen Kodifikationen (etwa ALR, ABGB, CC) zu beobachten ist. In diesem Punkt bewegt sich also das ZGB ganz auf der Linie der Kodifikationsgeschichte von früher Neuzeit und Moderne.

**III. Die Schwureinung zählte zu den wichtigsten Formen rechtlich abgestützter Verbandsbildung in der europäischen Rechtstradition (10 Punkte).****1. Skizzieren Sie bitte die normativen Grundlagen und die typischen organisatorischen Elemente einer Schwurgemeinschaft (3 Punkte).**

Grundlage der Schwureinung ist die eidlich beschworene Selbstverpflichtung einer Gruppe von Menschen. Typische organisatorische Elemente einer Schwurgemeinschaft sind das Friedensgebot und die Verpflichtung zur kollektiven Sanktionierung von Regelverstössen durch Mitglieder der Schwurgemeinschaft. Hinzu können auch Instanzen der Konfliktschlichtung, insbesondere also Gerichte, treten.

**2. Bitte nennen und erläutern Sie zwei typische Erscheinungsformen von Schwurgemeinschaften (4 Punkte)?**

Typische Erscheinungsformen der Schwurgemeinschaft können sein: das (unter Umständen herrschaftlich herbeigeführte) Landfriedensbündnis (oder die Landfriedensgemeinschaft) von Waffenträgern, das sich zum Frieden und zur gemeinschaftlichen Sanktionierung von Unrecht verpflichtet; das städtische Recht, das auf der Schwurgemeinschaft der Stadtbewohner beruht, im Bürgereid begründet wird und das alle Regeln des städtischen Gemeinschaftslebens sowie der städtischen Herrschaftsordnung enthält; das Städtebündnis, in dem sich Städte zu Stadtbünden zusammen schliessen und dabei auch Instanzen der gerichtlichen Konfliktschlichtung einführen; die Zunftgemeinschaft, die die Regeln der Zunft durch Eidesleistung verbindlich für alle Beteiligten werden lässt.

**3. Wie lässt es sich erklären, dass Schwurgemeinschaften im Lauf der Frühen Neuzeit in Europa mehr und mehr an Bedeutung verloren (3 Punkte).**

Mit dem Aufstieg der obrigkeitlichen Herrschaft und der Entstehung des Staates wurden auch die Sanktionierung von Unrecht und die Gewährleistung des öffentlichen Friedens zur Staatsaufgabe. Die Durchsetzung hoheitlicher Herrschaft mit Hilfe der Verwaltung und unter Umständen stehender Heere machte Schwurgemeinschaften damit weitgehend funktionslos. Der obrigkeitliche Staat wandte sich in einzelnen Regionen auch gezielt gegen Schwurgemeinschaften, die, wie etwa Zünfte, seinem Regulierungs- und Herrschaftsanspruch im Weg standen.

**IV. Die Entwicklung von Rechtswissen und Rechtswissenschaft ist in Europa stark geprägt durch den Umgang mit Rechtstexten, das Bemühen um deren Ordnung und die Begründung ihrer Verbindlichkeit (8 Punkte).**

**1. Was unterscheidet und was verbindet die spätmittelalterliche Legistik und den humanistischen *mos gallicus* bei der Auseinandersetzung mit den Texten des römischen Rechts (4 Punkte)?**

Die Legistik folgt in der Auseinandersetzung mit dem Text des Corpus Iuris Civilis der Ordnung des Gesetzgebers, die als verbindliche Vorgabe gedeutet wird. Die humanistische Jurisprudenz entwickelt von Anfang an eigene Ordnungsschemata (etwa Geschichte, Systematik, später Bündelung in Themen und Regelungsbereiche). Die humanistische Jurisprudenz relativiert die Bedeutung des römischen Rechts im Verhältnis zu anderen regionalen Rechtsordnungen: Römisches Recht ist eine von mehreren historisch gewachsenen Rechtsmassen und wird deswegen auch mit anderen, regionalen Rechten kombiniert. Die Legistik sieht im römischen Recht ein Stück verkörperte rechtliche Rationalität mit geradezu überzeitlicher Verbindlichkeit. Rechtswissen aus regionalen Rechtsordnungen rückt deswegen grundsätzlich nicht ins Blickfeld. Legistische wie humanistische Jurisprudenz entwickeln im Blick auf die Anwendbarkeit des römischen Rechts die gleichen Regeln: Römisches Recht ist grundsätzlich subsidiär gegenüber lokalen Rechten. Humanistische und legistische Jurisprudenz entwickeln in der dogmatischen Bearbeitung des römischen Rechts vielfach die gleichen Regeln wie etwa bei der Auseinandersetzung mit dem Eigentumsbegriff (doppeltes Eigentum, Verfügungsmacht und Zuordnungsfunktion des Eigentumsbegriffs).

**2. Was spricht für und was spricht gegen die These, dass die Kodifikationen des 18. Jahrhunderts – etwa das *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR)* – als Gesetzbücher des Vernunftrechts anzusehen sind (4 Punkte)?**

Für diese These spricht: Die Ordnungsstruktur dieser Kodifikationen folgt regelmässig der vernunftrechtlichen Ordnungsbildung. Sie sind dabei geleitet von der vernunftrechtlichen Vorstellung umfassender Gesetzgebungsmacht. Häufig wird in diesen Kodifikationen direkt auf die Anwendbarkeit von Natur- und Vernunftrecht verwiesen. Gegen diese These spricht: Materiell übernehmen diese Kodifikationen in der Regel die Konzepte und Regelungsansätze des gemeinen Rechts.

**V. Bei RUDOLPH VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* I, 2. Auflage, Leipzig 1866, § 3, S. 36f., heisst es u. a.: (...) *Es ist die Aufgabe der Wissenschaft diese Gliederung des Rechts zu erforschen, für das Kleinste wie das Größte die richtige Stelle auszusuchen. Diese systematische Seite der Jurisprudenz ist für die Erkenntniß des Rechts von ungleich höherer Bedeutung, als es auf den ersten Blick scheint, und wir wollen sie daher einer genaueren Betrachtung unterziehen. (...) System ist gleichbedeutend mit innerer Ordnung der Sache selbst und daher immer ganz individuell; diesem Rechte ist ein anderes System eigenthümlich als jenem. Bei dem Rechte besteht nun das Unterscheidende der systematischen Thätigkeit darin, daß dadurch nicht bloß wie bei jeder andern Wissenschaft das einzelne an seine richtige Stelle gebracht wird, sondern daß dieser formale Prozeß eine materielle Rückwirkung auf den Stoff ausübt, daß durch diese Procedur mit den Rechtssätzen eine innere Umwandlung vor sich geht. Die Rechtssätze treten gewissermaßen in einen hö-***

**heren Aggregatzustand (...). Jhering zählte zu den wichtigsten Autoren der deutschsprachigen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts (10 Punkte).**

**1. Skizzieren Sie Jherings Gedankengang (2 Punkte).**

Thema dieses Textauszugs ist die „systematische Seite des Rechts“, die für Jhering die Grundlage der Rechtserkenntnis selbst bildet. Dem Recht ist ein System als „innere Ordnung“ immanent. Bei der „systematischen Tätigkeit“ werden Rechtssätze nicht nur systematisch geordnet, sondern dabei auch verwandelt. Bei der Rekonstruktion des inneren Systems von Recht nehmen nämlich die davon betroffenen Rechtssätze eine neue Identität an, die sich aus ihrer Verbindung mit anderen Rechtssätzen im System ergibt. Diese Verwandlung wird als „höherer Aggregatzustand“ bezeichnet.

**2. Inwiefern ist Jherings Position repräsentativ für die Entwicklung der Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert (5 Punkte)?**

Jhering rückt die Bedeutung des „inneren Systems“ an den Ausgangspunkt seiner Überlegungen. Die Vorstellung von einer dem Recht immanenten Ordnung zählte seit Savigny zum festen Teil der rechtswissenschaftlichen Tradition in Deutschland. Jhering betont die Bedeutung der Rekonstruktion von Rechtssätzen auf der Grundlage ihrer Position innerhalb des Systems. In diesem Punkt nimmt er die bei Savigny, Puchta und ihren Nachfolgern entwickelte Überlegung auf, dass sich der Inhalt von Rechtssätzen in erster Linie und allein durch ihre Ableitung von anderen Rechtssätzen und Begriffen sollte erschliessen lassen. Darin formuliert Jhering den Ansatz der sog. „Konstruktionsjurisprudenz“. Auf dieser Linie liegt auch Jherings These von der Verwandlung der Rechtssätze im Prozess ihrer systemgebundenen Rekonstruktion: Erst in der Ableitung von Rechtssätzen aus anderen Rechtssätzen entfaltet sich deren normativer Gehalt.

**3. Wie unterscheidet sich Jherings Vorstellung vom System von den Überlegungen des Vernunftrechts (2 Punkte)?**

Im Vernunftrecht ist das System ein Instrument der Ordnung und der Darstellung von Recht, das kraft der Vernunft an das Recht herangetragen wird. Anders ausgedrückt ist die Systembildung die Aufgabe der menschlichen Vernunft. Bei Jhering ist das System dem Recht zueigen und muss in der Analyse nachvollzogen werden.

**4. Inwiefern ist Jherings Beschreibung vom Übergang von Rechtssätzen in einen höheren Aggregatzustand kennzeichnend für die Entwicklung der Wissensordnungen in seiner Zeit (1 Punkt)?**

Der Ausdruck nimmt Bezug auf die naturwissenschaftliche Terminologie. Rechtswissenschaft wird damit also sprachlich in die Nähe der Naturwissenschaften gerückt. Hierin spiegelt sich der Siegeszug der Naturwissenschaften im 19. Jahrhundert, der bei der Rechtswissenschaft streckenweise den Versuch auslöste, sich in ähnlicher Weise zu positionieren und ebenfalls das Versprechen naturwissenschaftlicher Präzision geben zu können.

**VI. Seit etwa der Mitte des 19. Jahrhundert entsteht das sogenannte *Notverordnungsrecht* (5 Punkte).**

**1. Was ist darunter zu verstehen (2 Punkte)?**

Das Notverordnungsrecht gab der (häufig monarchischen) Exekutive die Befugnis, in Ausnahmefällen selbst rechtsetzend tätig zu werden und sogar einzelne Grundrechte ausser Kraft zu setzen. Anders als im Regelfall der Verordnungsgebung bedurfte die Exekutive in solchen Fällen nicht einer spezifischen

gesetzgeberischen Ermächtigung. Stattdessen wurde diese Befugnis regelmäßig auf der Ebene der Verfassung eingeführt.

**2. Was sagt die Entstehung dieser Befugnis über die Beziehung von Staatlichkeit und Gesetzgebung im 19. und 20. Jahrhundert aus (3 Punkte)?**

Das Notverordnungsrecht als Ausnahmeregelung lässt erkennen, dass staatliche Eingriffe grundsätzlich nur durch oder aufgrund Gesetzes möglich werden sollte. In dieser Sicht belegt die Entstehung des Notverordnungsrechts als Ausnahmeregelung also die Bedeutung der staatlichen Gesetzesbindung. Das Notverordnungsrecht bedeutete eine Durchbrechung der Verteilung der Staatsgewalten zwischen gesetzesvollziehender Exekutive und gesetzessetzender Legislative. Seine Kennzeichnung als Ausnahmebefugnis lässt erkennen, dass der Regelzustand in dieser Gewaltenteilung lag, die ihrerseits durch das Legalitätsprinzip abgesichert wurde. Die Verordnung als Instrument der staatlichen Rechtssetzung konnte deswegen entstehen, weil das Gesetz als überkommenes Instrument hoheitlicher Normsetzung nicht immer mit der rapiden Veränderung der sozialen und wirtschaftlichen Umwelt Schritt halten konnte. Die Entstehung des Notverordnungsrechts ist ein Ausschnitt dieser Entwicklung.

**VII. Im 19. Jahrhundert nahm die Bedeutung des Naturrechts stark ab, um dann nach 1945 wieder rapide zuzunehmen (5 Punkte).**

**1. Wie lässt sich der Bedeutungsverlust des Naturrechts im 19. Jahrhundert erklären (3 Punkte)?**

Ausgelöst durch die Schrecken der Französischen Revolution und der napoleonischen Eroberungen setzte eine markante Diskreditierung des Naturrechts ein, in dessen Namen die französischen Revolutionärinnen und Revolutionäre angetreten waren. An die Stelle des Naturrechts trat die Hinwendung zum Historischen als Ausgangspunkt rechtlicher Normativität. Im 19. Jahrhundert waren die verfassungspolitischen Verheissungen des Naturrechts – individuelle Garantien, Bindung staatlicher Gewalt an rechtliche Normativität – durch die jetzt entstehenden Verfassungen eingelöst worden. Das Naturrecht als Programm politischer Emanzipation mit den Instrumenten des Rechts wurde damit in der Tendenz überflüssig.

**2. Wie lässt sich der Bedeutungszuwachs von naturrechtlichem Gedankengut nach 1945 erklären (2 Punkte)?**

Der nationalsozialistische Missbrauch positivrechtlicher Normativität (Gesetze, Verordnungen) liess den Wunsch entstehen, dem die Konzeption einer überpositiven Normativität entgegen zu setzen. Die Radbruch'sche Formel vom „unrichtigen Recht“, das dann der „Gerechtigkeit“ zu weichen habe, war kennzeichnend für solche Ansätze. So gesehen ist der Aufstieg des Naturrechts auch und gerade Kennzeichen für ein tiefsitzendes Misstrauen gegen positivrechtliche Rechtssätze, die als potentieller Anknüpfungspunkt des Missbrauchs gedeutet wurden, während Naturrechtssätze solchen Zugriffen entzogen seien.