

### **Abschlussklausur: Sachverhalt und Musterlösung**

#### **I. Im nachfolgenden Textauszug bezieht Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) Stellung zu den Kompetenzen von Juristinnen und Juristen (7 Punkte)** (Auszug aus: Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, S. 48):

*Ein zweyfacher Sinn ist dem Juristen unentbehrlich: der historische, um das eigenthümliche (sic) jedes Zeitalters und jeder Rechtsform scharf aufzufassen, und der systematische, um jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen, d. h. in dem Verhältniß, welches das allein wahre und natürliche ist. Dieser zweyfache wissenschaftliche Sinn findet sich ungemein wenig in den Juristen des achtzehnten Jahrhunderts, und vorzüglich ein vielfältiges flaches Bestreben in der Philosophie wirkte sehr ungünstig.*

#### **1. Welche Kompetenzen sind für Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler aus Savignys Sicht unverzichtbar (2 Punkte)?**

Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler benötigen nach Savigny einen „zweyfache[n] wissenschaftliche[n] Sinn“. Einerseits müssen sie historisches Wissen besitzen und bei ihrer Arbeit die geschichtlichen Umstände des Rechts berücksichtigen, andererseits benötigen sie einen systematischen Sinn, d.h. sie müssen Rechtssätze im Kontext und in der Wechselwirkung mit anderen Normen betrachten.

#### **2. Wie lässt sich Savignys Kritik an der Jurisprudenz des 18. Jahrhunderts erklären (2 Punkte)?**

Savignys Kritik, im 18. Jh. fehle es an dem *zweyfachen wissenschaftlichen Sinn*, findet seine Grundlage in der Tendenz der Vernunftrechtsjurisprudenz, die historische Bedingtheit des Rechts in den Hintergrund zu rücken. Die Jurisprudenz des 18. Jahrhunderts war stark geprägt durch Natur- bzw. Vernunftrechtskonzeptionen, die ein überzeitliches und allein mit den Mitteln der Vernunft abstrakt erkennbares Recht behaupteten. Die historische Rechtsschule, deren einflussreichster Vertreter Savigny ist, übt an solchen Konzeptionen starke Kritik, weil sie das Recht stets als Ergebnis einer historischen Entwicklung sieht, die einhergeht mit der Entwicklung der Gemeinschaft des Volkes, für die das Recht Geltung haben soll. Das Recht soll danach mit dem – historisch entstehenden - Volksgeist übereinstimmen und könne nicht abstrakt und überzeitlich gelten.

#### **3. Wie bewerten Sie Savignys Argumentation im Blick auf die Rechtswissenschaft der Gegenwart? Bitte begründen Sie Ihre Position (3 Punkte).**

Auch in der heutigen Zeit besteht gegenüber einer naturrechtlichen Begründung des gesamten Rechts grosse Skepsis. Ebenso sind die von Savigny geforderte historische und systematische Auslegung von Rechtsnormen auch heute Bestandteil des üblichen rechtswissenschaftlichen Methodenkanons. Nur in Kenntnis des historischen und systematischen Kontexts einer Norm lässt sich deren Anwendungsbereich sinnvoll abgrenzen. Gegenüber dem 19. Jahrhundert hat sich derweil die Rechtslage durch die Kodifikationen massgeblich verändert. Das Recht ist mittlerweile durch den Gesetzgeber weitestgehend kodifiziert worden, womit die Bedeutung der historischen Methode an Bedeutung verloren hat. Stärker ins Zentrum gerückt ist demgegenüber die von Savigny noch nicht erwähnte teleologische Methode, welche den Zweck einer Norm ins Zentrum der Auslegung stellt. Indem wir einen Gesetzgeber in nicht allzu entfernter Vergangenheit haben, ist die Frage nach den Regelungszielen des Gesetzgebers oftmals relevanter als die Kenntnis der historischen Entwicklungen seit dem Normerlass. *(Andere Bewertungen sind ebenso vertretbar. Die Bewertung ist abhängig von der Vollständigkeit und Schlüssigkeit der Argumentation.)*

## II. *Coniurationes* (Schwureinungen) sind eine typische Erscheinung der europäischen Rechtstradition (8 Punkte).

### 1. Bitte skizzieren Sie die wesentlichen Merkmale von *coniurationes* (2 Punkte).

Bei einer *coniuratio* handelt es sich um eine Selbstverpflichtung und Verbandsbildung mit dem Mittel des Eides. Der Eid als (auf den Fall des Zuwiderhandelns) bedingte Selbstverfluchung schafft auf horizontaler Ebene (zwischen den Beteiligten) Verbindlichkeit ohne die Notwendigkeit vertikaler Rechtsdurchsetzungsmechanismen.

### 2. Bitte skizzieren Sie die Funktion und Bedeutung von *coniurationes*

#### a. im Zusammenhang mit den Landfrieden und mit der Entstehung eines öffentlichen Strafrechts (2 Punkte);

Landfrieden werden regelmässig von lokalen Herrschaftsträgern beschworen. Es werden also für bestimmte Zeiten, Personengruppen oder Orte Frieden verpflichtend festgelegt. Die Herrschaftsgewalt der Schwörenden garantiert dabei die Durchsetzung der Friedensanordnung auch in vertikaler Richtung (gegenüber friedensbrechenden Untertanen). Dies steht im Kontrast zum überkommenen Unrechtsausgleich durch die Fehde oder mittels Busszahlungen, die horizontal allein zwischen den Beteiligten stattfinden.

#### b. im Zusammenhang mit der Ausformung von städtischen Zünften und im Zusammenwirken mit der obrigkeitlichen Gewalt (2 Punkte).

Zünfte, also Vereinigungen von Handwerkern in einer Stadt zum Zwecke der Qualitätssicherung und zur Regulierung des Markts (Teilnehmer, Angebot, Preise etc.), wurden durch die Zunftmitglieder mittels *coniuratio* begründet. Die Verpflichtung auf die Zunftordnung gründete also auf dem Mittel des Eides. Ähnliches kann festgestellt werden in den freien Städten, wenn Stadtbürger einen Bürgereid schwören, welcher sie gegenüber der Stadt berechtigte (etwa in Form der Garantie individueller Freiheit und gerichtlichen Schutzes) und verpflichtete (insbesondere in Form der Steuerleistung).

### 3. Im Lauf der Frühen Neuzeit verloren *coniurationes* in Territorialstaaten zunehmend an Bedeutung. Wie lässt sich dieser Befund erklären (2 Punkte)?

Dies hängt zusammen mit dem Aufstieg des Gesetzgebungsstaates vom 16.-18. Jh. Die Stärkung der Position der Herrschaftsträger insbesondere im Kontext der Ausformung einer (Staats-)Verwaltung mit in Dienst gestellten Beamten erlaubte eine wesentlich effektivere Kontrolle der Untertanen und eine bessere Durchsetzung von Recht. Gemeinschaftliche Normsetzung mit dem Mittel des Eids konnte daher zunehmend durch herrschaftliche Normsetzung abgelöst werden und verlor dadurch – in der Tendenz – an Bedeutung.

## III. Die Wissenschaft vom *ius publicum* (Öffentliches Recht) entstand etwa seit dem 16. Jahrhundert v. a. in Mitteleuropa (5 Punkte).

### 1. Die Entstehung dieser Disziplin hängt eng zusammen mit der Konfessionalisierung des 16. Jahrhunderts. Worin besteht dieser Zusammenhang (2 Punkte)?

Im Kontext der Reformation erlangt die Frage nach den Grenzen von staatlicher Herrschaft neue Bedeutung, zum Beispiel im Blick auf das Verhältnis zwischen Herrscher und andersgläubigen Untertanen. Im Reich galt das um so mehr im Verhältnis zwischen einem katholischen Kaisertum und z. T. protestantischen Reichsständen, wie etwa der schmalkaldische Krieg oder später auch der dreissigjährige Krieg verdeutlichen sollten.

### 2. Zu den Kennzeichen des *ius publicum* bis hin zu den Werken von Johann Stephan Pütter (1725-1807) (z. B.: «Historische Entwicklung der heutigen Staatsverfassung des Deutschen Reichs», Bd. 1-3, 1786/1787) zählt die Hinwendung zur Geschichte von Normtexten. Inwiefern ist das *ius publicum* hierin der humanistischen Jurisprudenz des Privatrechts – insbesondere dem *mos gallicus* – verbunden (2 Punkte)?

Der *mos gallicus* war eine humanistische Reaktion auf die ‚italienische‘ Rechtswissenschaft des hohen und v.a. späten Mittelalters. Die neue Methode sollte sich entsprechend dem humanistischen Postulat *ad fontes* zurückbesinnen auf den

eigentlichen Normtext und diesen auch rekonstruieren, soweit er unkorrekt überliefert worden war. Demgegenüber verlor das Kompilieren der Meinungen rechtswissenschaftlicher Autoritäten an Bedeutung. Diese Herangehensweise, auf die ursprünglichen Rechtstexte zurückzugehen, entspricht der Methode des *ius publicum*, das Verfassungsrecht aus historischen Normtexten zu erschliessen. Hinzu kam die besondere Wertschätzung für den Normtext selbst, also für die *fons* (die Quelle) als Grundlage der Rechtsauslegung.

**3. Welche Rechtsentwicklung wurde im 19. Jahrhundert massgeblich für den Übergang der Wissenschaft vom *ius publicum* zur «Staatsrechtswissenschaft» (1 Punkt)?**

Angesprochen ist damit die Entstehung von Verfassungsdokumenten seit dem letzten Viertel des 18. Jahrhunderts. Mit den neuen Verfassungen entstand eine völlig neue Arbeitsgrundlage für die Wissenschaft, die nun eine positive Staatsrechtswissenschaft wurde.

**IV. Es zählt zu den Kennzeichen der europäischen Rechtstradition des späten Mittelalters und der Frühen Neuzeit, dass hoheitliche Herrschaft in der Form der «Landesherrschaft» und «Landeshoheit» zur Ausformung von Staatlichkeit führte (6 Punkte).**

**1. Was versteht man unter der «Territorialisierung» von Herrschaft und welche Funktion hatte die römischrechtliche Figur vom *dominium* («Eigentum, Herrschaft») bei der Beschreibung territorialisierter Herrschaft (2 Punkte)?**

Territorialisierung von Herrschaft bezeichnet die Entwicklung, dass Herrschaft nicht mehr wie im Frühmittelalter an eine bestimmte Volksgruppe anknüpft, sondern an ein Gebiet/einen Raum. Die Herrschaft über die Menschen vermittelt sich dann durch ihre Zugehörigkeit zu einem bestimmten Raum. Das *dominium* wird im Spätmittelalter für die Beschreibung der Beziehung des Herrschers zu dem von ihm beherrschten Raum verwendet (Herrscher als *domini terrae*). Herrschaft wird so zu einer Art eigentumsähnlichem Recht über einen Raum.

**2. Wie kam es dazu, dass die sog. «Landstände» insbesondere im 16. Jahrhundert zu starken Gegenspielern der Landesherrin oder des Landesherrn werden konnten? Bitte skizzieren Sie dabei auch die Struktur landständischer Körperschaften (2 Punkte).**

Die Landstände organisierten sich typischerweise in drei Kurien/Räten: Die erste Kurie umfasste den lokalen Adel, die zweite das Bürgertum bzw. die Städte, die dritte den Klerus des Territoriums. Im 16. Jahrhundert gelang es ihnen häufig, über einen sogenannten Geheimen Rat /oder Staatsrat), auf das Regierungshandeln Einfluss zu nehmen.

Die Landesherren waren auf die Kooperation der Landstände in erster Linie zur Sicherstellung der Finanzierung des Staates angewiesen. Ohne die Zustimmung der Stände konnten keine Steuern erhoben werden. Auch die erforderlichen Sicherheiten für die Finanzierung über den Kreditmarkt konnten nur die Landstände leisten. Die Abhängigkeit von den Ständen in dieser Frage erlaubte diesen sodann im 16. Jahrhundert öfters, auch weitere Rechte für sich einzufordern, beispielsweise eine Mitsprache bei der Entscheidung über Krieg und Frieden.

**3. Im Westfälischen Frieden wurde zur Umschreibung der Rechte der Reichsstände innerhalb ihrer eigenen Gebiete die Bezeichnung *ius territoriale* (wörtlich: «territoriales Recht») eingeführt, andere zeitgenössische Texte sprachen von *superioritas territorialis* («Hoheit über das Land»). Inwiefern unterscheidet sich die so umschriebene Landeshoheit der Frühen Neuzeit in ihrer rechtlichen Struktur von der spätmittelalterlichen Landesherrschaft (2 Punkte)?**

Im *ius territoriale* verrechtlicht sich ein Entwicklungsprozess, der im Spätmittelalter eingesetzt hat, nämlich der Aufstieg der Landesherrschaft, die Entstehung einer landesherrlichen Administration und die Konzentration von Herrschaftsrechten beim Landesherren. Die Landesherrschaft wird hier begrifflich zusammengefasst in einem umfassenden Recht, anders als noch im Mittelalter, als der Landesherr ein Bündel von

einzelnen Herrschaftsrechten innehatte. Neben den in der Aufgabenstellung erwähnten Begrifflichkeiten wird im 17. Jahrhundert auch von der Souveränität gesprochen.

**V. Karl Ferdinand Hommel (1722-1781), Professor an der Universität Leipzig, liess 1778 eine Übersetzung des Werks *Dei delitti e delle pene* des italienischen Juristen Cesare Beccaria (1738-1794) erscheinen. Dieser Übersetzung (Titel: *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*) stellte er eine sog. «Vorrede» voran, die sehr einflussreich wurde (9 Punkte).**

**Hierin hiess es in der Auseinandersetzung mit dem Delikt der „Gotteslästerung“ u. a. (zitiert nach: Wolfgang Sellert, Hinrich Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, Aalen 1989, Nr. VI. 77a, S. 426/Nr. VI. 80, S. 427):**

*Man muß Sünde, Verbrechen und verächtliche Handlungen nicht unter einander verwerfen [miteinander vermischen]. Ein Loch im Strumpfe zu haben, ist weder Sünde noch Verbrechen, sondern Schande; seine Schwester zu heiraten, ist bei den Christen Sünde, aber kein bürgerliches Unrecht. Denn Verbrechen oder Unrecht heißt nur dasjenige, wodurch ich jemanden beleidige. Bloß dieses ist der Gegenstand bürgerlicher Strafgesetze. Es kann etwas schändlich, es kann etwas sündlich und doch bürgerlich kein Verbrechen sein. Mensch, Bürger und Christ sind drei unterschiedliche Begriffe. (...)*

*Bei dem Verbrechen der beleidigten, sowohl göttlichen als menschlichen Majestät verkehrt und verwirft derjenige alles untereinander, der aus Worten und Gesprächen ein allzu großes Verbrechen macht. Es ist ein wichtiger Unterschied zwischen Unbedachtsamkeit und Bosheit. Der wirkliche große Geist verachtet die ihm angetanen Schmähreden, und nur der straft, der sich getroffen fühlt.*

**1. Bitte skizzieren Sie den Gedankengang Hommels (2 Punkte).**

Hommel vertritt den Standpunkt, dass nicht jedes negativ zu beurteilende Verhalten auch strafwürdig sei. So könne ein Verhalten religiös falsch sein, also sündhaft, oder schändlich, d.h. unanständig, es muss aber nicht zugleich Unrecht sein. Verbrechen ist nur das Eingreifen in anderer Leute Rechtsgüter («dasjenige, wodurch ich jemanden beleidige»). Hommel sieht das Verbrechen der Majestätsbeleidigung daher kritisch, weil die (göttliche oder weltliche) Majestät durch Gerede nicht wirklich verletzt werden kann.

**2. Wie lässt es sich erklären, dass die Strafnormen v. a. des 16. Jahrhunderts rigorose Strafen für die Gotteslästerung anordneten, die bis hin zur Todesstrafe reichten (2 Punkte)?**

Das Strafrecht des 16. Jahrhunderts zeichnet sich ganz generell durch eine starke Ausweitung der richterlichen Strafbefugnis und durch eine Verschärfung der Strafpraxis, insbesondere durch das häufige Verhängen der (in der Regel öffentlich vollzogenen) Todesstrafe aus. Neben den absoluten Strafzweck der Vergeltung (Ausgleich von Unrecht) treten präventive Überlegungen mit Gemeinwohlbezug, insbesondere die generalpräventiv abschreckende Bestrafung. Nach dem Gedanken der Sozialdisziplinierung soll die Beleidigung der (göttlichen) Majestät unterbunden werden, weshalb sehr weitreichende Strafen verhängt werden.

**3. Inwiefern spiegelt sich in Hommels Skepsis gegenüber der Strafbarkeit der Gotteslästerung typisch aufklärerisch-vernunftrechtliches Gedankengut wider (2 Punkte)?**

Beim Vernunftrecht handelt es sich um Recht, welches sich aus der menschlichen Vernunft heraus direkt ergeben soll. Es versteht sich gelöst von der Frage der göttlichen Legitimation, indem es sich ausschliesslich auf das diesseitige Verhalten der Menschen untereinander bezieht. Die Vernunftrechtslehre geht dementsprechend auch regelmässig von einem Gesellschaftsvertrag aus, den die Menschen untereinander geschlossen haben. Die Verteidigung der Ehre Gottes, welche Hommels als Kern des Delikts der

Gotteslästerung identifiziert, fällt nicht in diesen vom Recht erfassten Bereich des Interagierens von Menschen miteinander, sondern in einen nicht rechtlichen, eben religiösen Bereich menschlicher Existenz.

**4. Inwiefern lassen sich im Wandel der Auffassungen über die Strafbarkeit der Gotteslästerung zwischen dem 16. und 18. Jahrhundert Parallelen zur Entwicklung der Hexenverfolgungen in Mitteleuropa sehen und worin bestehen Unterschiede (3 Punkte)?**

In der Verfolgung sowohl der Gotteslästerung als auch der Hexerei spiegelt sich der massiv ausgeweitete Zugriff der hoheitlichen Herrschaft auf das gesamte Leben der Menschen. Ebenfalls gleich ist die äusserst harsche Strafpraxis und die starke Position der Strafverfolgungsbehörden. Die Hexerei wurde zudem häufig auch als Gotteslästerung bzw. Verbrechen gegen die Majestät gedeutet. Eine allgemeine Wahrnehmung der Welt als krisenhaft (zahlreiche Kriege, wirtschaftliche Einbussen infolge der kleinen Eiszeit etc.) dürfte zudem zu einer Furch vor dem Zorn Gottes geführt haben, so dass die Strafverfolgung beider Delikte als Ausführung des göttlichen Willens gedeutet wurde. Gleich ist den Delikten zudem, dass der Unrechtswert, der ihnen zugemessen wurde, in aufklärerisch-vernunftrechtlicher Zeit (18. Jahrhundert) geringer erscheint und vermehrt Kritik an der Strafbarkeit aufkommt, da das Hexereiverbrechen einer rationalen Überprüfung nicht standhält, aber auch, weil die Durchsetzung religiöser Gebote in einer primär säkular betrachteten Welt nicht mehr als Aufgabe des Strafrechts erscheint. Ein Unterschied besteht darin, dass die Hexereiverfolgung regelmässig auf Fiktionen beruhte, während blasphemische Aussagen stets real nachweisbar waren. Schliesslich richtet sich die Hexenverfolgung insbesondere in deutschen Territorien in erster Linie gegen Frauen und ist wesentlich misogyn motiviert. Dies ist im Rahmen der Gotteslästerung nicht in besonderer Weise der Fall.

**VI. Im 19. und 20. Jahrhundert erlebte die Naturrechtstradition eine sehr wechselvolle Entwicklung (5 Punkte).**

**1. Wie entwickelte sich der Stellenwert von Naturrechtsdoktrinen zur Ordnung politischer Herrschaft (z. B. Konzept des Gesellschaftsvertrags) und der Individualrechte in der Zeit bis etwa 1920 in Kontinentaleuropa und was waren wesentliche Gründe für diese Entwicklung (3 Punkte)?**

Überlegungen etwa zum Gesellschaftsvertrag als Grundlage politischer Herrschaft verlieren im 19. Jahrhundert stark an Bedeutung. Die dann einflussreiche historische Rechtsschule lehnt die Vorstellung einer universellen und überzeitlichen Rechtsordnung ab. Vollständig verschwinden vernunftrechtliche Herrschaftsentwürfe zwar nicht. So sind in verschiedenen Verfassungen, die in dieser Zeit entstehen, noch Bezüge zu Konzepten des Gesellschaftsvertrags und der natürlichen Rechte erkennbar. Allerdings verdrängen die positivrechtlichen Verfassungen den wissenschaftlichen Diskurs über abstrakte Gesellschaftsvertragskonzeptionen, gerade auch weil sie genau die Funktion erfüllen, welche Gesellschaftsverträge haben sollten.

**2. Nach 1945 wurden gerade im deutschsprachigen Raum Naturrechtslehren schlagartig sehr populär wie etwa in der sog. «Radbruch'schen Formel». Wie lässt sich das erklären (2 Punkte)**

Nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft in Deutschland sah sich die Rechtswissenschaft mit der Frage konfrontiert, welche Funktion das Recht für die Ermöglichung der NS-Verbrechen hatte. Die Beobachtung, dass die Handlungen des NS-Regimes oftmals mit Mitteln des Rechts gerechtfertigt wurden, liess zahlreiche Rechtswissenschaftler am positiven Recht zweifeln und dann auch nach Korrekturmöglichkeiten jenseits des positiven Rechts suchten. Naturrechtliche Grundsätze sollten für den Fall korrigierend eingreifen, in dem das Festhalten am positiven Recht schweres moralisches Unrecht bedeuten würde.