

Abschlussklausur
(Bearbeitungszeit: 3 Stunden)

A. Textinterpretation (30 Punkte)

Bitte interpretieren Sie den nachfolgenden Text (Zusammenfassung = 3 Punkte; 2 Sachliche Aussagen = 18 Punkte; Historische Verortung = 4 Punkte; 3 Gegenwartsbezüge = 5 Punkte):

(...)

- Der Führer selbst hat die naturrechtlichen Grundsätze formuliert, die das Leben in diesen Gemeinschaften beherrschen sollen: „Sie müssen gewisse Prinzipien als Grundsätze und damit als Grundlage anerkennen, die an keiner Stelle preisgegeben werden dürfen. Wer selbst die ihm auferlegte Treue bricht, hat kein Recht mehr, sie von seinen Untergebenen zu fordern. Wer selbst den Gehorsam kündigt, hat kein Recht mehr, Gehorsam zu erwarten. Wer selbst die Kameradschaft verläßt, soll sich nicht wundern, wenn er eines Tages ebenfalls einsam, verraten und verlassen sein wird“. Und ebenfalls auf dem Reichsparteitag 1934: „Wir wollen einst, daß dieses Volk treu ist und ihr müßt diese Treue lernen. Wir wollen, daß dieses Volk einst gehorsam ist, und ihr müßt euch im Gehorsam üben. Wir wollen, daß das Volk friedliebend, aber auch tapfer ist, und ihr müßt deshalb friedfertig sein und mutig zugleich“. Stärker als irgend ein geschriebenes Gesetzeswort wirkt dieses ungeschriebene und hier einmal ausgesprochene Naturrecht. Es ist mit dem Wesen der deutschen Gemeinschaft unmittelbar gegeben und muß dort am lebendigsten sein, wo der Wesenwille am vollendetsten wirkt: in der Partei als der Auslese der rassisch, d. h. wesenswillig Besten.
- Da das Naturrecht der Gemeinschaft durch den Wesenwillen bestimmt wird, bildet es die Einheit von Recht und Sittlichkeit.

(...)

I. Zusammenfassung

Wiedergegeben ist ein Auszug aus einem (vermutlich) deutschsprachigen längeren Text, der keine Gliederung aufweist. Inhaltlich thematisiert wird die Bedeutung von *naturrechtlichen Grundsätze(n)* für *das Leben* in gewissen, nicht näher beschriebenen *Gemeinschaften* (Z. 1-2). Dieses *Naturrecht der Gemeinschaft* (Z. 15), das als *Einheit von Sittlichkeit und Recht* beschrieben ist (Z. 15-16) wird im Rückgriff auf verschiedene Zitate eines *Führer(s)* (vgl. Z. 1) konkretisiert: *Als mit dem Wesen der deutschen Gemeinschaft unmittelbar gegeben* (Z. 12), richtet sich dieses an sich *ungeschriebene* (Z. 11), aber auf einem *Reichsparteitag 1934* (Z. 7) *einmal ausgesprochene Naturrecht* (Z. 11-12) auf die Pflichtenerfüllung in einer Gemeinschaft und durch das Volk: Mitglieder in einer Gemeinschaft sind ebenso zu Treue und Gehorsam verpflichtet wie auch das deutsche Volk, das offenbar dem Führer gehorchen soll. Diese Pflichtenbindung soll im Zusammenhang einer bestimmten Partei *am lebendigsten sein*, bilde doch diese Partei die *Auslese der rassisch... Besten* (Z. 13-14).

II. Sachliche Aussagen

Mehrfach wird im Text auf Attribute der nationalsozialistischen Herrschaftsorganisation verwiesen wie den *Führer* (Z. 1) und dessen offensichtliche umfassende auch und gerade rechtliche Deutungsmacht, auf die *Partei* (Z. 13), und nicht zuletzt auch auf die Bindung des Individuums an eine rassisch gedeutete *deutsche Gemeinschaft* (Z. 12). Das führt zum Thema "'Volksgemeinschaft' und 'Führerprinzip' als Grundelemente nationalsozialistischer Ideologie" (unten 1.). Besonders prominent im Text verortet ist aber auch die Vorstellung von einem *Naturrecht*, das sogar *stärker als irgendein geschriebenes Gesetzeswort* wirken soll (Z. 10-11). Das ist um so bemerkenswerter, als der Text offensichtlich aus nationalsozialistischer Perspektive geschrieben

ist. Schon deswegen liegt es nahe zu fragen, wie sich die "Traditionslinien des Natur- und Vernunftrechts in früher Neuzeit und europäischer Moderne" entwickelt haben (unten 2.).

1. "Volksgemeinschaft" und "Führerprinzip" als Grundelemente nationalsozialistischer Ideologie

In der nationalsozialistischen Ideologie bildeten "Volksgemeinschaft" und "Führer" wesentliche Grundlagen. In der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft, also von 1933 bis 1945, wurden beide ideologischen Elemente auch durchgehend in die auch rechtliche Praxis umgesetzt. Beide Konzeptionen werden auch im vorliegenden Text verarbeitet.

(1) Im Zentrum der nationalsozialistischen Ideologie stand der Gedanke einer strikt rassistisch konzipierten "Volksgemeinschaft".

(a) Als "Volk" wurde dabei der rassistisch gedeutete Verband von "Deutschen" begriffen, die sog. "Arier". Diese als Rassengemeinschaft verstandene Volksgemeinschaft wurde nach 1933 auch als Grundlage deutscher Staatlichkeit verstanden, so dass alle Menschen, die nicht zur Volksgemeinschaft gehörten, aus dem deutschen Staatsverband ausgeschlossen wurden. Das galt vor allem für Jüdinnen und Juden. Denn die ausgeprägt rassistische Ausrichtung der nationalsozialistischen Herrschaft wie auch ihrer Ideologie verdichtete sich in einem massiven Antisemitismus. In der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft wurden deswegen auch sehr rasch zunächst in einer Fülle von rechtlichen Normen wie dem "Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums" (1933) und den sog. "Nürnberger (Rasse-)Gesetzen" (1935) Jüdinnen und Juden gezielt zunächst aus weiten Teilen des beruflichen, wirtschaftlichen und sozialen Lebens ausgeschlossen und ihnen schliesslich auch die deutsche Staatsbürgerschaft aberkannt. In der sog. "Reichskristallnacht" von 1938 deutete sich die wachsende physische Bedrohung der jüdischen Bevölkerung an, die in den Konzentrations- und Vernichtungslagern wie Auschwitz, Birkenau oder Treblinka zur physischen Vernichtung wurde. Die Mitglieder der "Volksgemeinschaft" genossen begrenzte individuelle Rechte, kennzeichnend war allerdings trotz der Betonung einzelner gesellschaftlicher "Stände" (wie etwa des "Bauernstandes") eine grundsätzlich egalitäre Struktur der Volksgemeinschaft. Allerdings standen alle individuellen Rechte der Volksgemeinschaft stets unter dem Vorbehalt der Gemeinschaft und der Gemeinschaftsbedürfnisse, der das Individuum und seine Rechtssphäre strikt untergeordnet waren. Dem entsprach in der nationalsozialistischen Herrschaftspraxis die umfassend und bereits bei Kindern einsetzende Einbindung der Staatsbürger in einer Vielzahl von Verbänden und Gemeinschaftsdiensten wie etwa dem Reichsarbeitsdienst. Normativ verdichtet wurde diese Vergemeinschaftung des Individuums in Formeln wie etwa "Gemeinnutz vor Eigennutz" (so das NSDAP-Programm) oder "Oberstes Gesetz ist das Wohl des deutschen Volkes" (so im Entwurf des Volksgesetzbuchs v. 1941/42). Eine besondere Rolle spielte dabei die NSDAP, die seit 1933 die einzig zugelassene Partei bildete und zugleich durch das "Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat" zur "Trägerin des deutschen Staatsgedankens" gemacht wurde: Die NSDAP bewirkte ebenfalls Vergemeinschaftungen von Individuen, hob aber zugleich eine Gruppierung von der Volksgemeinschaft im Übrigen ab.

(b) Im Text wird zwar nur der Begriff "deutsche Gemeinschaft", "Kameradschaft" oder "Volk" benutzt (Z. 5-6, 8, 12), nicht aber der Ausdruck "Volksgemeinschaft" verwendet. Allerdings ist der Sache nach offensichtlich das vorstehend skizzierte Konzept der "Volksgemeinschaft" angesprochen. Das zeigt sich vor allem in der Betonung von "Treue" und "Gehorsam" (Z. 5-6, 9), die der Gemeinschaft geschuldet sind. Diese normativen Bindungen gelten für die Mitglieder der Gemeinschaft und unterstreichen deren Bedeutung, die auch durch die Gefahr der anderenfalls eintretenden Situation des "einsam, verraten und verlassen" (Z. 5-6) herausgehoben wird. Die so beschriebene Pflichtenbindung der Gemeinschaftsmitglieder wird vorliegend normativ aufgewertet, indem sie als "Naturrecht" (Z. 11-12) beschrieben und zugleich zum Essentiale der Volksgemeinschaft (dem "Wesen der deutschen Gemeinschaft", Z. 12) erklärt wird. Auch die besondere Rolle der NSDAP im volksgemeinschaftlichen Verband deutet sich im Text an, wird sie hier doch als rassistische Elite der Volksgemeinschaft beschrieben (vgl. Z. 13-14).

(2) Das Führerprinzip zählte zu den zentralen Elementen der nationalsozialistischen Herrschaftsorganisationsprinzipien. (a) Das Führerprinzip bedeutete im Ausgangspunkt, dass die Gesamtheit der Herrschaft eines Verbandes – eines Volkes oder auch einer Körperschaft – in

einer Person gebündelt war, die deswegen umfassende Herrschaftsbefugnisse in ihrem jeweils besetzten Bereich hatte. Der Führer eines Volkes ("Führerinnen" waren nicht vorgesehen) vereinigte deswegen alle Herrschaftsbefugnisse in sich, die durch und für dieses Volk ausgeübt wurden. Das Volk war dem Führer dabei zur Gefolgschaft und zum Gehorsam verpflichtet, was bisweilen in Formeln verdichtet wurde wie "Führer befiehl und wir folgen". Rechtliche Begrenzungen dieser Herrschaftsbefugnisse waren mit diesem Konzept nicht zu vereinbaren, hätten sie doch die Führerschaft in Frage gestellt. In der Praxis der nationalsozialistischen Herrschaft wirkte Adolf Hitler (1889-1945) als Führer zunächst seiner Partei. Nach seiner Ernennung zum Reichskanzler führte Hitler allerdings bald den Titel "Führer und Reichskanzler". Zentrale Ausprägung des Führerprinzips war die Praxis der sog. Führerbefehle oder Führererlasse. Diese Anordnungen liessen sich – dem Führerprinzip entsprechend – nicht in die Typologie von Hoheitsakten einordnen. Sie konnten abstrakt-generelle (und insofern gesetzesförmige) Regeln setzen oder aber einen individuell-konkreten Fall betreffen (und insofern wie ein Urteil oder eine Verfügung wirken). Führererlasse nahmen in der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft quantitativ kontinuierlich zu. Wesentliche Voraussetzung für die Etablierung des Führerprinzips in der Staatspraxis wurde das Ermächtigungsgesetz von 1933, das Gesetzgebungsbefugnisse (auch mit verfassungsändernder Wirkung) auf die Reichsregierung übertrug. (b) Im Text wird gleich zu Beginn mit der Formel "der Führer selbst" (Z. 1) auf die Autorität von Führerschaft verwiesen. Im weiteren Verlauf des Textes ist zwar nicht die Rede von Führererlassen, doch wird Hitler die Kompetenz zur Formulierung von sogar "naturrechtlichen Grundsätze(n)" (Z. 1) zugebilligt. Bezeichnend für die Beziehung des Führers zum Volk ist auch der Anspruch Hitlers, dass das Volk insgesamt in "Treue" und "Gehorsam" zu ihm steht (Z. 8-9). In diesem Punkt unterstreicht der Text die absolute Herrschaftsbefugnis des Führers auch und gerade gegenüber dem Volk.

2. Traditionslinien des Natur- und Vernunftrechts in früher Neuzeit und europäischer Moderne

Wie bereits dargelegt, zählt der Text "Treue" und "Gehorsam" gegenüber der Gemeinschaft und dem Führer zum Naturrecht, das auch "stärker" als Gesetzesrecht wirken soll (Z. 10-11). Das führt zu der Frage, ob und inwieweit in diesem Punkt Traditionen des Natur- und Vernunftrechts aus früher Neuzeit und Moderne verarbeitet werden.

(1) (a) Die frühneuzeitliche europäische Naturrechtstradition stand in der Kontinuität antiker und mittelalterlicher Naturrechtsvorstellungen. Prägendes Merkmal war dabei die Vorstellung von einem überpositiven, nicht durch Menschen geschaffenen Recht. In der Antike entweder auf den Kosmos insgesamt oder auf die menschliche Natur zurückgeführt, wurde dieses überpositive Recht in der mittelalterlichen Tradition meist als einerseits ein göttlich geschaffenes und ein in der Natur des Menschen (als göttlichem Abbild) erkennbares Recht gedeutet wie etwa bei Augustin von Hippo, Thomas von Aquin, aber auch im mittelalterlichen gelehrten Recht. In der frühen Neuzeit rückte Gott als Ursprungsort dieses überpositiven Rechts vor allem seit Hugo Grotius, also seit dem 17. Jahrhundert, in den Hintergrund, stattdessen wurde nunmehr die menschliche Vernunft mehr und mehr zum Herkunftspunkt, so dass nunmehr, vor allem im 18. Jahrhundert auch der Gedanke des Vernunftrechts an Boden gewann. Im Zeichen der französischen Revolution und des anstieghenden Aufstiegs des Historismus verlor aber das Natur- und Vernunftrecht wieder an Bedeutung, wurde häufig als Teil der Rechtsphilosophie gedeutet und sollte erst nach 1945 wieder auf breiter Front eine Renaissance erleben.

(b) Auch die Inhalte von Natur- und Vernunftrecht erlebten in Teilen eine Wandlung. Zwar bildeten bereits in der Antike, vollends im Mittelalter und in der frühen Neuzeit Leben, Gesundheit, Freiheit und auch das Individualeigentum sowie das Recht zur Fortpflanzung und Kindererziehung zentrale Rechtsinhalte. Allerdings trat in der differenzierten Vernunftrechtstradition des 17. und 18. Jahrhunderts auch die Vorstellung hinzu, dass auch die politische Herrschaftsordnung letztlich spezifisch natur- und vernunftrechtliche Grundlagen habe, wie sie sich aus der Konzeption von Naturzustand und Gesellschaftsvertrag ergaben. An diesem Punkt wurde auch die (in letzter Konsequenz vor allem von Aristoteles begründete) Konzeption vom Menschen als einem Gemeinschaftswesen verarbeitet, die etwa bei Samuel Pufendorf (1632-1694) in die Vorstellung von der "Geselligkeit" des Menschen als Grundlage der Vergemeinschaftung überführt

wurde. Mit der Idee des Gesellschaftsvertrags als dem fiktiven Ausgangspunkt staatlicher Herrschaft wurde der Gedanke der Individualfreiheit auch zur Grundlage von Staatlichkeit gemacht, gründete doch staatliche Herrschaft nunmehr auf der autonomen, vertraglich verbindlich gewordenen Entscheidung der Herrschaftsunterworfenen. Das änderte freilich nichts daran, dass im Interesse der Sicherheit und des öffentlichen Friedens in den Kozeptionen etwa eines Samuel Pufendorf oder eines Christian Wolff (1679-1754) die Individualrechtspositionen im Verhältnis zur staatlichen Herrschaft eine eher schwache Normativität entfalteten. Das fand eine strukturelle Entsprechung in dem Umstand, dass die Menschen gerade bei Pufendorf und Wolff auch vernunftrechtlich verpflichtet wurden, sich selbst zu vervollkommen (*perfectio*).

(c) Das Verhältnis von überpositivem Recht und positivem Recht war in diesen Traditionen etwas ambivalent: Wurde vereinzelt im Mittelalter – bei Thomas von Aquin († 1274) – die Verbindlichkeit von naturrechtswidrigen Gesetzen behauptet, so unterstrichen die frühmodernen Natur- und Vernunftrechtstheoretiker, ihnen allen voran Thomas Hobbes (1588-1679) die Bedeutung der Gesetzgebung als Konsequenz natur- und vernunftrechtlich begründeter Herrschaft.

(2) Im Text werden die individualrechtlichen Elemente der vorstehend skizzierten Position nicht ansatzweise erwähnt, sondern umgekehrt vielmehr die Verpflichtung zum Gehorsam und zur Treue hervorgehoben. Die dabei herausgestellte naturrechtliche Bindung an die Gemeinschaft könnte möglicherweise – was aber nur eine Vermutung ist – Elemente der Lehre von der Tendenz der Menschen verarbeiten, sich im Naturzustand selbständig zu vergemeinschaften, um nicht allein und schutzlos zu bleiben. Die Worte "einsam, verraten und verlassen" (Z. 6-7) könnten in solche Richtungen deuten, allerdings ist in diesem Zusammenhang von "Kameradschaft" die Rede (Z. 5-6). Auch die Quelle des im Text angesprochenen Naturrechts unterscheidet sich von der älteren Tradition, wird es doch aus dem "Wesen der deutschen Gemeinschaft" abgeleitet, die auf diese Weise einen geradezu kosmologischen Status erhält. Entscheidende Qualität naturrechtlicher Regeln ist im Text allerdings ein anderes Merkmal: Naturrecht wird eine im Vergleich zum Gesetzesrecht stärkere Wirkungsmacht zugeschrieben. Hier wird also die bisweilen behauptete Überordnung des Naturrechts gegenüber dem Gesetzesrecht sehr nachdrücklich verstärkt. Allerdings dient das – anders als etwa im Mittelalter – nicht dazu, um die göttliche Allmacht ins Recht zu übersetzen, sondern um dem "Führer" und seinen Ausführungen besonders nachhaltige rechtliche Regelungsmacht beizulegen. So bleibt insgesamt der Befund, dass der Text zwar auf Naturrecht Bezug nimmt, dies aber allein deswegen geschieht, um auf diese Weise die Herrschaft des Führers und die Gehorsamspflicht der Herrschaftsunterworfenen zu einer Fundamentalregel zu machen.

III. Historische Verortung

Der Text nennt selbst das Jahr "1934" (Z. 7) als ein bereits vergangenes Jahr und markiert damit eine Untergrenze. Als Obergrenze lässt sich das Ende der nationalsozialistischen Herrschaft, also 1945, benennen. Der Text bewegt sich vor allem in einem Begründungszusammenhang grundlegender Gehorsamspflichten. Offenbar sind also Begrifflichkeiten wie "Gemeinschaft" noch erläuterungsbedürftig. Hinzu tritt der Umstand, dass keinerlei Erwähnung von kriegerischen Handlungen erfolgt. Das spricht dafür den Text in die Zeit zwischen 1934 und 1939 zu verlegen.

[Konkret: Auszug aus HANS-HELMUT DIETZE, Naturrecht in der Gegenwart, Bonn 1936, 180, hier zitiert nach WOLFGANG SELLERT, HINRICH RÜPING, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 2: Von der Aufklärung bis zur doppelten Staatsgründung, Aalen 1994, Nr. XI/2, S. 249f.]

IV. Gegenwartsbezug

(1) In der Gegenwart sind die individual- und vor allem menschenrechtlichen Verheissungen des Natur- und Vernunftrechts in der Form von Verfassungsrecht und universalen Völkerrechtskonventionen über den Schutz der Menschenrechte zu positivem Recht geworden. Deswegen haben Natur- und Vernunftrecht als mögliche Rechtsquelle an Bedeutung verloren. Allerdings könnte mit der zunehmenden Skepsis gerade an völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien die Frage nach der Existenz eines für alle geltenden Naturrechts neue Brisanz entfalten.

(2) Im Zeichen der globalen Umwälzungen von Wirtschaft und Gesellschaft, aber auch aufgrund des Zusammenrückens von Europa und Asien ist in Europa eine Wiederbelebung der Idee nationaler Gemeinschaften zu beobachten. Damit einher geht die Abgrenzung gegenüber gemeinschaftsfremden Personen. Überwiegend (aber nicht immer) frei von rassistischen Konnotationen sind im Zusammenhang solcher Entwicklungen zum Teil markant nationalistische Parteien entstanden.

(3) Parteien sind in modernen Demokratien keine wie auch immer geartete Ausleser der "Besten", sondern Organisationsformen, die die Partizipation im politischen Prozess möglich machen. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass die politische Ordnung durch die Existenz verschiedener Parteien auch die Verschiedenheit sozialer Gruppen und Interessen abbilden kann.

B. Fragen (30 Punkte)

I. Zentrales Instrument der rechtlichen Ordnung politischer Herrschaft vor allem im Mittelalter war das Lehnrecht (10 Punkte).

1. Bitte skizzieren Sie das sog. „dingliche“ und das „persönliche“ Element des Lehnverhältnisses (2 Punkte).

Im Lehnverhältnis (jedenfalls in der Phase seit dem 12. Jahrhundert) korrespondierten regelmässig zwei Elemente miteinander:

(1) Die Parteien des Lehnverhältnisses waren einander zu wechselseitiger Treue verpflichtet, hinzu trat die besondere persönliche Verpflichtung des Vasallen zum Gehorsam im allgemeinen und zur Heerfolge, zur Hoffahrt und zur Mitwirkung im Gericht im Besonderen. Damit sind persönliche Pflichten, das "persönliche" Element angesprochen.
 (2) Der Lehnsherr schuldete die Vergabe eines Lehen, eines *beneficium*, das im Ausgangspunkt ein Grundstück war, später auch ein Liegenschaftsrecht sein konnte. Damit ist das "dingliche" Element des Lehnverhältnisses angesprochen.

2. Welche Bedeutung hatte die sog. „Huldigung“ (*homagium*) bei der Begründung einer lehnsrechtlichen Beziehung (2 Punkte)?

(1) Durch das *homagium* unterwarf sich der künftige Vasall dem künftigen Lehnsherren und erkannte dessen Herrschaft ihm gegenüber an.
 (2) Diese Herrschaftsbeziehung wurde zur Grundlage für die Begründung des wechselseitigen Pflichtenverhältnisses zwischen dem Unterwerfenden und dem dadurch Begünstigten, indem damit die künftigen Herrschaftsbeziehungen augenfällig gemacht wurden.

3. In Mitteleuropa nimmt seit etwa dem 12. Jahrhundert die um 1230 durch Eike von Repgow auch verschriftlichte Heerschildordnung immer grössere Bedeutung ein.

a. Was regelte die Heerschildordnung im Kern (1 Punkt)?

Die Heerschildordnung regelte, wie ihre Bezeichnung bereits andeutet, im Ausgangspunkt die Normen für "Heerschilden". Darunter ist die rechtliche Fähigkeit zu verstehen, Lehen zu vergeben und zu empfangen. Diese Befugnis war abhängig von Über- und Unterordnungsverhältnissen und damit vom Rang. Die Heerschildordnung beschrieb deswegen eine hierarchische Gliederung von Lehnberechtigten im Bild von insgesamt sieben Heerschilden.

b. Was ist unter der insbesondere in der Heerschildordnung erfassten *Lehensniederung* zu verstehen (1 Punkt)?

Die Vergabe eines Lehens setzte voraus, dass der Vasall dem Lehnsgewer untergeordnet war, wie sich auch und gerade im *homagium* zeigt. Diese Überordnung wurde abgebildet in der Inhabung des im Verhältnis zum Vasallen höheren Heerschildes beim Lehnsgewer. Machte sich dagegen jemand zum Vasall eines niedrigeren Heerschildes, erkannte also dessen Überordnung an, dann verlor der Vasall auf diese Weise seinen eigenen ursprünglich höheren Rang. Das neue Lehen zog ihn also auf einen Heerschild herunter, der unterhalb des Heerschildes des Lehnsgewers lag.

4. In der rechtshistorischen Forschung ist die Rolle des Lehnrechts seit jeher umstritten. Heinrich Mitteis vertrat die These von der engen Beziehung von „Lehnrecht und Staatsgewalt“, andere Autorinnen und Autoren haben dagegen das

Lehnsrecht verantwortlich gemacht für die „Auflösung aller staatlichen Gewalt“ (Paul Roth). Wie bewerten Sie die Funktionen und Wirkungen des Lehnsrechts für die Ordnung politischer Herrschaft im Mittelalter und in der frühen Neuzeit? Bitte begründen Sie Ihre Meinung (4 Punkte).

(1) Spätestens seit dem 12. Jahrhundert, möglicherweise bereits seit karolingischer Zeit bewirkten die Ordnungselemente des Lehnsrechts, dass die Strukturen politischer Herrschaft mehr und mehr rechtlicher Regelung zugänglich wurden. Lehnsrechtliche Ordnungsstrukturen bedeuten also eine Verrechtlichung politischer Herrschaft, die auch bis zum Ende der frühen Neuzeit und der Abschaffung des Lehnsrechts bestehen blieb.

(2) Diese Ordnungsstrukturen waren ausgerichtet auf jeweils vertragsähnliche Beziehungen zwischen zwei Parteien, Lehnsherr und Vasall. Auf diese Weise entstanden zwischen den Herrschaftsschichten von unterschiedlichen Regionen, also zwischen dem König und dem Adel, komplexe vertragsförmige Geflechte von Rechtsbeziehungen, die im Einzelfall sogar miteinander im Widerspruch stehen konnten, wie die Entstehung des lehnlichen Lehens, also der lehnsrechtlichen Verpflichtung auf einen bestimmten Lehnsherrn, zeigt. Diese Vielfalt von unterschiedlichen Herrschaftsregelungen hatte nichts mit einer einheitlichen hoheitlichen Herrschaft zu tun, wie sie ursprünglich dem Anspruch nach in der königlichen Gebotsgewalt begründet war. Auf diese Entwicklung spielt Paul Roth an.

(3) Andererseits bildete sich insbesondere mit den hierarchischen Strukturen der Heerschildordnung und dem Reichsfürstenstand ein Ordnungselement aus, von dem insbesondere das staufische Kaisertum sehr intensiv Gebrauch gemacht hat. Trotz der immer nur *relativ* wirkenden lehnsrechtlichen Beziehungen garantierten damit Heerschildordnung und Reichsfürstenstand eine weitreichende Strukturierung politischer Herrschaft. Auf diese Weise wurde das Lehnsrecht zu einer Vorstufe des modernen Staatsrechts, gab es doch der politischen Herrschaft einen umfassenden rechtlich begründeten Ordnungshorizont. Darauf verweist die Aussage von Heinrich Mitteis.

(4) Selbstverständlich sind beide Positionen gut vertretbar. Bedacht werden sollte allerdings auch die Fragwürdigkeit beider Positionen, die offensichtlich die Existenz einer Staatsgewalt und damit von Staatlichkeit bereits im Mittelalter voraussetzen. Das mag vertretbar sein, doch bleibt zu berücksichtigen, dass mittelalterliche grundsätzlich vor allem *personal begründete politische Herrschaft* nicht mit der Herrschaftsstruktur des neuzeitlichen oder gar des modernen Anstaltsstaats zu vergleichen ist.

II. Die gute Policey bildete eine wichtige Zielvorgabe hoheitlicher und gesellschaftlicher Ordnung in der Frühen Neuzeit (5 Punkte).

1. Was ist unter guter Policey zu verstehen (1 Punkt)?

Der Ausdruck leitet sich ab vom griechischen Begriff "politeia", Gemeinwesen. Gute Policey ist demnach alles das, was zu einem gut funktionierenden Gemeinwesen – also der Gesellschaft einschliesslich ihrer Obrigkeit – gehört.

2. Was haben Policeyordnungen mit guter Policey zu tun und was regeln sie (2 Punkte)?

(1) Policeyordnungen dienen dazu, dem Gemeinwesen eine gute Ordnung zu geben und dadurch zu seiner Verbesserung beizutragen. Das damit verbundene Ordnungsstreben umfasste deswegen auch alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens wie insbesondere die Bereiche der Wirtschaft (mit einer deutlichen Tendenz zum Schutz des *kleinen Mannes*) und des Soziallebens.

(2) Dabei rückten rasch sehr nachdrückliche soziale Ordnungsvorstellungen in den Vordergrund, die insbesondere das Auftreten in der Öffentlichkeit und damit die Bekleidung, aber auch den Konsum von Alkohol vor allem bei Festen umfassten. Leitbild war die Vorstellung arbeitsamer, monogam lebender, auf die je eigene soziale Gruppe (Bürger, Bauer, Adel o. ä.) fixierter und vor allem der Obrigkeit gegenüber gehorsamer Untertanen.

3. Wo sehen Sie Unterschiede und wo Gemeinsamkeiten zwischen Policeyordnungen und Kodifikationen (2 Punkte)?

(1) Policeyordnungen erfassten regelmässig nicht komplette Bereiche einer Rechtsordnung wie etwa das private Kaufrecht oder das Strafrecht. Sie liessen insofern auch weitere Regeln zu und unterschieden sich auch hierin von Kodifikationen, die ihrerseits als systematische gesetzgeberische Regelungen eines Teilrechtsbereichs immer hierüber abschliessende Regelungen treffen.

(2) Allerdings konnten Policeyordnungen bei der Regelung von Einzelthemen – etwa beim Schutz von Käuferinnen und Käufern von Gebrauchsgütern oder in der Auseinandersetzung mit Kartellbildungen – sehr detaillierte Regelungen enthalten. Diese Regelungsdichte lässt sich durchaus mit Kodifikationen vergleichen. Bisweilen – etwa bei der Gestaltung von Kleiderordnungen – sind bei Policeyordnungen ähnlich umfassende und insofern abschliessende Regelungsansprüche erkennbar wie bei Kodifikationen (**a. A. jeweils mit entsprechender Begründung vertretbar**).

III. Die sogenannte *humanistische Jurisprudenz* prägte die kontinentaleuropäische Rechtswissenschaft für lange Zeit (5 Punkte).

1. Was lässt sich unter *humanistischer Jurisprudenz* verstehen (1 Punkt)?

(a) Wie bereits in der Bezeichnung anklingt, ist damit eine Rechtswissenschaft angesprochen, die sich den Erkenntniszielen und Methoden des Humanismus verpflichtet weiss.

(b) Das bedeutet konkret insbesondere die Bereitschaft, die Analyse rechtlicher Normativität mit den Mitteln der neu aufgewerteten menschlichen *ratio* zu betreiben und der Position von *auctoritates* (Autoritäten) – insbesondere der Rechtswissenschaft – keine entscheidende Bedeutung mehr zu geben.

2. Welche Ausprägungen *humanistischer Jurisprudenz* lassen sich unterscheiden (2 Punkte)?

Insgesamt lassen sich drei Ausprägungen unterscheiden: (1) Der *mos gallicus*, der seit dem 15. Jahrhundert in Frankreich von der Universität Bourges ausging, zerfällt in zwei typische Teilbereiche: (a) Die historisch-philologisch orientierte Jurisprudenz, wie sie etwa von Dionysius Gothofredus (1549-1622) repräsentiert wurde, widmete sich vor allem der historischen Erschliessung von Recht und Rechtswissen wie insbesondere dem römischen Recht. Auf diese Weise entstehen etwa die ersten grundlegenden Textausgaben des Corpus Iuris Civilis. (b) Der systematisch-analytische Zweig wird von Repräsentanten wie Hugo Donellus (1527-1591) vertreten, die sich vor allem dem Bestreben verpflichtet sehen, das überkommene römische Recht in eine neue, eigenständige Ordnung zu bringen.

(2) In Mitteleuropa wird der *usus modernus pandectarum* (nach dem Werk von Samuel Stryk [1640-1710], Specimen usus moderni pandectarum, 1690) beherrschend. Kennzeichnend ist hier die Relativierung des umfassenden Rationalitätsanspruchs (römisches Recht nicht mehr als *ratio scripta*) und die Verknüpfung von auch regionalen Rechten (etwa dem Sachsenspiegel) mit römischem Recht.

(3) In den Niederlanden entwickelt sich seit dem ausgehenden 16. Jahrhundert die sog. elegante Jurisprudenz (römisch-holländisches Recht, niederländische Rechtsschule). Auch hier wird, wie etwa bei Hugo Grotius (1583-1645), das einheimische – vor allem holländische – Recht mit römischem Recht verbunden und zugleich zum Gegenstand der dogmatisch-sytematischen Analyse.

3. Inwiefern ist die *humanistische Jurisprudenz* Teil der Ausbreitung von *Humanismus* und *Renaissance* (2 Punkte)?

(1) Kennzeichnend für die humanistische Jurisprudenz ist die Bereitschaft zur selbständigen Durchdringung von überkommenem Recht und zur durchaus kritischen Auseinandersetzung mit der mittelalterlichen Tradition. In diesem Punkt – mit der Aufwertung des denkenden menschlichen Individuums, das sich die Welt mit dem Instrument der *ratio* neu erschliesst – bewegt sich die Jurisprudenz vor allem des 16. und 17. Jahrhunderts ganz auf der Linie der humanistischen Bewegung. (2) Die Orientierung des Humanismus an den – insbesondere antiken – Quellen von Wissen (*ad fontes*), deren Erschliessung und Erforschung bewirkte die Relativierung überkommener Autoritäten. Eine theologische Ausprägung lässt sich im *sola scriptura* Prinzip der Reformation beobachten. In der

Rechtswissenschaft bewirkt die Orientierung am Grundsatz *ad fontes*, das insbesondere das römische Recht nunmehr als historische Rechtsordnung gedeutet, deswegen mit den Mitteln der historischen Quellenkritik erschlossen und zugleich auch anderen Rechtsordnungen – insbesondere den *iura propria* – eine ähnliche normative Position zugebilligt wird.

IV. Das moderne kontinentaleuropäische Strafrecht ist tiefgreifend geprägt durch Debatten, die seit der frühen Neuzeit einsetzen, vor allem aber im 19. Jahrhundert an Intensität gewonnen haben (10 Punkte).

1. Welchen Zwecksetzungen folgt Strafe in den Strafrechtsnormen des 16. und 17. Jahrhunderts wie etwa der *Constitutio Criminalis Carolina* 1532 (3 Punkte)?

Die *Constitutio Criminalis Carolina* folgte nach ihrer Selbstbeschreibung mehreren Zwecksetzungen bei der Verhängung von Strafen: (1) Strafe erfolgte als Reaktion das *ergernuss der übelthatt*, auf "Ärgerniss der Übeltat" und insofern als Reaktion auf einen Normverstoss durch einen Einzelnen, den es auch von weiteren solchen Ärgernissen abzuschrecken galt. (2) Strafe erfolgte *auß lieb der Gerechtigkeit* und insofern als durch die Gerechtigkeitsidee gebotene Vergeltung. (3) Strafe erfolgte *umb gemeines nutz willen*, um des gemeinen Nutzen willen und insofern auch zum Schutz der Gesellschaft, indem nicht zuletzt auch andere potentielle Täter von der Begehung ähnlicher Taten abgeschreckt wurden.

2. Wonach richtet sich die Strafzumessung in den Konzeptionen des Vernunftrechts (2 Punkte)?

In den Konzeptionen des Vernunftrechts, also der Doktrin, die im 17. und 18. Jahrhundert in der europäischen Rechtswissenschaft prägend und bestimmend war, rücken zwei Elemente in den Vordergrund: (1) Strafe wird seit Hugo Grotius (1583-1645) mehr und mehr in Relation zur Bedeutung der Tat selbst gesetzt. Dadurch wird es möglich, insbesondere die Bedeutung des entsprechenden Delikts für die Gesellschaft verstärkt zu berücksichtigen. (2) Die *salus publica*, das öffentliche Wohl, ist vor allem bei Christian Thomasius (1655-1728) und Christian Wolff (1679-1754) wesentliches Element der Strafbemessung. Dabei spielen generalpräventive Überlegungen eine ganz besondere Rolle, während das Element der Vergeltung in den Hintergrund rückt. Entscheidend ist etwa bei Wolff das Ziel, durch die Bestrafung künftige gleichgelagerte Taten zu verhindern – so dass dann auch Diebstähle im Interesse der Abschreckung unter Umständen mit der Todesstrafe bedroht sein können.

3. Mit Franz von Liszt (1815-1919) und Karl Binding (1841-1920) standen sich im 19. Jahrhundert die Vertreter von zwei verschiedenen Konzeptionen von Strafrecht gegenüber. Bitte skizzieren Sie diese Positionen und erklären Sie dabei zugleich, in welchen konzeptionellen Traditionen diese Überlegungen zum Zweck des Strafens standen (5 Punkte).

(1) Karl Binding ist ein Vertreter der sogenannten klassischen Theorie der Strafe und des absoluten Strafzwecks: (a) Strafe geschieht als Konsequenz aus der Übertretung von Normen. Sie richtet sich einzig und allein auf die Vergeltung dieses Unrechts, sie ist deswegen losgelöst (absolut) von allen anderen Erwägungen über künftige Geschehnisse oder gesellschaftlichen Ursachen von Kriminalität. Generalprävention ist deswegen nicht der primäre Zweck von Strafe. (b) Damit bewegt sich Binding insbesondere in der Kontinuität der idealistischen Strafzwecktheorien, wie sie durch Immanuel Kant und später Georg Wilhelm Friedrich Hegel konzipiert wurden: Hier dient Strafe der Bewährung des Rechts. Ohne Strafe als höchste Form der Sanktionierung von Rechtsverbindlichkeit könnte rechtliche Normativität nicht ihre freiheitssichernde Funktion erfüllen. Strafe ist deswegen Voraussetzung für die Verbindlichkeit von Recht und erst ihr Vollzug als Negation der Negation von Recht stellt die Geltung von Recht wieder her.

(2) Franz von Liszt begründet demgegenüber die moderne Schule des Strafrechts. (a) Unrecht hat immer auch soziale Hintergründe und soziale Konsequenzen. Strafe muss das in Rechnung nehmen und deswegen über Vergeltung hinaus weisen. Strafe und Strafmassnahmen müssen deswegen sowohl "bessernd" auf den Täter einwirken als

auch generalpräventive Funktion haben. Liszt entwickelt deswegen die Vorstellung von den Sicherungsmassnahmen für besserungsfähige Täter, um die Gesellschaft vor ihnen zu schützen. (b) Liszt steht damit ein Stück weit in der Kontinuität von Lehren Feuerbachs (**a. A. mit entsprechender Begründung vertr.**). Feuerbach hatte die Strafe als Androhung eines Übels als Steuerungsinstrument für den Täter und insofern als Instrument der Generalprävention gedeutet. In einem weiteren Sinn könnte argumentiert werden, dass in der Lehre Liszts auch der Aufschwung der Sozialwissenschaften (insbesondere der Sozialphilosophie und der Politikwissenschaften) greifbar wird, der seinen Ausdruck findet etwa in der Gründung des *Vereins für Socialpolitik* 1873.