



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

Rechtsgeschichte

Dozent: Prof. Michele Luminati
E-Mail: michele.luminati@unilu.ch
Verfasser: Markus Widmer

Inhaltsverzeichnis

I. EINLEITUNG	6
1.1. PRÜFUNGSHINWEISE	6
1.2. HINWEISE ZUM UNTERRICHT	6
1.3. ZIEL DES UNTERRICHTS	6
1.4. LERNZIELE	7
II. RECHTSGESCHICHTE	7
1. EINFÜHRUNG	7
1.1. EINFÜHRUNGSFALL (ANNA GÖLDI)	7
1.2. GRUNDLAGEN DES EUROPÄISCHEN RECHTS	7
2. RECHT UND VERFAHREN	7
2.1. RECHT ALS VERFAHREN	7
2.1.1. PROBLEMATIK: KONFLIKTBEWÄLTIGUNG DURCH RECHT	7
2.1.2. RECHT ENTSTEHT PRIMÄR ALS VERFAHREN	7
2.1.3. RECHT IM MITTELALTER (BSP. SACHSENSPIEGEL)	8
2.1.4. IDEALTYPEN DER KONFLIKTLÖSUNG	8
2.1.5. PROBLEM DER INSTITUTIONALISIERUNG DURCH DRITTBETEILIGUNG	9
2.1.6. INSTITUTIONALISIERUNG IM FRÜHMITTELALTER	9
2.1.7. FEUDALISIERUNG UND KOMMUNALISIERUNG (HOCH- UND SPÄTMITTELALTER)	9
2.1.8. TERRITORIALISIERUNG UND PROFESSIONALISIERUNG (15. BIS 17. JAHRHUNDERT)	9
2.1.9. BÜROKRATISIERUNG UND DISZIPLINIERUNG (18. JAHRHUNDERT)	9
2.1.10. KONSTITUTIONALISIERUNG (SPÄTES 18. / 19. JAHRHUNDERT)	9
2.2. KONFLIKTLÖSUNGSMechanismen INNERHALB ARCHAISCHEN GESELLSCHAFTEN	9
2.2.1. GERMANISCHE STAMMESRECHTE (LEX SALENICA)	9
2.2.2. DER ARCHAISCHE PROZESS	10
2.2.3. DAS REICHSKAMMERGERICHT (1495)	11
2.3. KONTRASTBILD: ALTE EIDGENOSSENSCHAFT	11
2.4. BÜROKRATISIERUNG UND PROFESSIONALISIERUNG (15. – 17. JH.)	12

3. JUSTIZ UND POLITIK	12
<hr/>	
3.1. AUSSCHLEIFUNG DER JUSTIZ AUS DEM POLITISCHEN SYSTEM	12
3.1.1. TRADITIONELLE AUFFASSUNG	12
3.1.2. RATIONALISIERUNGSBESTREBUNGEN DES SPÄTEN ABSOLUTISMUS (PREUSSEN)	12
3.2. DER FALSCH VERSTANDENE MONTESQUIEU	14
3.3. LIBERALES JUSTIZMODELL	14
3.4. DAS GESCHWORENENGERICHT	15
4. RICHTERPERSONLICHKEIT UND RECHTSFINDUNG	15
<hr/>	
4.1. AUSGANGSPUNKT	15
4.2. ANTIPOSITIVISTISCHE KRITIK UM 1900	15
4.2.1. FREIRECHTSSCHULE	16
4.2.2. INTERESSENJURISPRUDENZ	16
4.2.3. EUGEN HUBER	16
4.2.4. LEGAL REALISM	16
5. TOTALITARISMUS: EIN ZWISCHENSPIEL?	16
<hr/>	
5.1. NS-HERRSCHAFT	16
5.2. NS RECHTSORDNUNG	18
5.3. NS RECHTSPRINZIPIEN	18
5.4. NS-UMGANG MIT DEM RECHT	18
5.5. NS-JUSTIZ	19
6. STAATLICHES STRAFRECHT	19
<hr/>	
6.1. FRÜHNEUZEITLICHE STRAFZWECKLEHRE	19
6.2. ENTSTEHUNG DES ÖFFENTLICHEN STRAFRECHTS IM FRÜHMITTELALTER	20
6.2. THEATER DES SCHRECKENS	20
6.3. AUFGEKLÄRTES STRAFRECHT	20
6.3.1. SÄKULARISIERUNG UND HUMANISIERUNG DES STRAFRECHTS	20
6.3.2. AUFGEKLÄRTER ABSOLUTISMUS	20
6.3.3. BECCARIA	21
6.3.4. KANT	21
6.3.5. KATEGORISCHER IMPERATIV NACH KANT	22
6.4. STRAFVOLLZUG UND MODERNES GEFÄNGNISWESEN	22
6.4.1. ABSOLUTISMUS	23
6.4.2. AUFKLÄRUNG	23
6.4.3. REFORMDISKUSSION IM SPÄTEN 18. JAHRHUNDERT	23
6.4.4. ÜBERGANG ZUM MODERNEN GEFÄNGNISWESEN (19. JH.)	23
6.4.5. US-GEFÄNGNISMODELLE	24
6.4.6. EUROPA	24
6.4.7. LIBERALES UND „SOZIALES“ STRAFRECHT	24
6.5. DAS STRAFRECHT UND DIE RECHTSPHILOSOPHIE	24
6.5.1. IMMANUEL KANT (1724 – 1804)	24
6.5.2. PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH (1775 – 1833)	24
6.5.3. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL (1770 – 1831)	25
6.5.4. FRANZ VON LISZT	26
6.6. DIE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT	26
6.7. KRIMINALANTHROPOLOGIE	27
6.8. STRAFRECHTSKODIFIKATION (19. – 20. JAHRHUNDERT)	28

6.9. TOTALITÄRES STRAFRECHT	28
6.10. NATIONALSOZIALISMUS UND STRAFRECHT	28
<u>7. HERRSCHAFT UND RECHT IM MITTELALTER</u>	<u>30</u>
7.1. MITTELALTERLICHES HERRSCHAFTSVERSTÄNDNIS	30
7.2. DIE KIRCHE IM MITTELALTER	30
7.3. DAS KANONISCHE RECHT	30
7.3.1. NATURRECHT: NORMTRIAS	30
7.3.2. ZENTRALITÄT DER BILLIGKEIT	31
7.3.3. SCHAFFUNG EINER DEM RÖMISCHEN RECHT VERGLEICHBAREN RECHTSORDNUNG	31
7.4. KAISER UND PAPST	31
7.4.1. IMPERIUM UND SACERDOTIUM IM MITTELALTER	31
7.4.2. IDEE DER VIER WELTREICHE	32
7.4.3. TRANSLATIONSTHEORIE	32
7.4.4. IMPERIUM MUNDI	32
7.4.5. INVESTITURSTREIT	32
7.4.6. THEORIE DER PÄPSTLICHEN SUPREMATIE	32
7.5. SÄKULARISIERUNG UND MACHTBEGRENZUNG	33
7.6. DIE FRAGE DER HERRSCHAFTSBINDUNG	33
<u>8. HERRSCHAFT UND RECHT IN DER NEUZEIT</u>	<u>33</u>
8.1. MACHTBEGRÜNDUNG UND MACHTBEGRENZUNG IN DER NEUZEIT	33
8.1.1. MODERNES STAATSVERSTÄNDNIS	33
8.1.2. JEAN BODIN (1530 – 1596)	34
8.1.2. BEGRIFFSGESCHICHTE	34
8.2. PROFANISIERUNG DER STAATSIDEE UND SAKRALISIERUNG	34
8.3. ETAPPEN DER ENTSTEHUNG DES MODERNEN STAATES	35
8.4. EXKURS: ENTSTEHUNG DER LANDESHERRSCHAFT IM DEUTSCHEN REICHE	35
8.5. PROFANISIERTES NATURRECHT UND STAATSLEHREN	36
8.5.1. SPANISCHE SPÄTSCHOLASTIK	36
8.5.2. VERNUNFTRECHT	36
8.5.3. VERNUNFTRECHT UND STAATSLEHRE	36
8.5.4. THOMAS HOBBS (1651)	36
8.5.5. DEUTSCHE STAATSTHEORIE	37
8.5.6. JOHN LOCKE (1690)	37
8.5.7. MONTESQUIEU (1748)	37
<u>9. DAS INDIVIDUUM</u>	<u>37</u>
9.1. FREIHEITEN IM MITTELALTER	37
9.2. KÖNIGSFREIE UND GEMEINFREIE	37
9.2.1. VORSTELLUNGSBILD DES „GEMEINFREIEN“ (19. JH.)	38
9.2.2. VORSTELLUNGSBILD DES „KÖNIGSFREIEN“ (NS-ZEIT)	38
9.2.3. IDEOLOGIEKRITIK	38
9.2.4. ÜBERGANG ZUR VORSTELLUNG EINER HETEROGENEN FREIENSCHICHT	38
9.3. DAS SOZIALE GLIEDERUNGSSYSTEM DES MITTELALTERS	38
9.3.1. SOZIALE DICHOTOMIE	38
9.3.2. SOZIALE ZWISCHENPOSITIONEN	38
9.3.3. FREIHEIT UND ADEL	38
9.3.4. THEOLOGISCHE ARGUMENTATION DES LEHENSWESENS	39
9.4. BÄUERLICHE FREIHEIT	39

9.5. DIE STADTFREIHEIT	40
9.5.1. STADTFREIHEIT ALS PERSÖNLICHE FREIHEIT DER BÜRGER	40
9.5.2. STADTVERFASSUNG	40
9.6. DER KAMPF GEGEN DIE UNFREIHEIT	41
9.6.1. DIE STELLUNG DER KIRCHE	41
9.6.2. BAUERNKRIEG UND REFORMATION	41
9.6.3. REAKTION DER REFORMATOREN	42
9.7. FREIHEIT UND SUBJEKTIVES RECHT	42
9.7.1. MODERNES FREIHEITSVERSTÄNDNIS	42
9.7.2. FREIHEIT UND SUBJEKTIVES RECHT	42
9.8. FREIHEIT IN TOTALITÄREN UND AUTORITÄREN RECHTSSYSTEMEN	43
9.8.1. NATIONALSOZIALISMUS (DISKUSSION ÜBER SUBJEKTIVE RECHTE)	43
9.8.2. PRIVATRECHT IN DER DDR	44
9.8.3. ITALIENISCHER FASCHISMUS UND CORPORATIVISMO	45
<u>10. RECHTSWISSENSCHAFT (MITTELALTERLICHES RECHT)</u>	<u>46</u>
10.1. DIE RECHTSWISSENSCHAFTLICHE AUSBILDUNG IN BOLOGNA	46
10.2. DIE GLOSSATOREN (12. / 13. JAHRHUNDERT)	46
10.3. ARBEITSWEISE	47
10.4. FUNKTION DES RÖMISCHEN RECHTS	47
10.5. KOMMENTATOREN / KONSILIATOREN (14. – 15. JH.)	48
10.6. WEITERENTWICKLUNG	48
10.7. REZEPTION	48
10.8. HUMANISMUS	49
10.9. USUS MODERNUS PANDECTARUM (17. BIS 18. JH.)	49
<u>11. WISSENSCHAFTLICHKEIT MODERNER JURISPRUDENZ</u>	<u>50</u>
11.1. HISTORISCHE RECHTSSCHULE	50
11.1.1 KODIFIKATIONSSTREIT THIBAUT / SAVIGNY (1814)	50
11.1.2 GEISTIGE WURZELN	50
11.1.3 NEUE RECHTSWISSENSCHAFT NACH SAVIGNY	51
11.1.4 ERNEUERUNG DER JURISTISCHEN AUSBILDUNG	52
11.1.5 PRIMAT DER RECHTSWISSENSCHAFT	52
11.2. DIE NACHFOLGER SAVIGNY	52
11.2.1 ROMANISTEN – GERMANISTEN	52
11.2.2 SPALTUNG UM 1840	53
11.2.3 PANDEKTISTIK	53
11.3. KRITIK AN DER PANDEKTISTIK	54
11.3.1 KIRCHMANN (1848)	54
11.3.2 RUDOLF VON JHERING (1818 – 1892)	54
11.4. ANTIPOSITIVISTISCHE DISKUSSION (ENDE 19. – 20. JH)	55
11.4.1 FRANKREICH: ÜBERWINDUNG DER ECOLE DE L'EXEGÈSE	55
11.4.2 FREIRECHTSSCHULE	56
11.4.3 ZWECK- UND INTERESSENJURISPRUDENZ	56
11.4.4 USA: LEGAL REALISM	56
11.4.5 EXKURS: SCHWEIZERISCHE RECHTSWISSENSCHAFT	56
<u>12. GESETZ UND GESETZGEBUNG (GESETZ UND MYTHOS)</u>	<u>57</u>
12.1. ZWÖLFTAFELGESETZ	57
12.2. SCHRIFTLICHKEIT UND ÖFFENTLICHKEIT	57

12.3. RECHTSPRODUKTION IM MITTELALTER	60
12.4. SYMBOLISCHE GESETZGEBUNG?	61
12.4.1 MODERNES PROBLEM DER GESETZGEBUNGSLEHRE	61
12.4.2 HERRSCHAFT UND GESETZGEBUNG IN DER NEUZEIT	61
<u>13. DAS KODIFIKATIONSZEITALTER</u>	<u>62</u>
13.1. DIE KODIFIKATIONSIDEE	62
13.2. DIE KODIFIKATIONSKRITERIEN	63
13.3. DIE EINZELNEN KODIFIKATIONEN	63
13.3.1 PREUSSEN: ALLGEMEINES LANDRECHT (1794)	63
13.3.2 FRANKREICH	64
13.3.3 ÖSTERREICH (ABGB / 1812)	64
13.3.4 DIE ENTWICKLUNG IN DER SCHWEIZ VOR DEM ZGB	64
13.4. DER KODIFIKATIONSSTREIT	65
13.4.1 THIBAUT	65
13.4.2 SAVIGNY	65
<u>14. EINFACHHEIT UND VOLLSTÄNDIGKEIT DER GESETZE</u>	<u>65</u>
14.1. EINFACHHEIT, SYSTEM UND KODIFIKATION	65
14.2. EINFACHHEIT UND VERSTÄNDLICHKEIT	65
14.3. DIE HALTUNG VON EUGEN HUBER	66
14.4. FRANZ KAFKA	66

I. Einleitung

1.1. Prüfungshinweise

Es gibt eine schriftliche Prüfung. Es können 6 ECTS Punkte erreicht werden.

In der Prüfung können 30 Punkte erreicht werden. Zu jedem Kapitel gibt es einen Quellentext mit Fragen. Teilweise sind es reine Wissensfragen.

Das Skript genügt zum Bestehen der Prüfung.

Die Fragen im Reader sind relevant für die Prüfung. Die Prüfung wird ähnlich aufgebaut sein. Es gibt einen Quellentext. Zu diesem Quellentext müssen Wissens- und Verständnisfragen beantwortet werden.

Folgende Bücher werden empfohlen:

- a) Reader „Übersicht über die europäische Geschichte“
Umfang: ca. 40 Seiten
- b) Karl Kroeschell
„Deutsche Rechtsgeschichte“
Umfang: 3 Bände

1.2. Hinweise zum Unterricht

Es werden einzelne Themen behandelt. Es wird nicht chronologisch vorgegangen. Es findet eine Konzentration auf westeuropäisches Recht statt.

Es werden folgende Themen behandelt:

- a) Verfahren (Gerichtsbarkeit, Prozess)
- b) Staatliches Strafrecht
- c) Herrschaft
- d) Stellung des Individuums
- e) Die Entwicklung der Rechtswissenschaft
- f) Die Entwicklung der Gesetze

Zuerst werden die Verfahrensfragen geklärt und erst nachher das materielle Recht. Im internationalen Recht wird gleich vorgegangen. Zuerst gibt es eine Praxis im Verfahrensrecht und erst nachher wird das materielle Recht aufgestellt.

1.3. Ziel des Unterrichts

Die Rechtsgeschichte ist ein Grundlagenfach. Die Rechtsgeschichte soll zusammen mit der Rechtsphilosophie und der Rechtssoziologie zum Verständnis des heutigen Rechtssystems beitragen.

Dieses Fach soll der Reflexion dienen. Die Rechtsgeschichte steht an der Grenze der Rechtswissenschaft. Es ist eine empirische, historische Wissenschaft. Es wird mit historischen Quellen gearbeitet.

1.4. Lernziele

Die Studenten sollen einen vertieften Einblick in die Historizität und Kontingenz des Rechts erhalten und über grundlegende Kenntnisse der europäischen Rechtsentwicklung verfügen.

II. Rechtsgeschichte

1. Einführung

1.1. Einführungsfall (Anna Göldi)

Im Jahr 1782 wurde in Glarus Anna Göldi (oder auch Anna Göldin) als letzte Hexe Europas hingerichtet. Dieser Prozess wurde als Geheimprozess geführt. Der Gerichtsschreiber hat seine Dokumente einen Journalisten in Zürich gegeben. Dieser hat Artikel über den Strafprozess gegen Anna Göldi geschrieben. Der Prozess wurde bereits zum damaligen Zeitpunkt kontrovers diskutiert.

In diesem Zusammenhang stellen sich folgende Fragen:

- a) Was waren die Rechtsgrundlagen für die Verurteilung?
- b) Wie lief der Prozess ab (Prozessablauf)?
Folter, Fehlendes Akteneinsichtsrecht, Kein Verteidiger etc.

1.2. Grundlagen des europäischen Rechts

Es gibt zwei Traditionen im europäischen Recht:

- a) die Kirche (das kanonische Recht)
- b) das römische Recht

2. Recht und Verfahren

2.1. Recht als Verfahren

2.1.1. Problematik: Konfliktbewältigung durch Recht

Die ursprüngliche Reaktion auf Konflikte war Gewalt. Konflikte beruhen meist auf Enttäuschungen. Sozio-biologisch hat der Mensch keine Gewalthemmung. Die Konfliktlösung mittels Gewalt führte zu einer endlosen Reihe von Gewalt und Gegengewalt. Es besteht die Gefahr der Eskalation.

2.1.2. Recht entsteht primär als Verfahren

Das Recht bezweckt folgendes:

- a) Bewältigungsinteresse
- b) Friedensstiftung

Bewältigungsinteresse

Das Recht soll Konflikte bewältigen.

Friedensstiftung

Der gute Herrscher schafft durch Gesetze (lex) Frieden (pax). Der Sachsenspiegel soll Vorschläge zur Bewältigung von Konflikten geben. Die Schaffung von Gerechtigkeit hat eher untergeordnete Bedeutung. Das Duell war ein Überbleibsel der Fehde aus dem Mittelalter. Es wurde im 19. Jahrhundert durch die bürgerliche Gesellschaft übernommen.

2.1.3. Recht im Mittelalter (Bsp. Sachsenspiegel)

Das Recht im Mittelalter war formelles Recht. Es regelte den Verfahrensablauf z.B. beim Zweikampf. Es war kein materielles Recht. Das Völkerrecht nimmt den gleichen Verlauf. Zuerst haben wir formelles Recht und erst nachher materielles Recht.

2.1.4. Idealtypen der Konfliktlösung

Es gab zwei Idealtypen der Konfliktlösungen:

1. Regulierte Kampf- und Spielformen
2. Drittintervention

Regulierte Kampf- und Spielformen

Man einigt sich innerhalb eines sozialen Kontextes wie Konflikte gelöst werden. Bsp: Heute muss auch innerhalb eines Konfliktes ein Minimum an Anstand gewahrt werden. Im Frühmittelalter waren dies Kampfformen.

Drittintervention

Die Streitsache wird nicht mehr unter den Parteien (Recht des Stärkeren) sondern durch einen unabhängigen Dritten gelöst.

Es gab zwei Formen der Drittintervention:

1. Gottesurteil
2. Schlichtung

Gottesurteil

Der Zweikampf wurde als Gottesurteil angesehen. Dies ging von der Idee aus, dass Gott die Person, welche nicht im Recht ist, nicht beschützt. Gott kann kein Unrecht zulassen. Es gewann somit nicht der Stärkere sondern derjenige, welcher im Recht ist.

Schlichtung

Es wurde durch Vermittlung eines unabhängigen Dritten versucht, eine Lösung zu finden, mit dem alle Parteien leben können. Der Schlichter fällt kein Urteil sondern schlug einen Kompromiss vor.

2.1.5. Problem der Institutionalisierung durch Drittbeteiligung

Die Parteien waren zwar bereit, das Verfahren durchzuführen. Sie waren aber nicht bereit das Urteil zu akzeptieren. Es musste deshalb ein Verfahren gefunden werden, um die unterlegene Partei zu zwingen, einen Gerichtsentscheid zu akzeptieren.

2.1.6. Institutionalisierung im Frühmittelalter

Anstelle einer offenen Konfliktlösung kam es zu ritualisierten Formen der Konfliktlösung.

2.1.7. Feudalisierung und Kommunalisierung (Hoch- und Spätmittelalter)

Die ersten Gerichte kommen auf. Sie waren nicht sehr gut organisiert. Sie bestand aus Schöffen, welche aus dem Volk stammten.

2.1.8. Territorialisierung und Professionalisierung (15. bis 17. Jahrhundert)

Der Personalitätsprinzip wurde durch das Territorialitätsprinzip ersetzt. Für jeden Bürger galt das gleiche Recht. Es gab keine Stammesrechte mehr.

2.1.9. Bürokratisierung und Disziplinierung (18. Jahrhundert)

Durch das Aufkommen des Handels verschwanden die früheren Formen der Urteilsfindungen wie z.B. das Feuerlaufen. Bei Sachmängeln gab es kein Feuerlaufen mehr. Die Urkunde wurde als Beweismittel anerkannt.

Das positive Recht gewann an Bedeutung.

Positives Recht: Was im Gesetz steht, gilt.

2.1.10. Konstitutionalisierung (spätes 18. / 19. Jahrhundert)

In der Schweiz haben wir immer noch die Volksjustiz. Ein Bundesrichter muss als Wählbarkeitsvoraussetzung keine juristische Ausbildung haben. Das Schweizer Bürgerrecht und die Volljährigkeit genügt.

2.2. Konfliktlösungsmechanismen innerhalb archaischen Gesellschaften

Es gab keinen Staat, der das Recht durchsetzen konnte.

2.2.1. Germanische Stammesrechte (Bsp. Lex salenica)

Das germanische Stammesrecht zeichnete sich durch folgende Eckpfeiler aus:

1. Bussenkataloge
2. Reziprozität
3. Präsenz des Dritten
4. Ersetzen der Rache durch Sühne
5. Ehrzentrische Gesellschaften

a) Bussenkataloge

Um Fehden zu vermeiden und das Blutvergiessen zu beenden, wurde ein Bussenkatalog eingeführt.

- b) Reziprozität
Körperverletzungen mussten je nach Art des verletzten Körperteiles mit Geld entschädigt werden. Je wichtiger ein Körperteil, desto höher war die Busse. Die Geldbeträge wurden in der Regel mit Vieh bezahlt.
- c) Präsenz des Dritten
Die Gerichtsprozesse wurden meist in Anwesenheit von Dritten durchgeführt. Der Dritte bekräftigte die Ehrhaftigkeit des Klägers oder des Beklagten.
- d) Ersetzen der Rache durch Sühne
Die Rache sollte durch die Sühne abgelöst werden. Indem anstelle einer immerwährenden Fehde Bussen bezahlt wurden, konnte verhindert werden, dass die Fehde immer neue Opfer nach sich zog, die ebenfalls gerächt werden mussten. Der Kreislauf der Blutrache konnte durchbrochen werden.
- e) Ehrzentrische Gesellschaft
Die Gesellschaften waren sehr fragil. Der Stuserhalt der Gesellschaften war sehr wichtig. Durch das Bezahlen eines Bussgeldes wurde der Schädiger entreichert und der Geschädigte bereichert. Die Statusgleichheit wurde wieder hergestellt.

2.2.2. Der archaische Prozess

Merkmale des archaischen Prozesses

Der archaische Prozess wies folgende Merkmale auf:

- a) Öffentlichkeit
(heute: Geschworenengericht)
- b) Mündlichkeit und Förmlichkeit (Ritual)
Heute werden Strafverfahren mündlich durchgeführt.

Das Ziel bestand in der Erlangen eines Beweisurteils. Der Richter entschied nicht materiell sondern legte fest, ob der Angeklagte einen Beweis erbringen konnte oder nicht. In einem Zivilverfahren wurde festgelegt, wer den Beweis erbringen muss und wie der Beweis erbracht werden muss.

Wurde jemand zum Beweis zugelassen, sollte der Entscheid durch eine höhere Gewalt herbeigeführt werden.

Beweisformen

- a) Gottesurteil (Ordal)
- b) Eid = bedingte Selbstverfluchung

Gerichtsstruktur

Richter = Herrschaftsvertreter, Verfahrensleiter
Urteiler = Dinggenossenschaft, Schöffen

Es gab kein mehrstufiges Gerichtsverfahren mit einer Appellationsmöglichkeit. Der erstinstanzliche Entscheid war endgültig. War der König jedoch im betreffenden Gebiet, konnte die Angelegenheit ihm unterbreitet werden. Der König konnte die Gerichtsverfahren auch an sich reißen.

Zeter mordio

Hatte jemand einen anderen auf frischer Tat ertappt (Bsp. beim Stehlen), konnte er Zeter Mordio schreien und ihn zum Richter schleppen.

2.2.3. Das Reichskammergericht (1495)

Das Reichskammergericht war ein Berufungsgericht. Die Richter waren vollamtlich tätig. Die duale Struktur wurde beibehalten:

Kammerrichter	Vertreter des Kaisers
Beisitzer	Vertreter der Stände

Die Anforderungen an die fachlichen Ansprüche waren gestiegen. Der Kaiser bestimmte den Kammerrichter. Die übrigen Richter wurden durch das Volk gewählt. Das Kammergericht durfte nicht am Sitz des Kaisers tagen. Es wurde Wert auf eine organisatorische und örtliche Trennung gelegt.

Die Regel das Regierungssitz und Sitz des höchstens Gerichtes getrennt sein müssen, wurde u.a. in der BRD und der Schweiz umgesetzt.

BRD

BGH (Bundesgerichtshof):	Karlsruhe
Sitz der Regierung:	Berlin (früher: Bonn)

BG (Bundesgericht):	Lausanne / Luzern
Sitz der Regierung:	Bern

In Frankreich, Italien und den USA haben die höchsten Gerichte ihren Sitz in der gleichen Stadt wie die Regierung.

2.3. Kontrastbild: Alte Eidgenossenschaft

Die Eidgenossenschaft hat sich erst 1806 vollständig vom Deutschen Reiche gelöst. Vorher hat die Eidgenossenschaft sehr viele Rechte und partielle Unabhängigkeit. Viele Reformen wurden vom deutschen Reiche nicht übernommen.

Intensive Rezeption im 13. – 14. Jahrhundert

Viele Schweizer haben in Bologna studiert. Sie lernten dort römisches und gemeines Recht. Diese Studenten wurden in der Schweiz Juristen, Notare, Staatsangestellte, Richter und Justizbeamte.

Ablehnung der Reichsreformen

Im Jahr 1495 / 1499 haben die Eidgenossen die Reichsreformen abgelehnt. Sie wollen keine Kriegssteuern zahlen. Es kam zum Schwaben / Schweizerkrieg. Die Eidgenossen haben diesen Krieg gewonnen.

Exemption

Die Gerichtsurteile der Eidgenossenschaft können nicht vom Reichskammergericht überprüft werden. Die Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft wurde im westfälischen Frieden von 1648 anerkannt.

Schweizerische Rechtspraxis

Die Eidgenossen haben die juristische Professionalisierung abgelehnt. Das Recht wurde von Laienrichtern gesprochen.

Ausnahme: Basel

Basel war eine Universitätsstadt. Dort fand eine Professionalisierung der Justiz statt. Die Rechtsprechung war vom Pragmatismus geprägt. Die Schweiz war sehr agrarisch geprägt. Durch das Aufkommen der Landwirtschaft und das Söldnerwesen haben die Städte die Vormachtstellung verloren.

2.4. Bürokratisierung und Professionalisierung (15. – 17. Jh.)

Im 15. bis 17. Jahrhundert kam es zu einer Professionalisierung. Beispiele sind die Idee der Gewaltenteilung von Montesquieu sowie die Reformen Friedrich des Grossen.

3. Justiz und Politik**3.1. Ausdifferenzierung der Justiz aus dem politischen System****3.1.1. Traditionelle Auffassung*****iurisdictio* als Bestandteil der herrschaftlichen Macht**

Die Idee der „iurisdictio“ ist, dass der Herrscher Recht sprechen kann.

Machtpruch als rechtmässige Ausübung der Rechte des Landesherrn

Der Landesherr kann jedes Verfahren jederzeit an sich ziehen. Er ist für die Wahrung des Friedens zuständig.

Die Idee der Gewaltenteilung ist relativ jungen Datums. Das Gericht ist unabhängig vom Staat.

3.1.2. Rationalisierungsbestrebungen des späten Absolutismus (Preussen)

Der alte Fritz gilt als guter Monarch. Er verstand sich als Diener des Staates und führte zahlreiche Justizreformen ein. Er war ein Absolutist. Die Justizreform sollte auch zu einer Rationalisierung führen.

Friedrich der Grosse anerkennt die Unabhängigkeit der Gerichte. Er führte jedoch eine Kodifikation ein. Die Richter sind weisungsfrei aber gesetzesgebunden. Die Richter sind an die Gesetze gebunden.

Er orientierte sich am Rechtspositivismus. Der Richter hat das Recht umzusetzen. Er muss das Recht buchstabengetreu umsetzen. Er darf das Recht nicht auslegen.

Müller-Arnold-Prozess (1779 – 1780)

Der Müller kann seine Mühle nicht mehr betreiben, weil ein Adliger einen Karpfenteich betreibt und kein Wasser mehr zur Mühle weiterleitet. Der Müller hat keine Einnahmen mehr und kann die Pacht nicht mehr bezahlen. Der Pächter betreibt den Müller für die ausstehende Pacht.

Der Müller veranlasst viele Prozesse und verliert alle Prozesse. Am Schluss wird seine Mühle zwangsversteigert. Die Mühle wird durch einen Strohmann des Adligen ersteigert. Die Frau des Müllers schreibt Bittbriefe an den Kaiser.

Der Kaiser nimmt sich der Sache an und kassiert den Prozess. Er lässt die urteilenden Richter einsperren und hebt das Urteil auf. Der Müller bekommt seine Mühle zurück.

Reformation des preussischen Gerichtswesen

Die Reorganisation des Gerichtswesens verfolgte folgende Ziele:

- a) Prozessbeschleunigung
- b) Obligatorische Schlichtungsverfahren
- c) Schwächung der Verhandlungsmaxime
Die Parteien müssen zur Wahrheitsfindung auch im Zivilprozess beitragen. Dies ist im Gegensatz zum heutigen Zivilprozess.
Der Anwalt ist nur den Interessen seines Klienten verpflichtet.
- d) Abschaffung der Anwaltschaft (1781)
Die Anwälte wurden durch Beamte ersetzt.
Die Beamte müssen den Richter bei der Wahrheitsfindung helfen.
Da dieses System nicht funktionierte, wurde es abgeschafft.

Strenge Disziplinierung und Kontrolle des Gerichtspersonals

- a) Das Gerichtspersonal soll besser ausgebildet werden.
So sollen qualitative Mängel behoben werden.
- b) Bekämpfung der Korruption u.a. durch Gerichtsvisitationen.
(Bsp.: Heinrich von Kleist / Der zerbrochene Krug)
Der von Berlin geschickte Visitor deckt die Verfehlungen des Dorfrichters Adam auf. Er wird verhaftet.

Bürgerliche Interessen

- a) Ausgliederung der Rechtspflege als Garantie ‚korrekter‘ Rechtsprechung
- b) Gesetzesbindung als Garantie egalitärer Rechtsprechung
-> Willkürvermeidung -> kein Ermessen
Der Richter soll kein Ermessen mehr haben. Er soll die Gesetze strikt anwenden wie ein Subsumptionsautomat. Der Sachverhalt wird oben eingegeben und unten kommt der Urteilspruch heraus.
- c) Unpolitischer = gesetzesgebundener Richter

Das Bürgertum teilt die Ansicht des Herrscher bezüglich der Unabhängigkeit des Richters. Die unabhängige Richter soll die Macht der Adligen brechen.

3.2. Der falsch verstandene Montesquieu

Montesquieu war Richter. Er gab sein Richteramt auf und begab sich auf Reisen u.a. auch nach England.

Montesquieu beschrieb die englischen Geschworenengerichte. Er hielt die englische Monarchie für eine sehr gute Monarchie. Die englische Monarchie hat mehr konstitutionelle Macht. Die höchste Macht lag in England beim Parlament.

Montesquieu wollte eine Machtbegrenzung und nicht unbedingt eine vollständige Gewaltentrennung. Er wollte eine Teilung der Gewalten und keine Gewaltentrennung.

Die englischen Geschworenengerichte zeichneten sich durch folgende Prinzipien aus:

- a) Bouche de la loi
Der englische Richter hat im Geschworenengericht kein Ermessen.
- b) Puissance invisible et nulle
Die Gerichte werden bei jedem Kriminalfall neu zusammengesetzt.
Es handelt sich um „ad hoc Gerichte“
Dies soll die Unabhängigkeit des Gerichts stärken.

Die Idee der Gewaltenteilung soll die Macht begrenzen. Dies kommt im System der „check and balances“ in der angloamerikanischen Justiz zum Tragen.

3.3. Liberales Justizmodell

Das liberale Justizmodell zeichnet sich durch folgende Eckpunkte aus:

- a) Professionalisierung
- b) Rechtspositivismus
Die Richter sind an die Gesetze gebunden. Sie haben kein Ermessen.
Subsumtionsautomat
-> Kodifikation und Auslegungsregeln
Die Moral, Religion und Sitte soll zur Auslegung nicht herangezogen werden.
- c) strengste Gewaltentrennung
- d) Diskrepanz zwischen Unabhängigkeitsdogma und Realität der Rechtsprechung
- e) Unabhängigkeit der Justiz vs. Abhängigkeit der Justizbeamten
- f) Strenge Gesetzesbindung vs. Richterrecht
Das Gesetz hat immer Lücken. Der Richter muss deshalb bei Gesetzeslücken zur richterlichen Rechtsfindung kommen.
- g) Gesetzesbindung vs. Präjudizienbindung
In der Regel berücksichtigt das Kantonsgericht die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

3.4. Das Geschworenengericht

Das Geschworenengericht ist eine Abkehr von der Professionalisierung. In Strafsachen sollen Laienrichter über Schuld oder Unschuld entscheiden.

Gründe für Geschworenengerichte waren:

- a) Das Volk soll an der Rechtsprechung beteiligt werden.
- b) Die bürgerlichen Freiheiten sollen geschützt werden.
- c) Misstrauen gegenüber der Beamtenjustiz

In Kontinentaleuropa wurden die dualistischen Gerichtsmodelle wiedereingeführt. Es gab eine Mischung von Laien und Berufsrichtern.

- a) Vorbild England (Montesquieu)
 - > Die Geschworenen urteilen nur über die Schuldfrage. Das Strafmass wird vom Richter festgelegt.
- b) Modell Frankreich (1808)
 - > Tatfrage
Die Geschworenen dürfen nur darüber urteilen, ob ein Verbrechen stattgefunden hat oder nicht. Sie dürfen nicht über die Schuld des Angeklagten urteilen. Dafür sind Berufsrichter zuständig.
- c) Modell Deutschland (1924)
 - > Zusammenwirken von Berufsrichtern und Geschworenen
Die Berufsrichter und die Geschworenen müssen gemeinsam ein Urteil finden.

4. Richterpersönlichkeit und Rechtsfindung

4.1. Ausgangspunkt

Montesquieu vertrat die Idee der Gewaltenteilung. Legislative, Exekutive und Judikative sind drei von einander unabhängige Gewalten. Gemäss Montesquieu soll der Richter nur noch die Strafe festlegen. Ob der Angeklagte schuldig oder unschuldig ist, soll die Jury festlegen. Dieses französische Modell setzte sich langsam in ganz Europa durch.

4.2. Gesetzespositivismus

Der Gesetzespositivismus vertrat die Meinung, dass als einzige Rechtsquelle das geschriebene Recht zu gelten habe. Andere Rechtsquellen sind nicht zulässig. Der Richter darf keine Gesetze auslegen.

Dies ist jedoch schwierig, da Gesetze nicht so formuliert werden können, dass sie für alle Lebenslagen gelten.

4.3. Antipositivistische Kritik um 1900

Um das Jahr 1900 kam die antipositivistische Kritik auf, welche sagte, dass auch der Richter Gesetze auslegen könne. Aus dem Antipositivismus entwickelte sich die Freirechtsschule.

4.4. **Freirechtsschule**

Die Freirechtler wollten, dass der Richter mehr Freiheiten hat. Sie stellten sich den idealen Richter mit einer perfekten Persönlichkeit vor. Der Richter soll kein Technokrat sein sondern vielmehr seiner Intuition (seinem Rechtsgefühl) folgen können. Dies soll einen idealen Richter geben, der eine enorme Charakterstärke hat und über technisches Wissen verfügt. Dieser Richter soll durch seine Rechtsprechung das Recht aktiv beeinflussen können und auch Recht schaffen können. Die Freirechtler fragten sich, wie Sie einen solchen Richter züchten können. Sie stellten sich diesen Richter als eine Art Übermensch vor.

Die Kritik an der Freirechtlern sagt, dass die Freirechtler durch ihr rechtliches Verständnis den Nationalsozialismus gefördert und die Praxis für das nationalsozialistische Gerichtswesen geschaffen haben. Diese Kritik ist ungerechtfertigt, da viele Freirechtler von den Nationalsozialisten geflüchtet sind.

4.5. **Interessenjurisprudenz**

Ein Vertreter der Interessenjurisprudenz war Philipp Heck. Die Interessenjurisprudenz hat erkannt, dass das Recht Lücken aufweist, welche geschlossen werden müssen. Zuständig für das Füllen der Lücken ist der Richter. Er muss sie jedoch systemkonform füllen und das Recht weiterentwickeln. Der Richter hat sich der fünf Auslegungsmethoden zu bedienen.

4.6. **Eugen Huber**

Eugen Huber hat auch erkannt, dass die Schweizer Gesetze dem Richter die Freiheit geben muss, Lücken in der Gesetzgebung zu schliessen.

4.7. **Legal Realism**

Die Idee des Legal Realism entstand um das Jahr 1920. Diese Idee wurde durch Richter des Obersten Gerichtshofes geprägt. Unter Legal Realism wurde „law in action“ verstanden. Dieses „law in action“ befasste sich mit der praktischen Anwendung des Rechts.

Im amerikanischen Rechtssystem hat der oberste Gerichtshof einen wesentlich höheren Einfluss auf die Gesetzgebung und Gesetzesanwendung. Der Grund liegt im „Case Law“. Im amerikanischen Rechtssystem ist die Kodifizierung weniger weit fortgeschritten als im europäischen Rechtssystem. Die Richter orientieren sich an Präjudizienrecht.

5. **Totalitarismus: Ein Zwischenspiel?**

5.1. **NS-Herrschaft**

Vorgeschichte

Es setzte eine Kritik am Liberalismus und am Parlamentarismus ein. Adolf Hitler setzte auf reaktionäre Strömungen der 30er Jahre.

Chronologie der Machtübernahme

- 30.01.1933 Hitler wird Reichskanzler
- 27.02.1933 Reichstagsbrand
Es wird ein holländischer Kommunist verhaftet und der Brandstiftung angeklagt.
- 28.02.1933 Notverordnung
- 05.03.1933 Neuwahlen
- 23.03.1933 Ermächtigungsgesetz
- 29.03.1933 Reichstagsbrandverordnung; Parteiverbot; Gleichschaltung der Länderregierungen und der Verwaltung
In der Reichstagsbrandverordnung wird rückwirkend die Todesstrafe für Brandstiftung eingeführt. Alle anderen Parteien werden verboten.
- Juni 1934 Eliminierung der SA und weiterer politischer Gegner
- 03.07.1934 Nachträgliche Legalisierung dieser Taten durch das „Gesetz über Massnahmen der Staatsnotwehr“
- Juli 1934 Carl Schmitt:
„Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft.“
- Carl Schmitt war ein bedeutender Staatsrechtler der 30er Jahre. Durch seine Schriften hat er die Ermordung der „SA Führerclique“ juristisch legitimiert.
- 02.08.1934 Tod Hindenburgs; Hitler wird Reichspräsident, „Oberhaupt des Deutschen Reichs“
Einschränkung bzw Aufhebung rechtsstaatlicher Prinzipien -> militarisierter, autoritärer Einheitsstaat
Ausbildung rivalisierender Machtzentren um zentrale Führerfigur
Diskriminierung und Verfolgung der Minderheiten, insbes. Juden
- 1935 Nürnberger Gesetze
Die Juden verlieren sämtliche Rechte. Sie werden ausgebürgert und stehen nicht mehr unter dem Schutz des Gesetzes.
- 1938 Reichskristallnacht, Beginn der Endlösung

5.2. NS Rechtsordnung

Das bürgerliche Gesetzbuch galt weiterhin. Die NS-Diktatur hat sich verschiedener Methoden bedient, um der NS-Ideologie Rechtsgeltung zu verschaffen.

Beispiele dafür sind:

- a) Neuinterpretation bestehender Gesetze
Bsp.: Verträge mit Juden sind unsittlich.
- b) Aufhebung des Rückwirkungsverbotes

5.3. NS Rechtsprinzipien

- a) Führerprinzip
Der Führer ist der oberste Gerichtsherr. Sein Wort gilt als Gesetz.
- b) Völkische Idee (Larenz: *Volksgenosse = Rechtsgenosse*)
Die Artgleichheit (biologische / rassische Definition) ist entscheidend. Larenz war ein berühmter Zivilrechtler. Er prägte im Zivilrecht den Grundsatz, dass nur ein Volksgenosse ein Rechtsgenosse sein kann. D.h. Nur ein Mitglied der Volksgemeinschaft kann von den Rechten des Zivilrechts profitieren wie z.B. Eigentumsgarantie, Vertragsfreiheit. Nichtvolksgenossen haben keine Rechte.
- c) Rassegedanken
Volksgenosse kann nur ein Arier sein. Wer kein Arier und somit auch kein Volksgenosse ist, hat keine Rechte.
- d) Totaler Staat
Es gibt kein Individuum mehr. Das Individuum hat sich dem Volkswillen zu unterordnen. Es zählt nur der Wille des Kollektivs. Da es kein Individuum mehr gibt, gibt es keine Individualrechte mehr.

5.4. NS-Umgang mit dem Recht

- a) Instrumentalisierung
Das Recht wird instrumentalisiert. Es dient dazu, die NS-Ideologie umzusetzen.
- b) Gesteuerte Auslegung = Einlegung
Anstelle der Auslegung kommt es zur Einlegung. Das römisch rechtliche BGB wird neu eingelegt.
- c) Neues Rechtsquellenkonzept
Die oberste Rechtsquelle ist der Wille des Führers. Der Wille des Führers kommt in den Äusserungen des Führers zum Ausdruck.
- d) Gesundes Volksempfinden
=> Recht = Volksempfinden = Urquelle / Wesen des Rechts

- e) Orientierung an Partei und Führer
Die Richter hat sich an den Äusserungen des Führers und dem Willen der Partei zu orientieren.
- f) Ewiger Kern: völkisch-rassisch-germanisch
Grundlage der nationalsozialistischen Ideologie ist die Vorherrschaft der germanischen Rasse.
- g) Totale Durchdringung des Rechts
Das Recht dient zur Umsetzung der Nationalsozialistischen Ideologie.

5.5. NS-Justiz

- a) Richter als Glied des Volkes
- b) Gesundes Volksempfinden als Leitprinzip
- c) Innensteuerung der Justiz
 - a) Richterbriefe
Die Richter erhielten Anweisungen, wie sie zu urteilen haben.
 - b) Vor- und Nachschau der Gerichtsurteile
War der Staat mit den Urteilen nicht einverstanden, wurden die Urteile nachträglich korrigiert.
- d) Richterliche Unabhängigkeit?
Die Richter waren zwar formell unabhängig. Durch die Richterbriefe und die Vor- und Nachschau der Gerichtsurteile, war ihre Unabhängigkeit jedoch eingeschränkt.

6. Staatliches Strafrecht

6.1. Frühneuzeitliche Strafzwecklehre

Benedict Carpzov hat 1635 ein Buch über die Strafrechtspflege in Sachsen geschrieben. Er war reformiert und ein Anhänger Luthers.

Grundlage des Strafrechts war die Bibel sowie die Constitutio Criminalis Carolina (CCC). Die Constitutio Criminalis Carolina war die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Sie wurde im Jahr 1532 geschrieben. Die Strafen wurden religiös begründet. Die Strafen sollten abstrecken (Generalprävention) sowie eine Sühnefunktion haben.

Die Todesstrafe für Mörder und Totschläger muss zwingend der Tod sein, da sich der Mörder oder Totschläger anmass, über Leben und Tod zu entscheiden. Dieses Recht steht jedoch nur Gott zu.

Das Verbrechen wurde als Tat des Bösen angesehen.
Beispiel: Der Teufel hat dem Vater aufgetragen, er solle seine Kinder töten. Die Strafe dient der Besänftigung des göttlichen Zorns. Das Mittelalter kannte nur körperliche Strafen.

Es gab sehr oft spiegelnde Strafen.
Z.B. wurden dem Meineidigen die Schwurfinger abgehackt, die Hexen wurden verbrannt (das Feuer sollte reinigend wirken), die Diebe wurden gehängt (dies galt als unehrenhafte Strafe). Nur die Adligen wurden geköpft.

Der Richter hatte ein grosses richterliches Ermessen (Poena extraordinaris).

6.2. Entstehung des öffentlichen Strafrechts im Frühmittelalter

Strafrechtliche Delikte galten als Friedensbruch und müssen deshalb vom Herrscher geahndet werden. Die Politik übernimmt die Kontrolle der physischen Gewalt. Die christliche Gerechtigkeitsethik prägt das Strafrecht.

Der Herrscher muss für das Gemeinwohl zuständig sein. Er hat für eine gute Ordnung (Policey) zu sorgen.

Die Glaubensspaltung (Katholiken / Protestanten) führte zu einer Theologisierung des Strafrechts. Die Privatjustiz sollte eingedämmt werden.

Der Teufel ist für das Böse verantwortlich. Er kann sich sowohl Menschen als auch Tieren bedienen. Im Mittelalter wurden deshalb auch Tiere strafrechtlich verurteilt. Die Todesstrafe bzw. die Hinrichtung wurde als Sieg über das Böse gesehen.

6.2. Theater des Schreckens

Damit Strafen abschreckend wirken, muss die Öffentlichkeit anwesend sein. Hexen wurden u.a. auch gefoltert, weil die Leute meinten, der Körper der Hexe sei vom Teufel besessen. Der Körper der Hexe soll durch die Folter und die körperlichen Strafen von der Besessenheit des Teufels gereinigt werden.

Es gab eine andere Körperwahrnehmung. Die Gewalt war alltäglich präsent. Es kam zu einer Kombination von tiefster Grausamkeit und tiefstem Mitleid. Die Qualen im Diesseits helfen einem die Qualen der Jenseits zu überleben. Das Rädern und Vierteilen galt als göttliche Strafe, da die vier Himmelsrichtungen symbolisiert wurden. Der Körper diente als Bühne für das Recht.

6.3. Aufgeklärtes Strafrecht

6.3.1. Säkularisierung und Humanisierung des Strafrechts

Es kam zu einer Humanisierung und Säkularisierung des Strafrechtes. Vorbereiter waren Grotius und Pufendorf. Sie vertraten die Idee des säkularisierten Naturrechts.

6.3.2. Aufgeklärter Absolutismus

Thomasius war für die Abschaffung der Folter. Er vertrat die Meinung, dass unter der Folter erzwungene Geständnisse wertlos seien. Er schaffte es, König Friedrich II. von der Abschaffung der Folter zu überzeugen. Die Folter war ein prozessuales Mittel und keine Strafe.

Die Körperstrafen sollen gemäss Beccaria durch Zwangsarbeit ersetzt werden. Das Problem war jedoch, dass bei der Zwangsarbeit sehr viele Menschen starben.

Die Idee der Generalprävention nahm ab. Das Besserungsmotiv (Montesquieu / 1748) gewann an Bedeutung. Montesquieu (1748) vertrat die Meinung, dass die Freiheitsstrafe proportional zur begangenen Tat sein soll.

6.3.3. Beccaria

Beccaria argumentiert alleine mit der Vernunft. Er greift zurück auf den Gesellschaftsvertrag. Es gab zwei Ideen über die Menschen.

Thomas Hobbes ging vom Menschenbild aus, dass der Mensch generell schlecht sei. Er müsste deshalb seine Rechte einem Dritten abtreten.

Die Gegenposition wurde von John Looke entworfen. Er ging davon aus, dass der Mensch grundsätzlich gut ist und er deshalb nur die absolut notwendigen Rechte abgeben muss.

Beccaria fährt auf der Argumentationslinie von John Looke. Er vertritt die Meinung, dass nur so viele Rechte abgetreten werden sollten, als unbedingt notwendig sind. Er vertritt auch die Meinung, dass ein Mensch sein Leben nicht an einen anderen Menschen abtreten kann und die Todesstrafe deshalb nicht zulässig sei. Begründet wurde dies mit dem Gesellschaftsvertrag und psychologischen Instrumenten. Gemäss ihm war die Todesstrafe nur zulässig, bei der Ahndung von Staatsverbrechen. Der Staat muss generalpräventiv wirken. Die Strafverfolgung muss effizient sein. Die grausame Art der Todesstrafe wurde abgeschafft. Die Todesstrafe selber wurde nicht geschafft.

6.3.4. Kant

Kant lehnt die relativen Strafrechtstheorien ab. Die Vergeltung soll der Wiederherstellung der gemeinsamen Ordnung und der Gerechtigkeit dienen. Das Gesetz soll befolgt werden. Kant ist es egal, weshalb das Gesetz beachtet wird. Ob dies nun aus Angst vor Strafe oder aus Einsicht befolgt wird. Aufgabe des Staates ist der kategorische Imperativ. Die absolute Gerechtigkeit fordert die Vergeltung.

Kant lehnt den Erziehungsgedanken und den Utilitarismus des Strafrechts ab. Er lehnt sämtliche Gedanken an einen staatlichen Zwang ab. Die Aufgabe des Staates ist es, die äussere Freiheit der Menschen zu schützen.

Kant wollte im Strafrecht das Prinzip der Gleichheit einführen. Der Strafe des Täters muss mit seinen Verfehlungen übereinstimmen. Er will nicht explizit das Talionsprinzip angewandt haben. Auch eine Freiheitsstrafe kann bei einem Diebstahl angemessen sein. Die Dauer der Freiheitsstrafe muss jedoch dem Wert der gestohlenen Waren entsprechen. Kant befürwortete die Todesstrafe bei vorsätzlicher Tötungen und Mord.

6.3.5. Kategorischer Imperativ nach Kant

Einige Begriffe zum „Kategorischen Imperativ“ nach Kant:

- a) Imperativ
Ein Sollen, also eine Aufforderung: „handle“
- b) Hypothetischer Imperativ:
wenn ... dann ...
- c) Kategorischer Imperativ
Verallgemeinerungsfähige subjektive Grundsätze des Handelns
„Handle sittlich“
- d) Kategorischer Imperativ des Strafrechts
„Handle sittlich, töte nicht!“
- e) Hypothetischer Imperativ des Strafrechts
„Tötest du, so tötest du dich selbst, so sollst du sterben!“

6.4. Strafvollzug und modernes Gefängniswesen

Im Mittelalter und früherer Neuzeit diente das Gefängnis vor allem der Untersuchungshaft. Bsp. waren der Luzerner Wasserturm und der Sempacher Hexenturm.

Straffällige, welche nicht mit dem Tode bestraft wurden, wurden als Arbeitspotential an die Galeerenbesitzer verkauft. Sie mussten sich dort zu Tode arbeiten.

Die Freiheitsstrafe der frühen Neuzeit wurde als soziale Fürsorgemassnahme verstanden.

Mit der Reformation kam es zu einer Neubewertung der Armut. Die Armut wurde als Untugend angesehen. Die calvinistische Berufs- und Arbeitsethik hatte auch Auswirkungen auf das Gefängniswesen. Das Zuchthaus kam auf. Das Ziel des Zuchthauses war die Erziehung zu Arbeit.

Das erste Zuchthaus wurde 1555 in Bridewell (England) gegründet. Die Holländer zogen nach.

In Amsterdam wurden folgende Zuchthäuser gegründet:

- a) 1595 Männerzuchthaus (Tuchhuis)
- b) 1597 Frauenzuchthaus (Spinhuis)
- c) 1603 Secretes Zuchthaus

Es galt harte Arbeit und strengste Disziplin. Die Resozialisierungsidee kam auf. Der Versorgungsgedanke wurde mit strafrechtlichen Sanktionen kombiniert. Das Zuchthaus hatte auch eine wirtschaftliche Seite. Von der Zwangsarbeit der Häftlinge konnte profitiert werden. Der Körper- und Verstümmelungsstrafen wurden durch Zuchthausstrafen ersetzt.

6.4.1. Absolutismus

Das Ziel der Zuchthausstrafe war:

- a) Staatliches Präventionsrecht
- b) Vollzug der Strafe (Strafvollzug)
- c) Erziehungsgedanke

6.4.2. Aufklärung

- a) Montesquieu
 - präventive staatliche Erziehungspflicht
 - Proportionalität zwischen Verbrechen und Strafe
 - Humanisierung des Strafrechts
 - => Prinzip der Reizschwelle
- b) Voltaire (1694 – 1778)
 - Priorität der Prävention:
 - "*La véritable jurisprudence est d'empêcher les délits.*"
 - Rechtfertigung der Strafe ausschliesslich aus ihrer Nützlichkeit
 - Merke:** Humanisierung hat immer einen utilitaristischen Hintergrund!
 - Utilitarismus bedeutet Nützlichkeit. Die Humanisierung der Strafe soll Nützlich sein. Die Rückfallquote soll gesenkt werden.

6.4.3. Reformdiskussion im späten 18. Jahrhundert

Mit Aufkommen des Merkantilismus bekam das Gefängniswesen eine wirtschaftliche Bedeutung. Die Arbeitskraft der Häftlinge wurde wirtschaftlich genutzt und Gefängnisse wurden privatisiert.

Johan Howard (*The State of the Prison*, erschienen 1777) und Wagnitz waren für eine Gefängnisreform.

6.4.4. Übergang zum modernen Gefängniswesen (19. Jh.)

Ein Vertreter des modernen Gefängniswesens war Jeremy Bentham (1787). Er wollte die Gefängnisse auch architektonisch reformieren. Er führte das Panoptikum ein. Das Gefängnis war ein Rundbau. Die Wärter waren in der Mitte des Rundbaues und konnten die Gefangenen überwachen. Die Gefangenen wurden in Einzelzellen gehalten.

Mit dem Panoptikum bzw. der Freiheitsstrafe sollten folgende Ziele verfolgt werden:

- a) Die Gefangenen wurden in Einzelzellen gehalten und konnten so permanent überwacht werden.
- b) Mit der Gefängnisstrafe konnte die Tat genau quantifiziert werden. Je nach Schwere der Tat, konnten unterschiedlich lange Freiheitsstrafen verhängt werden.
- c) Die Freiheitsstrafe diente der Erziehung des Täters. Der Täter konnte umgeformt werden.

6.4.5. US-Gefängnismodelle

"Solitary system"

- a) Philadelphia (1790): strengste Einzelhaft ohne Beschäftigung
Der Täter soll Zeit erhalten, um sich intensiv mit seiner Tat beschäftigen zu können.
- b) Eastern Penitentiary of Cherry Hill (1829): Arbeitszwang in der Einzelhaft

"Silent system"

Auburn (1823): Gemeinsame Tagesarbeit mit Schweigegebot und nächtlicher Isolierung

Der alte Mensch soll in seiner Identität vernichtet werden. Er soll mit einer neuen Identität aus dem Gefängnis entlassen werden. Dies entsprach auch dem quäkerischen Ideal.

6.4.6. Europa

Pentonville bei London (1840) als Nachahmung des Eastern Penitentiary
Progressivsystem: Einzelhaft und Fortsetzung in den australischen Kolonien mit freier Ansiedelung.

6.4.7. Liberales und „soziales“ Strafrecht

Es gab immer wieder Diskussionen um das Recht auf Freiheit und der Schutz des Staates vor Unordnung. Diese beiden Forderungen beißen sich. Damit der Staat sich vor Unordnung schützen muss, muss er diejenigen, welche Unordnung schaffen, bestrafen können und sie in Gefängnisse einsperren und ihnen die Freiheit entziehen können.

6.5. Das Strafrecht und die Rechtsphilosophie

6.5.1. Immanuel Kant (1724 – 1804)

Immanuel Kant war staatsgläubig. Der Staat hat das Recht einen Mörder zu töten.

6.5.2. Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775 – 1833)

Paul Johann Anselm von Feuerbach ging von einem Menschen mit einem freien Willen aus. Der Täter ist für ihn ein vernunftbegabter Mensch. Das Zweck des Strafrechtes ist die Abschreckung der potentiellen Täter. Er ging davon aus, dass die Bürger das Strafgesetzbuch durchlesen und durch die angedrohten Strafen von der Begehung der Straftaten abgeschreckt werden. Die Strafe soll die Tatmotivation steuern. Die Strafgesetzbücher von Anselm vom Feuerbach dienen der Abschreckung der potentiellen Täter. Er wollte die Täterpersönlichkeit und die sozialen Komponenten nicht berücksichtigt haben. Er vertrat die reine Vergeltungstheorie.

Das Gleichheitsprinzip verbietet die Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit. Es muss allein die Tat beurteilt werden.

Zweck der Strafe

Feuerbach lehnte die Spezialprävention ab. Er lehnte die reine Vergeltung ab. Der Zweck der Strafe besteht in einer reinen Generalprävention. Das Strafgesetzbuch soll alle Bürger von strafbaren Handlungen abhalten.

Nulla poena sine lege

Er vertrat das strenge Legalitätsprinzip. Das Strafrecht soll die Freiheit der Bürger garantieren. Das Legalitätsprinzip soll den Machtmissbrauch des Staates verhindern. Das Strafgesetzbuch schützt den Bürger vor dem Staat. Das Strafrecht war früher ein Mittel des Herrschers, um seine Herrschaftsansprüche durchzusetzen. Der Schwerpunkt des Strafgesetzbuches liegt bei der Strafandrohung. Es sollen fixe Strafen verhängt werden. Der Strafrichter soll kein Ermessen haben. Das preussische Strafgesetzbuch und der code pénale führte zu einer Zunahme der Strafhärte.

Der Grundsatz „Nulla poena sine lege“ führte auch zu einem Rückwirkungsverbot. Der Täter muss im vornherein genau wissen, wie hoch seine Straftaten zum Zeitpunkt der Tat ist. Das Schuldprinzip wurde eingeführt.

Ablehnung des Sozialisierungsgedanken

Feuerbach lehnte den Sozialisierungsgedanke ab. Der Strafvollzug wurde sekundär. In den Strafvollzug wurde nicht mehr investiert.

Rückwirkungsverbot / Analogieverbot

Das Problem des Rückwirkungsverbotes stellte sich auch bei den Naziprozessen und den Mauerschützenprozessen.

6.5.3. Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770 – 1831)

Hegel vertrat die reine Vergeltungslehre. Soziale und psychologische Erwägungen sollen nicht berücksichtigt werden. Der Straftäter muss bestraft werden, weil er das Strafgesetz verletzt hat. Eine weitere Legitimation ist nicht notwendig.

Die Straftat ist eine Verletzung (Negation) des Rechts. Die Strafe ist die Rücknahme der Verletzung (Negation der Negation). Der Verbrecher wird durch die Bestrafung als Vernunftwesen anerkannt. Hegel ging vom Verbrecher als ein Wesen mit einem freien Willen aus.

Gemäss Hegel ist der Staat einfach gegeben. Er ist a priori da. Der Staat muss sich für die Bestrafung nicht legitimieren. Hegel vertrat eine Philosophie des absoluten Staates. Der Staat muss sich für seine Existenz nicht rechtfertigen. Diese Idee wurde von den Nationalsozialisten aufgenommen und Hegel wurde verehrt.

6.5.4. Franz von Liszt

Franz von Liszt war ein Cousin des berühmten Musikers Franz von List. Er war Jurist.

Franz von Liszt stand für den Übergang vom sozialen zum liberalen Strafrecht. Er vertrat den Zweckgedanken. Die Strafe muss einen Zweck erfüllen. Der Zweck der Strafe ist nicht Rache oder Vergeltung. Das Strafrecht soll dem Rechtsgüterschutz dienen. Das Strafrecht ist präventiver Rechtsgüterschutz.

Das Strafrecht soll dem Gesellschaftsschutz dienen. Es soll dem gesellschaftlichen Wandel dienen. Das Strafrecht ist eine Grenze. Es soll ein Bollwerk des Bürgers gegen den Staat sein. Das Strafrecht sollte die Magna Charta des Straftäters sein, welche ihn gegen die Willkür des Staates schützt.

Die Kriminalpolitik und die Kriminologie (Lehre von der Kriminalität und den gesellschaftlichen Hintergründen) kommen auf. Es findet eine Abkehr von der absoluten Strafzwecktheorie zur relativen Strafrechtstheorie und zur General- und Spezialprävention statt. Der Strafvollzug wird aufgewertet.

Der Strafvollzug soll am Tätertyp orientiert sein. Dies führte zu einer flexibilisierten Strafe. Die fixen Strafen werden abgeschafft.

Franz von Liszt lehnte die klassische Schule der Hegelianer ab. Der Vergeltungsgedanke wird abgelehnt. Er war Anhänger der Vereinigungslehre. Es muss je nach Tätertyp gestraft werden, weil gefehlt worden ist (absolute Strafrechtstheorie) und es muss gestraft werden, damit in Zukunft nicht mehr gefehlt werden wird (Spezialprävention).

Das Schweizerische Strafrecht führte als 1. Strafgesetzbuch der Schweiz Massnahmen neben Strafen ein. Es wurden soziologische und medizinische Erkenntnisse berücksichtigt.

6.6. Die Strafrechtswissenschaft

Die Kriminalität sollte mit kriminologisch-soziologischen Methoden erklärt werden. Das Verbrechen wurde als soziale Erscheinung verstanden. Es wurde nach den kausalen Ursachen des Verbrechens gesucht und die Wirkungsmöglichkeiten der Strafe wurde untersucht.

Auguste Comte wollte die Kriminalität empirisch untersuchen. Er führte die Kriminalitätsstatistik ein. Die Kriminologie als Teil der Soziologie wurde eingeführt. Die Psychiatrie befasste sich mit dem Verbrechen. Er verlangte eine interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Fachgebieten.

Karl Binding vertrat die Gegenposition: (Hegelianische Auffassung)

Der Strafzweck besteht aus folgenden Gründen:

- a) Das Strafrecht ist Vergeltungsstrafrecht.
Das Verbrechen ist eine Normübertretung.
- b) Die Strafe ist die Genugtuung für den Rechtsbruch.
- c) Die Täterpersönlichkeit soll nicht berücksichtigt werden.

Karl Binding vertrat eine rein begriffsjuristische Ausrichtung.

Franz von Liszt vertrat im Gegensatz zu Karl Binding die These, dass eine gesamte Strafrechtswissenschaft betrieben werden muss. Er grenzte sich somit gegen Hegel als auch gegenüber biologisch-antropologischen Denkweisen ab.

6.7. Kriminalanthropologie

Es kamen folgende Schulen und Theorien auf:

- a) Sozialdarwinismus
Das Recht des Stärkeren. Der Stärkere hat das Recht zu überleben und trägt dazu bei, dass die Überlebenden bessere Gene in sich tragen. Durch die Ausrottung der Schwachen wird die betreffende Gattung genetisch gestärkt.
- b) Cesare Lombroso (1836 – 1909)
Es schrieb das Buch „L'uomo delinquente“
(Der verbrecherische Mensch)

Er vertrat die Ansicht, dass Verbrechersmerkmale erkennbar seien (körperliches Aussehen). Seine Theorie wollte er durch die Vermessung von Verbrechern in Strafanstalten beweisen. Der geborene Verbrecher hat bestimmte erkennbare körperliche Merkmale. Der Verbrecher begeht aufgrund seiner Erbanlagen Verbrechen. Dies ist eine Abwandlung des Sozialdarwinismus.

- c) Enrico Ferri (Scuola positiva)
Die kriminal-sozialen Komponenten sollen stärker beachtet werden. Die Gefährlichkeit des Täters soll als Massstab dienen.

6.8. Strafrechtskodifikation (19. – 20. Jahrhundert)

Europäische Entwicklung

- a) Frankreich: Code pénal (1810)
- b) Bayern: StGB (1813) von Feuerbach
- c) Preussen: StGB (1851)
- d) Deutsches Reich: StGB (1871) => Klassische Schule
- e) Italien: Codice Zanardelli (1889)

Schweizerische Entwicklung

- a) Helvetik: Peinliches Gesetzbuch (1799)
Die Schweiz übernahm das französische Strafrecht.
- b) Kantonale StGB
- c) Im Jahr 1874 wurde dem Bund die Kompetenz gegeben, ein eidgenössisches Strafrecht zu entwerfen. Diese Kompetenz wurde erst 1942 umgesetzt.
- d) Carl Stooß machte einen Vorentwurf (1893)
- e) Das Strafgesetzbuch hatte eine langwierige Entstehungsgeschichte (1893 – 1942). Umstritten war, ob die Kantone ihre Gesetzeshoheit abgeben sollen und ob, die Todesstrafe abgeschafft werden soll.

6.9. Totalitäres Strafrecht

Vorbild war das Kriegs- und Kolonialstrafrecht.

Es gab folgende Bestimmungen:

- a) Brutalität der Strafen
- b) Schwächung der Gesetzesbindung
- c) Durchbrechung des Analogieverbotes
- d) Schwächung der Verfahrensgarantien
- e) Notrecht (Ermächtigungsgesetze)

6.10. Nationalsozialismus und Strafrecht

NS-Rechtsprinzipien

Der Führer ist die oberste Rechtsquelle. Das Recht gilt nur für die völkische Bevölkerung. Der andere Bevölkerungsteil hat keine Rechte.

Die Kieler Schule (1930 / E. Wolf, Schaffstein, Dahm)

- a) Autoritäres Strafrecht
- b) Verbrechen als Pflichtverletzung
Das Verbrechen ist Verrat an der Volksgemeinschaft.
Der Verbrecher wird als Volksschädling bezeichnet.
- c) Kritik an Spezialprävention
- d) Kritik an Täterfreundlichkeit

NS-Strafrechtsprinzipien

- a) zweckorientierung
Der Zweck des Strafrechts ist der Schutz des Volkes
- b) Das Strafgesetz ist ein Mittel der Politik
- c) Einheit von Recht und Moral
Was gegen die Moralvorstellungen spricht, muss bestraft werden.
- d) Straftat als Pflichtverletzung
- e) Nullum crimen sine poena
Kein schädliches Verhalten soll ohne Strafe bleiben.
- f) Aufhebung liberaler Grundsätze
Ziel soll die „materielle“ Gerechtigkeit sein.
- g) Abstellen auf „historische“ Argumente
 - a) Germanenmythologie
 - b) Das germanische Strafrecht wird gegen das römische Strafrecht ausgespielt.

Strafrechtsreformen

- a) 1933 -1935 Novellen
- b) 1936 StGB-Entwurf
Strafrecht ist Kampfrecht
- c) Kriegerrecht und Strafrecht
Für die besetzten Gebiete galt ein Sonderstrafrecht.

7. Herrschaft und Recht im Mittelalter

7.1. Mittelalterliches Herrschaftsverständnis

Im Mittelalter bestand kein Nationalstaat im Sinne des heutigen Staatsverständnisses.

Heute wird ein souveräner Staat als territorial abgegrenztes Territorium verstanden.

Im Mittelalter bestand lange die Vorstellung dass der Papst über dem Kaiser steht.

7.2. Die Kirche im Mittelalter

Die Kirche ist die einzige Institution, welche den Zusammenbruch der Antike überlebt hat. Die Kirche verstand sich als stärkste Organisation mit universeller Rechtsordnung. Das kanonische Recht hatte universelle Bedeutung und Geltung. Mit universeller Bedeutung wurde die damals bekannte Welt verstanden.

Nach 1200 musste sich die Kirche sowohl gegen innere Feinde (Häresie) als auch gegen äussere Feinde (weltliche Macht / Investiturstreit).

Die Kirche wird durch die Scholastik geprägt. Scholastik ist eine Arbeitsmethode, welche für alle Wissenschaftsbereiche (Theologie, Recht, Naturwissenschaften etc.) angewandt wird. Die Scholastik arbeitet mit Fragen und Antworten, Gegenargumenten etc. Sie stammt aus der griechischen Wissenschaft (Aristoteles).

7.3. Das kanonische Recht

Das Ziel des kanonischen Rechts war die Seelenheil für alle. Das kanonische Recht war ein „Case Law“. Es wurden mit Einzelfallentscheiden gearbeitet. Bsp. Aus Irland kam die Anfrage, ob Priester heiraten dürfen. Der Papst war der Meinung, dass das Zusammenleben im Konkubinat eine grössere Sünde ist, als die Heirat. Den irischen Priestern wurde deshalb die Heirat erlaubt. Im 16. Jahrhundert wurde den Priestern das Heiraten wieder verboten.

7.3.1. Naturrecht: Normtrias

Dies wurde von Thomas von Aquin eingeführt. Es besteht aus drei Ebenen.

1. Ebene: lex aeterna
Gesetz der göttlichen Weltregierung gemäss den im göttlichen Intellekt liegenden Ideen.
2. Ebene: lex naturalis
Spezifische intellektuelle Teilnahme der vernunftbegabten Kreaturen am Weltgesetz.

3. Ebene: lex humana
 Schlussfolgerung bzw. nähere Bestimmung des Naturgesetzes
 Unter „lex humana“ versteht man das positive Recht, d.h. das Recht, welche durch die Menschen gemacht werden. Die 1. und 2. Ebene ist unveränderbar. Die 3. Ebene ist veränderbar, da die Gesetze von den Menschen gemacht werden und der Mensch unvollkommen ist. Durch neuere Erkenntnis kann er neues Wissen gewinnen, welche eine Änderung der Gesetze notwendig machen.

Der Mensch soll durch die Beobachtung der Natur die göttlichen Gesetze erkennen. Er kann sie jedoch nicht vollständig erkennen.

7.3.2. Zentralität der Billigkeit

Kirchliches Recht war lange Zeit „Fallrecht“. Es sollte eine Einzelfallgerechtigkeit geschaffen werden. Die Kodifikation des kirchlichen Rechts kam erst viel später.

7.3.3. Schaffung einer dem römischen Recht vergleichbaren Rechtsordnung

Das kanonische Recht entsteht aus den Antworten aus dem an den Papst gestellten Fragen. Die Antworten und Fragen wurden von Gratiani gesammelt. Im Jahr 1140 erschien das Decretum Gratiani.

Es gibt folgende Päpstliche Dekretalen:

1234	Liber extra
1298	Liber sectus
1317	Clementinae
1508	Corpus Iuris Canonici
1917	Corpus Iuris Canonici

Das ius canonicum wurde ein eigenes Rechtssystem. Die Kirche wandte sich von der Seelsorge der Jurisdiktion zu. Die Gesetzgebung wurde als päpstliche Ordnungsbefugnis verstanden.

7.4. Kaiser und Papst

7.4.1. Imperium und sacerdotium im Mittelalter

„Karl, der allergnädigste, erhabene, von Gott gekrönte, grosse friedbringende Kaiser, der das römische Reich regiert und dank der Güte Gottes auch König der Franken und Langobarden ist.“

Herrschaftsverständnis des Kaisers Karls.

7.4.2. Idee der vier Weltreiche

Gestützt auf das Buch „Daniel“ gab es vier Weltreiche. Es waren dies:

1. Die Babylonier
2. Die Perser
3. Die Griechen
4. Die Römer

7.4.3. Translationstheorie

Das römische Reich ist nicht untergegangen. Die Reichswürde ging an die Byzantiner. Von diesem Ostrom ging die Kaiserwürde an Westrom. Der legitime Nachfolger der römischen Kaiser sind die deutschen Kaiser. Das römische Recht wird deshalb Kaiserrecht genannt.

7.4.4. Imperium Mundi

Der Kaiser verstand sich als Weltherrscher. Er war „rex imperator in regno suo“.

Mit der Zeit entstanden andere Reiche wie z.B. Frankreich und England. Diese Kaiser wollten die uneingeschränkte Macht auf ihrem Gebiet haben.

7.4.5. Investiturstreit

Cluniazensische Reformen (um 1'000)

Der Bischof von Cluny war der Meinung, dass Bischöfe heiraten sollten. Er unterstützte die Reformpäpste in dieser Angelegenheit. Im Streit zwischen Kaiser und Papst (Investiturstreit) ergriff er keine Partei.

Modell Byzanz: Cäsaropapismus

Der Kaiser versteht sich als oberster Kirchenherr. Er darf Bischöfe einsetzen oder absetzen.

Gang nach Canossa (1077)

Mit dem Gang nach Canossa unterwirft sich der Kaiser dem Papst. Der Investiturstreit ist jedoch noch nicht gelöst.

Wormser Konkordat (1122)

Im Wormser Konkordat wurde vereinbart, dass der Papst die Bischöfe einsetzt.

7.4.6. Theorie der päpstlichen Suprematie

Zwei-Schwerter-Lehre

Die Macht wird durch zwei Schwerter symbolisiert. Sie stellen die geistliche und die weltliche Macht dar. Der Papst hat diese zwei Schwerter und übergibt das Schwert an die weltliche Macht. Der Papst darf Kaiser einsetzen und absetzen.

Theorie der Gleichordnung

Es gibt zwei Schwerter. Sie stellen die geistliche und die weltliche Macht dar. Gott hat die zwei Schwerter gleichmässig an den Papst und den Kaiser verteilt. Der Papst hat die geistliche Macht. Der Kaiser hat die weltliche Macht. Papst und Kaiser sind gleichrangig.

Theorie der kaiserlichen Suprematie

Der Kaiser steht über dem Papst.

Licet iuris (1338)

Es genügt, wenn der deutsche Kaiser durch die sieben Kurfürsten gewählt wird. Eine Absegnung der Wahl durch den Papst ist nicht mehr notwendig. Dieses Wahlverfahren wurde durch die Goldene Bulle (1356) legalisiert.

7.5. Säkularisierung und Machtbegrenzung

Es kam zu einer Theologisierung der Staatsherrschaft. Die Kirche diente als Modell für den Staat.

Mit der Reformation im 16. Jahrhundert konnte die Herrschaft nicht mehr theologisch legitimiert werden, da es zwei Religionen gab. Die Staatsidee wurde profanisiert. Die territorialen Herrscher bestimmten die Religion in ihren Gebieten. Die Glaubensspaltung führte auch zu einer Beseitigung der kirchlichen Herrschaftskonkurrenz.

7.6. Die Frage der Herrschaftsbindung

Die Herrschaft wurde unter das gerechte Gesetz (Naturrecht) unterstellt. Dies führte zu einer Einschränkung der absoluten Macht. Die physische Macht der mittelalterlichen Macht konnten nicht durchgesetzt werden, da die Instrumentarien fehlten. Der Konsens war deshalb sehr wichtig. Der Konsens wurde zentral.

Die Frage der Herrschaftsbindung wurde auch in der frühen Neuzeit zentral. In der frühen Neuzeit kam die Idee des Absolutismus auf (Bodin).

8. Herrschaft und Recht in der Neuzeit**8.1. Machtbegründung und Machtbegrenzung in der Neuzeit****8.1.1. Modernes Staatsverständnis**

Der moderne Staatsbegriff besteht aus: (Jelinek)

- a) Staatsgebiet
- b) Staatsvolk
- c) Staatsgewalt (transnationaler Staatsbegriff)

Der Gedanke, dass Herrschaft an ein bestimmtes Gebiet gebunden ist, kam bereits im 13. Jahrhundert auf.

8.1.2. Jean Bodin (1530 – 1596)

Jean Bodin (1530 – 1596) definierte die Staatsgewalt wie folgt:
Zentralbegriff des Staatsverständnisses ist die (innere) Souveränität.

Sie zeichnet sich durch folgende Merkmale aus:

- a) **Höchste Befehlsgewalt**
Der Staat hat die höchste Befehlsgewalt und somit die höchste irdische soziale Machtbefugnis. Diese Machtbefugnis wird durch den Herrscher ausgeübt. Diese Herrschaftsgewalt des Staates wird nur durch göttliches Recht und Naturrecht eingeschränkt. Die Herrschaftsgewalt des Staates wird durch seinen Herrscher ausgeübt.
- b) **Gesetzgebungsmacht als Kern der Herrschaft**
Das Recht des Herrschers Gesetze zu erlassen, ist der Kern seiner Herrschaft. Zum ersten Mal wurde definiert, dass der Herrscher bzw. die Staatsgewalt durch Gesetze regiert.
- c) **Stellung des Herrschers**
Der Herrscher ist „princeps legibus solutus“ aber nicht „iure solutus“. Der Herrscher ist nicht an seine eigenen Gesetze gebunden, da er seine eigenen Gesetze jederzeit abändern kann. Dies gilt auch heute. Gesetze sind jederzeit abänderbar.
Die Herrschaft des Herrschers wird durch göttliches Recht und Naturrecht eingeschränkt.
- d) **Befehl und Gehorsam**
Im eigenen Raum werden keine selbständigen Herrschaften geduldet. Dies im Gegensatz im Mittelalter, welche ein sehr kompliziertes Gebilde war. Es gab Grundherren, Gerichtsherren etc. Diese Herrschaftsgebiete haben sich überschritten.
- e) **Staatsaufgabe**
Die wichtigste Staatsaufgabe ist die Verwirklichung des Gemeinwohles.

8.1.2. Begriffsgeschichte

Der lateinische Begriff „statuts“ bedeutet „Zustand“. Der Begriff „status“ beschrieb nur eine Verfassungsform. Machiavelli (1532) prägte den Begriff „stato“. Er war ein Sammelbegriff der vielfältigen monarchischen und republikanischen Regierungsformen.

8.2. Profanisierung der Staatsidee und Sakralisierung

Die katholische Kirche verlor ihren Alleinherrschaftsanspruch. Es kam zu einer Sakularisierungsbewegung.

Die Glaubensspaltung führte:

- a) zur Schaffung der Landeskirchen
- b) zur Säkularisierung des Kirchengutes
- c) zum Augsburger Religionsfrieden (1555)

Beim Augsburger Religionsfrieden wurde vereinbart, dass der jeweilige Landesherrscher bestimmt, welchen Glauben seine Untertanen habe. Die Religions- und Kirchenhoheit der Landesherren wurde anerkannt. (cuius regio eius religio / Wer die Herrschaft hat, bestimmt den Glauben) Das Problem war, dass wenn der z.Bsp. katholische Herrscher starb, sein protestantischer Bruder an die Macht kam. In diesem Fall musste die katholische Bevölkerung protestantisch werden. Im Augsburger Religionsfrieden wurde ein Datum festgelegt, indem der Glaube der Untertanen definitiv festgelegt wurde. Der Herrscher konnte seinen Glauben wechseln, die Untertanen mussten in diesem Fall seinen Glauben nicht mehr wechseln.

Es kam zu folgenden Abspaltungen:

- a) GB: anglikanische Kirche (1531)
- b) F: gallische Nationalkirche

Die Profanisierung geht mit der Sakralisierung der staatlichen Herrschaft einher.

Es wurden politische Eide, Amtseide, Konfessionseide sowie allgemeine Bürger- und Untertaneneide eingeführt. Der Landesherr war um das Seelenheil seiner Untertanen besorgt.

8.3. Etappen der Entstehung des modernen Staates

- 13. – 14. Jahrhundert: Erste Ansätze der Territorialisierung
- 15. – 16. Jahrhundert: Ständestaat
- 17. – 18. Jahrhundert: Absolutismus

Daneben bestanden vormoderne Herrschaftsformen weiter.

8.4. Exkurs: Entstehung der Landesherrschaft im Deutschen Reiche

Im 13. – 14. Jahrhundert kam es zu einem Territorialisierungsprozess. Die alten Stammeshertzogtümer wurden beseitigt. Das Interregnum 1254 – 1273 war die kaiserlose Zeit. Die Reichsfürsten konnten ihre Macht ausdehnen.

8.5. Profanisiertes Naturrecht und Staatslehren

Im profanisierten Naturrecht wird nicht mehr religiös argumentiert. Es mussten neue Regeln gefunden werden. Gründe waren die Glaubensspaltung (Protestantismus / Katholizismus) sowie die Entdeckung Amerikas mit völlig neuen religiösen Vorstellungen der Indianer (Naturreligionen).

8.5.1. Spanische Spätscholastik

Die spanische Spätscholastik wurde von spanischen Theologen entworfen. Die wichtigsten Vertreter der spanischen Spätscholastik waren Vitoria, de Soto, Covarruvias, Molina, Suarez und Vasquez.

Diese Philosophen suchten nach einer neuen sittlichen Weltordnung. Es soll eine Weltrechtsgemeinschaft mit einem gemeinsamen natürlichen Ordnungssystem entstehen. Sie begründeten das Völkerrecht sowie das Vernunftrecht.

8.5.2. Vernunftrecht

Das Naturrecht kann auch Vernunftrecht genannt werden. Das Rechtssystem soll ausschliesslich auf Vernunft verlassen. Es sollte mittels logisch-mathematische Deduktion argumentiert werden. Die Prinzipien basierten auf Deduktion. Es wurde deshalb auch „mos geometricus“ genannt.

Es sollten profunde Naturweisheiten formuliert werden. Ein Vertreter dieser Theorie war Pufendorf. Es kam zur endgültigen Ablösung von der Theologie und zur Verdrängung des Römischen Rechts. Das Vernunftrecht erhebt den Anspruch universal, säkular, autonom und rational zu sein.

8.5.3. Vernunftrecht und Staatslehre

Johannes Althusius (*Politica methodice digesta*, 1603) ein Holländer formulierte ein Gegenmodell zu Bodinus. Es soll eine Vereinigung von unten nach oben geben.

Der Staat ist die umfassendste politische Lebensgemeinschaft aus den verschiedensten Gemeinschaftsformen. Die kleinste Lebens- bzw. Gesellschaftsform ist die Familie. Er vertrat das Selbst- und Mitbestimmung der Körperschaften und führte das Subsidiaritätsprinzip ein. Es war ein Vorläufer föderaler Staatsvorstellungen.

8.5.4. Thomas Hobbes (1651)

Hobbes verstand den Naturzustand als existenzvernichtender Konflikt. Er erlebte den englischen Bürgerkrieg. Der Herrscher (Leviathan) erhält durch Gesellschafts- und Herrschaftsvertrag unbegrenzte Macht. Der Gesellschafts- und Herrschaftsvertrag ist unkündbar. Die Untertanen müssen sich bedingungslos unterwerfen. Die Untertanen haben kein Widerstandsrecht.

Der Herrscher ist nicht an das Naturrecht gebunden, sondern nur an das eigene Gewissen. Die Gesetzgebung ist ein zentrales Instrument zur Realisierung des Staatszweckes.

Der vertrat die Ansicht „*Auctoritas, non veritas facit lege* / Nicht die Wahrheit sondern die Vernunft schafft Gesetze“.

8.5.5. Deutsche Staatstheorie

In Deutschland herrschte ein dualistisches Staatssystem. Kaiser und Reichsfürsten herrschten gemeinsam. Der Kaiser war katholisch. Die Stände waren teilweise katholisch, teilweise reformiert. Im Dreissigjährigen Krieg kam es zu kriegerischen Auseinandersetzungen zwischen katholischen und reformierten Ständen.

Es entstand die Lehre von der doppelten Souveränität zwischen dem Kaiser (Vertreter des Rechtes) und den Fürsten (Vertreter der Territorien). Samuel Pufendorf (1673) entwickelte die Idee eines Gesellschafts- Herrschafts- und Unterwerfungsvertrag. Das Naturrecht geht der Herrschaft vor.

8.5.6. John Locke (1690)

John Locke vertrat die Gegenposition zu Hobbes. John Locke hatte ein positives Menschenbild. Das Hauptziel des Menschen ist das Streben nach Glück und Nutzen. Der Mensch hat ein Eigentumsrecht an sich selber. Das Eigentum des Privaten ist zu schützen.

Der Gesellschafts- und Herrschaftsvertrag gibt nur diejenigen Rechte ab, auf die er verzichten kann. Die Konstituierung des Staates führt somit nicht zur vollständigen Aufhebung der natürlichen Rechte des Individuums. Der Staat dient einer besseren Wahrung der subjektiven Rechte.

8.5.7. Montesquieu (1748)

Montesquieu ist ein Naturrechtler. Er relativiert das Naturrecht. Es gibt zwar allgemeine Prinzipien. Die Staatsverfassungen der einzelnen Länder müssen an die kulturellen, religiösen, geschichtlichen etc. Begebenheiten angepasst werden. Es gibt nicht eine perfekte Verfassung. Er betrachtet die Verschiedenheit der Gesetze als Gesetzmässigkeit. Im wilden Zustand herrscht Frieden. Gewalt entsteht erst im gesellschaftlichen Zustand.

Die staatliche Gewalt muss eingeschränkt werden. Er war gegen den Absolutismus. Er vertrat die Idee der Gewaltenteilung und nicht die Idee der Gewaltentrennung. Die Gewalten müssen gegenseitig gehemmt werden. Er vertrat die Idee der Mischverfassung. Es gibt ein positives Recht (Das Recht Gesetze zu erlassen) und es gibt ein Vetorecht (Das Recht Gesetze zu verhindern).

9. Das Individuum

9.1. Freiheiten im Mittelalter

9.2. Königsfreie und Gemeinfreie

Die Freien wurden in Königsfreie und Gemeinfreie unterteilt.

9.2.1. Vorstellungsbild des „Gemeinfreien“ (19. Jh.)

Die landbesitzenden Schichten wurden als gemeinfreie bezeichnet, da Sie keinem Lehensherrn untertan waren.

9.2.2. Vorstellungsbild des „Königsfreien“ (NS-Zeit)

Um 1930 (NS-Zeit) entstand ein Bild des „Königsfreien“. Der Freie wurde als ein der Bindung unterworfenen verstanden. Der Freieste war, derjenige, welcher direkt dem König unterstellt waren und keine Lehensherren hatten. Die Freiheit wurde als Sonderform der Unfreiheit verstanden.

9.2.3. Ideologiekritik

Das Modell des Gemeinfreien entstand aus dem Geschichtsbild des Liberalismus. Die Königsfreien-Theorie war ein Ausfluss der nationalsozialistischen Herrschaftsideologie. Als höchsten Grad der Freiheit wurde die direkte Unterstellung unter den König verstanden analog der Unterstellung unter dem Führer.

9.2.4. Übergang zur Vorstellung einer heterogenen Freischicht

Definition der Freien

Gemeinsames Merkmal der Freien ist die rechtsständische Freiheit.

Freie sind Adressaten der Rechtstexte und können vor Gericht klagen.

9.3. Das soziale Gliederungssystem des Mittelalters

9.3.1. Soziale Dichtomie

Das römische System kannte freie Sklaven. Es wurde im römischen Konzept unterteilt in den Freien, welcher Rechtssubjekt ist und den Unfreie, welcher kein Rechtssubjekt sind (Subjektlosigkeit).

Die Sozialverfassung des römischen Reiches diente als Muster für das Mittelalter. Diese Dichotomieformel ist ein fester Bestandteil der christlichen Tradition. Diese Trennung kannten bereits die Germanen. Für die Tötung eines Unfreien musste kein Wergeld bezahlt werden. Der Sklave ist lediglich im religiösen Sinne eine Person. Die Kirche verurteilte die Tötung eines Sklaven.

9.3.2. Soziale Zwischenpositionen

Es gab Zwischenpositionen. Man konnte im Mittelalter sowohl Aufsteigen als auch Absteigen. Die Freilassung eines Sklaven bedeutet nicht Vollfreiheit des Sklaven. Es wurde zwischen Freigeborenen und Freigelassenen unterschieden. Die Freien begeben sich in das Schutzverhältnis einer kirchlichen oder weltlichen Grundherrschaft. Als Gegenleistung erhielten die Freien einen Schutz vor marodierenden Banden. So entstand eine Zwischenschicht der Halbfreien.

9.3.3. Freiheit und Adel

Das Lehensrecht bewirkte eine hierarchische Durchgliederung der Gesellschaft.

Der Lehensgeber verleiht Güter an einen Lehensempfänger, der sie nutzt und dafür Gegenleistungen in Form z.Bsp. von Kriegsdiensten erbringt. Das Lehen war im Anfang nur zeitliche beschränkt vergeben worden.

Es fiel bei Tod des Adligen wider an den König zurück. Es fiel auch an den König zurück, wenn der Adlige sich weigerte Kriegsdienst zu leisten.

Das System nennt man Vasallität. Es begründete ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Lehensgeber (König) und Lebensnehmer (Vasall / Adlige) Der Vasall oder Adlige leistete dem König Gehorsam und Dienst und musste dafür einen Treueid leisten. Der Vasall (Lebensnehmer) könnte sein Lehen auch weitergeben. Der Lehnsherr gewährte Schutz und Unterhalt. Der Unterhalt wurde in Form von Landzuweisung (feudum) gewährt.

9.3.4. Theologische Argumentation des Lehenswesens

*"Origenes weissagte vor alten Zeiten, dass sechs Welten sein sollten, jede zu tausend Jahren, und in der siebten sollte die Welt untergehen [...]
Nun sind wir in der siebten Welt ohne gewisse Dauer, denn die 6000 Jahre sind um, und die siebte Welt steht, solange Gott es will. In der gleichen Weise sind auch die sieben Heerschilde angelegt: Der König hat den ersten Heerschild; die Bischöfe, Äbte und Äbtissinnen, die Fürsten sind, haben den zweiten Heerschild; die Laienfürsten den dritten; die freien Herren den vierten; die Mittelfreien den fünften; die Dienstleistenden den sechsten; und wie man nicht weiss, wann die siebte Welt zu Ende geht, ebenso weiss man nicht, ob der siebte Heerschild Lehen empfangen kann oder nicht."*

(Schwabenspiegel, Landrecht 2, in Anlehnung an Sachsenspiegel, Landrecht I, S. 3)

9.4. Bäuerliche Freiheit

Der Bauer wurde als nicht lehensfähig betrachtet. Die kontinuierliche bäuerliche Altfreiheit ist höchst selten. Unter Altfreiheit wurden Bauern verstanden, welche nicht ins Lehenssystem eingebunden sind. Der grösste Teil der Bauernfreiheit geht auf die Binnen- und Ostkolonisation zurück (12.-13. Jh.). Diese Bauern wurden durch die Besiedlung besser gestellt. Sie hatten die Rodungsfreiheit. Eine weitere Gruppe waren die Walser (13. Jh.). Diese siedelten sich im alpinen Raum ab 1'500 m über Meer an. Diese freien Bauern hatten die freie Erbleihe sowie diverse persönliche Freiheiten wie eine eigene Gemeinde- und Gerichtsverfassung. Es waren jedoch nur eine kleine Schicht von Bauern.

Leibeigenschaft

Die Leibeigenschaft war keine Sklaverei. Die Leibeigenen waren jedoch vom Grundherrn persönlich abhängig. Sie durften das Land nicht verlassen. Die erarbeiteten Vermögenswerte gehören dem Leiherrn. Die Leibeigenen mussten Frondienste leisten. Die Eheschliessung war eingeschränkt.

Im Hoch- und Spätmittelalter kam es zur Verselbständigung der bäuerlichen Betriebe und zum Übergang zur Rentenwirtschaft. Die Leibeigenen mussten nun keinen Frondienst mehr leisten. Um 1300 kam es zu einer Lockerung der Leibeigenschaft. Es kam zur Ausbildung der dörflichen Genossenschaften.

Im 15. Jh. schwand durch die Pestepidemien die Bevölkerung. Es kam zur sogenannten 2. Leibeigenschaft. Die Niederlassungsfreiheit (Freizügigkeit) wurde wieder eingeschränkt. Das Heiratsrecht wurde wieder eingeschränkt. Es kam die Ärgerhandregel auf. Die Nachkommen aus geburtsständischen Mischehen folgen dem unfreien Elternteil und nicht mehr wie früher dem freien Elternteil.

9.5. Die Stadtfreiheit

9.5.1. Stadtfreiheit als persönliche Freiheit der Bürger

Stadtluft macht frei. Ein Unfreier, der in eine Stadt zieht, erwirbt nach Jahr und Tag die Freiheit. Er musste nur einen Bodenzins bezahlen. Sonst war er frei. Die Landflucht wurde so gefördert. Der Kaiser verpflichtete sich, die Reichstädte nicht zu verkaufen.

Intern gab es eine städtische Sozialschichtung. Die Kaufleute und das Patriziat waren die oberste und ratsfähige Schicht. Nachher kamen die Handwerker (Zünfte), die Tagelöhner und das Gesinde.

Im 14. Jh. kam es zu Aufständen und zum teilweisen Herrschaft der Zünfte.

Die Zähringer gründeten im 12. Jahrhundert folgende Städte:

- | | | |
|----|------------------------|--------|
| a) | Freiburg im Breisgau | (1120) |
| b) | Freiburg im Überlingen | (1157) |
| c) | Villingen | (1150) |
| d) | Rottweil | (1150) |
| e) | Burgdorf | (1175) |
| f) | Murten | (1159) |
| g) | Moudon | (1190) |
| h) | Rheinfelden | (1191) |
| i) | Thun | (1191) |
| j) | Bern | (1191) |

Nach dem Aussterben der Zähringer kam Bern direkt unter die unmittelbare Herrschaft des Königs. Die Stadt erhielt die Reichsunmittelbarkeit. Die Stadt Bern erhielt das Marktrecht, das Münzrecht und Zollvorrechte.

Mit der Zeit kam es zu einer Unterscheidung zwischen den Alteingesessenen Stadtbürger und den neuen Stadtbürgern.

9.5.2. Stadtverfassung

Die Stadtgemeinde verstand sich als Schwurgemeinschaft aller männlichen Bürger. Diese leisteten den Bürgereid und bekamen die Selbstbestimmung. Der Bürgereid musste in regelmässigen Abständen geleistet werden.

Das Stadtrecht war eine innerstädtische Rechtsordnung; welche seit dem 12. Jh. zunehmend schriftlich fixiert wurde.

Die Stadt ist ein Gegenteil zur Monarchie. Es gab nur zeitlich beschränkte Ämter.

9.6. Der Kampf gegen die Unfreiheit

9.6.1. Die Stellung der Kirche

Die Kirche fand sich mit der sozialen Ungleichheit (kirchliche Grundherrschaften!) ab. Der christliche Freiheitsgedanke wird spiritualisiert und daher politisch entschärft. Es gibt nur eine Freiheit von der Sünde. Der Mensch ist im Geiste frei. An dieser Konstruktion gab es naturrechtliche und christlich-soziale Kritik. Die Kirchenväter sagten, dass der Mensch von Natur aus frei sei. Die soziale Ungleichheit wurde jedoch akzeptiert.

"Gott hat den Menschen nach sich selbst gebildet und hat ihn durch seine Marter erlöst, den einen wie den andern. Ihm ist der Arme ebenso verwandt wie der Reiche. [...]"

Als man zuerst Recht setzte, da gab es keinen Unfreien und alle waren frei, da unsere Vorfahren hier ins Land kamen. Nach meinem Verstand ist es ganz unbegreiflich, dass jemand eines anderen Eigentum sein sollte. Auch haben wir für die Berechtigung einer Ungleichheit keinerlei Beweis. Zwar sagen manche Leute, dass die Leibeigenschaft mit Kain begann, der seinen Bruder erschlug.

Kains Geschlecht ward jedoch ausgetilgt, als die Welt im Wasser unterging, so dass davon nichts übrig blieb. Auch sagen andere Leute, es käme die Leibeigenschaft von Ham, Noahs Sohn. Noah segnete zwei seiner Söhne, von dem dritten erwähnte er nichts. Ham besetzte Afrika mit seinem Geschlecht; Sem blieb in Asien; Japhet, unser Vorfahre, besetzte Europa. Also gehörte keiner dem andern. Dann sagen wieder andere, die Leibeigenschaft käme von Ismael. Die Heilige Schrift nennt Ismael den Sohn der Magd (Abrahams), aber von Leibeigenschaft lässt sie nichts verlauten. Schliesslich sagen die Leute noch, sie käme von Esau. Jakob ward gesegnet von seinem Vater und er hiess ihn Herr sein über seine Brüder. Esau verfluchte er nicht, Leibeigenschaft erwähnte er nicht. Wir haben auch in unserem Recht den Satz, dass niemand sich selbst zu eigen geben kann. Wie konnte da Noah oder Isaak einen andern zu eigen geben, wenn sich selbst niemand zu eigen geben kann. Wir haben aber noch mehr Beweise. Gott ruhte am 7. Tag. Den 7. Monat gebot er auch zu halten und das 7. Jahr, d.h. das Jahr der Freilassungen. Da sollte man ledig lassen und frei alle die gefangen waren und in Leibeigenschaft geraten. Nach sieben mal sieben Jahren kam das 50. Jahr, d.h. das Jahr der Freuden. Da musste jedermann ledig und frei sein, ob er wollte oder nicht. [...]"

Nach echter Wahrheit hat Leibeigenschaft ihren Ursprung in Zwang und Gefangenschaft und in unrechter Gewalt, die man von alters her als unrechte Gewohnheit herangezogen hat und nun für Recht erachten will."
(Sachsenspiegel, Landrecht III, 42)

Wenn wir die Leibeigenschaft mit der Vernunft betrachten und der Bibel, erkennen wir, dass sie unvernünftig ist und abgeschafft werden soll.

9.6.2. Bauernkrieg und Reformation

Die Bibel wurde als Argumentarium für politische Kämpfe geraucht. Es kam zu einer politischen Interpretation des Evangeliums. Es wurde gefordert, dass die Leibeigenschaft abgeschafft wird und der Pfarrer von der Gemeinde gewählt werden soll.

Der Feind war der Feudalherr und nicht der König. Die Bauern wollten das mittelalterliche Feudalsystem abschaffen.

9.6.3. Reaktion der Reformatoren

Luther

Luther lehnte diese „fleischliche“ Interpretation des Evangeliums ab und erfand die Zwei-Reiche-Lehre.

Zwingli

Zwingli nahm eine ähnliche Haltung wie Luther ein. Er forderte aber die Aufhebung unbilliger Lasten.

Fundamentalisten

Laienprediger und Wiedertäufer

Thomas Müntzer war eine wichtige Person im Bauernkrieg. Er kämpfte für die Freiheit der Bauern.

9.7. Freiheit und subjektives Recht

9.7.1. Modernes Freiheitsverständnis

Freiheit als Grundrecht

Die Freiheit als Grundrecht wurde wie folgt verstanden:

1. Individuelle, subjektive Rechte
Der Mensch hat individuelle Rechte, weil er ein Mensch ist und ein Individuum ist.
2. Freiheit vom Staat
Die Freiheit als Grundrecht wurde als Abwehrrecht gegenüber dem Staat verstanden.

Freiheit durch den Staat

Der Staat hat dafür zu sorgen, dass jedes Individuum rechtlich gleich behandelt wird. Freiheit bedeutet nicht die gleiche wirtschaftliche Leistungsleistungsfähigkeit. Es wurde eine individuelle Freiheit ohne soziales Engagement verstanden. Die ökonomischen Ungleichheiten sollten durch die Chancengleichheit des Eigentumserwerbs legitimiert werden.

9.7.2. Freiheit und subjektives Recht

Liberalismus

Es fand eine Umstellung auf das Primat der Rechte gegenüber den Pflichten statt. In der alten Naturrechtsdiskussion (Pufendorf etc.) wurde die Meinung vertreten, dass jedem Recht, Pflichten gegenüber stehen.

Das Privatrecht erhielt eine zentrale Bedeutung als Ordnung der Vermögenszuweisung und –disposition

Savigny (1840) vertrat die Meinung, dass jeder Mensch subjektive Rechte hat. In der Wirtschaft musste Freiheit herrschen, damit die Wirtschaft sich frei entfalten kann. Ende des 19. und 20. Jahrhunderts gab es eine Relativierung des liberalen Eigentumsbegriffs.

An der Position Savigny wurde durch Gierke Kritik geleistet. Gierke war ein Germanist. Durch das Studium der alten germanischen Schriften und der Schriften des Mittelalters vertrat er die Idee eines genuin deutsch-sozialen Eigentums. Er vertrat eine gemässigte Bejahung des Individualeigentums. Das Eigentum garantiert keine unbeschränkte Verfügungsmacht. Das Eigentum hat eine Sozialpflicht zu erfüllen.

Durch das Studium des alten Genossenschaftsrechts vertrat Gierke die Idee der Mitbestimmung und Solidarität. Die Genossenschaft dient der Selbsthilfe und ist grundsätzlich nicht profitorientiert. Er vertrat eine starke soziale Position, obwohl er konservativ war. Das Ziel war die Verbesserung der Lebensbedingungen sozial Schwacher. Bismarck vertrat als Monarchist eine staatliche Sozialpolitik. Dies war auch als Abwehr von sozialistischen Strömungen gedacht. Der Papst vertrat eine katholische Soziallehre. Die Idee der Solidarität wurde auch vom Faschismus aufgenommen. Der italienische Faschismus vertrat die Idee der Kooperation.

Marxismus

Der Marxismus wurde von Karl Marx und Friedrich Engels (1848) erfunden. Ausgang des Marxismus war der Pauperismus, Massenarmut und Industrieproletariat. Die Ursache wurde in der Ausbeutung der Arbeiter durch die Unternehmer gesehen. Die Lösung wurde darin gesehen, dass kein Privateigentum an den Produktionsmitteln bestehen soll. Der Weg dies zu erreichen war die Revolution.

9.8. Freiheit in totalitären und autoritären Rechtssystemen

9.8.1. Nationalsozialismus (Diskussion über subjektive Rechte)

Larenz

Larenz vertrat eine radikale Haltung. Er lehnte die subjektiven Rechte vollständig ab. Die subjektiven Rechte sollten durch den Vorrang der Gemeinschaft abgeschafft werden. Das römische Recht wurde als fremdes Recht betrachtet. Es sollte Rückgriff auf das germanische Recht genommen werden. Diktaturen wollen den Menschen umformen. Die Umformung ist total.

Nach Larenz ist der Volksgenosse Träger einer Gliedstellung in der Volksgemeinschaft. Für ihn war der Begriff „Mensch“ wertlos.

Dahm nahm eine gemässigte Haltung ein. Er lehnt die Abschaffung des subjektiven Rechts ab. Das subjektive Recht muss jedoch neu definiert werden. Er vertrat eine Pflichtgebundenheit gegenüber der Gemeinschaft. Für ihn galt: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“. Dies sollte durch die Betonung des Rechtsmissbrauchs erreicht werden. Rechtsmissbrauch ist die zu starke Ausübung des Privatrechts.

Die Ausübung von privaten Interessen, die den Interessen der Diktatur zuwiderlaufen, ist rechtsmissbräuchlich. Das Eigentum soll im Rahmen der sozialen Bindung ausgeübt werden. Die völkisch-rassistische Grundlage des Rechts muss beachtet werden.

Im italienischen Faschismus wurden grosse Staatsunternehmen gegründet. Der Staat hat eine Funktion der Sozialsteuerung.

Während der Weltwirtschaftskrise sollte das Versagen der Privatwirtschaft durch staatliche Lenkung korrigiert werden.

Es gab die Modelle

- a) des Sozialismus
- b) des „New Deal“ unter Roosevelt
- c) des faschistischen Kooperatismus
- d) der christlichen Soziallehre

9.8.2. Privatrecht in der DDR

Selbstverständnis DDR

Die DDR war das Gegenstück zum Nationalsozialismus.

Diskussionspunkt

War die DDR ein totalitärer Staat oder nur ein autoritärer Staat.

Geschichte des Privatrechts

- 1945 Der gesamte Grundbesitz über 100 ha wird enteignet.
- 1945 Die Unternehmen angeblicher Kriegsverbrecher und Naziführer wurden enteignet und zum "Volkseigentum" erklärt.
- 1949 Erlass der Verfassung der DDR
Die Verfassung verstand sich als "Volksdemokratie".
- 1961 Bau der Mauer
- 1968 Neue Verfassung der DDR
Die DDR wird als "sozialistischer Staat deutscher Nation" und als "Bestandteil der sozialistischen Staatengemeinschaft" bezeichnet.

Die DDR führte eine radikale Neubewertung des Privateigentums durch.

DDR-Privatrecht

- 1945 BGB gilt weiterhin.
- 1949 Erlass der Verfassung der DDR
Das Privateigentum hat eine Sozialverpflichtung zu erfüllen.
Einführung von Volkseigentum und Auflösung des Grossgrundbesitzes
- 1959 Erlass des Gesetzes über die landwirtschaftliche Produktion
- 1961 Ausgliederung des Arbeitsrechts
- 1965 Ausgliederung des Familienrechts
- 1965 Ausgliederung des Wirtschaftsvertragsrechts

1976 Erlass eines Zivilgesetzbuches mit nur 480 Paragraphen
 Der sachlich Bereich ist stark eingeschränkt.
 Es gab ideologische Auslegungsanweisungen.

Das DDR Recht kannte sehr viele Generalklauseln wie zum Beispiel die Sozialverpflichtung des Privateigentums.

9.8.3. Italienischer Faschismus und Corporativismo

Diktaturmodell für Europa

1922 kam Mussolini in Italien an die Macht. Er verstand sich als dritter Weg zwischen Sozialismus und „New Deal“ in Amerika. Der italienische Faschismus war ein Diktaturmodell für Europa.

Der italienische Faschismus musste die aktuellen Probleme der Weltwirtschaftskrise bekämpfen.

Faschistische Gewerkschaftspolitik

Sämtliche nicht faschistischen Gewerkschaften sollen ausgeschaltet werden. Die Arbeitnehmervertretungen wurden durch faschistische Berufsverbände monopolisiert.

Die Arbeitskonflikte sollen diszipliniert werden. Streik und Aussperrungen wurden verboten. Arbeitsgerichte wurden eingeführt. Es wurde ein Korporationsministerium geschaffen. Dieses sollte Arbeitskonflikte entschärfen.

Programm: Carta del Lavoro (1927)

Der Faschismus führte das Primat des Politischen ein. Es wurde ein totalitärer Staat gegründet. Es fand ein Eingriff in das Umfeld der Wirtschaft statt. Alle Interessen sollen den Interessen des Staates untergeordnet werden.

Die „Carta del Lavoro“ war eine besondere Ausprägung der ständisch-korporativen Idee im faschistischen Italien.

Gesamturteil

Das parlamentarische System wurde im Jahr 1939 aufgehoben. Die Macht der Gewerkschaften wurde zerstört. Der „stato corporativo“ war lediglich eine aufgeblähte Bürokratie. Die Diktatur war auf dem Weg zum Totalitarismus steckengeblieben. Die Vertragsfreiheit und das Privateigentum wurden garantiert. Die Wirtschaftspolitik wurde auf der Basis des Dirigismus betrieben.

10. Rechtswissenschaft (Mittelalterliches Recht)

10.1. Die Rechtswissenschaftliche Ausbildung in Bologna

Die Universitäten waren privat organisiert. Die Studenten gingen mit dem Professor eine gesellschaftliche Verbindung (nach Gesellschaftsrecht) ein.

Bologna war die Keimzelle der ersten europäischen Universität und diente als Juristenschule und der Ausbildung von Beamten. In Bologna wurde römisches Recht gelehrt. Das römische Recht wurde anhand des Corpus Iuris Civilis gelehrt. Die Universität Bologna war die Keimzelle der europäischen Juristenschule.

Das Corpus Iuris Civilis besteht aus folgenden Rechtsquellen:

529/534	Codex Iustinianus = kaiserl. Recht Kirchen-, Staats- und Verfahrensrecht Privatrecht Strafrecht Verwaltungsrecht
533	Digesten / Pandekten = Auszüge röm. Juristentexte 50 Bücher
533	Institutionen = Lehrbuch personae - Personenrecht res – Sachenrecht obligationes - Obligationenrecht actiones – Klagerechte
565	Novellen = kaiserl. Nachtragsgesetze

10.2. Die Glossatoren (12. / 13. Jahrhundert)

Das Corpus Iuris Civilis (CIC) wurden wieder entdeckt. Die ersten Rechtsschulen entstanden.

Es gab folgende wichtige Juristen:

- a) Irnerius (um 1120)
Er war Verfasser der ersten Glossen. Er arbeitete als kaiserlicher Berater und Richter.
- b) Quatuor doctores
Bulgarus, Martinus, Hugo und Jacobus waren die Kronjuristen
Barbarossas
- c) Accursius (um 1185 – 1263)
Er schrieb über 96'000 Glossen (Glossa ordinaria)

Es kam der Satz auf:

„Was die Glosse nicht anerkennt, anerkennt auch das Gericht nicht“.

10.3. Arbeitsweise

Es gab eine Lektüre der Digesten. Diese wurden ausgelegt. Das *ius civile* wurde als heiliges Buch angesehen.

In der Ausbildung gab es wichtige Diskussionen über die Glossen. Der Text des *Corpus iuris civilis* wurde durch die Glossen laufend exegetisch ausgelegt.

Die Studenten führten mit den Professoren laufend Streitgespräche (Disputationen).

Scholastische Methode

1. Ausgangspunkt
Ausgangspunkt war die absolute Autorität bestimmter Texte.
2. Harmonisierung / Lückenfüllung
Die Aufgabe war es nun Lücken durch dialektische Operationen zu füllen.

Man bediente sich des

- a) des Rationalismus
- b) der Logik und Topik
- c) der Textbezogenheit
Das *CIC* galt als „heilig“. Es durfte nicht verändert, sondern nur interpretiert werden.

10.4. Funktion des römischen Rechts

Das römische Recht wurde als geschriebene Vernunft „*ratio scripta*“ bezeichnet. Es galt als Autorität.

Legitimitätsgrundlage der Rechtswissenschaft

Im Naturrecht kam die Idee auf, dass kein neues Recht geschaffen werden kann. Das römische Recht legitimierte sich durch das Alter.

Subsidiarität gegenüber Partikularrecht

Das *Corpus Iuris Civilis* (CIC) diente als Instrument zur Überprüfung des geltenden Rechts.

Das Partikularrecht (insbesondere städtisches Statutarecht) ging als spezielles Recht vor. Es war aber eng auszulegen.

Das römische Recht kam subsidiär zur Anwendung. D.h. es kam erst zur Anwendung, wenn kein einheimisches Recht zur Verfügung steht. Es hatte aber einen Beweisvorzug im Prozess.

"Es wurde bestimmt, dass der Vorsteher, seine Vertreter und seine Beamten die Statuten von Lugano beachten sollen, sowohl in zivilen als auch in strafrechtlichen Streitigkeiten. Wo die Statuten und Gewohnheiten von Lugano nichts enthalten, sollen die erwähnten Amtsträger das gemeine Recht beiziehen."
(Statuten von Lugano, 1441)

Das römische Recht war ein Instrument kaiserlicher Herrschaftslegitimation. Es sollte die Kontinuität zum römischen Weltreich betonen.

Es galt die Formel:

Römisches Recht = gemeines Recht = kaiserliches Recht.

10.5. Kommentatoren / Konsiliatoren (14. – 15. Jh.)

Die italienischen Stadtkommunen erlebten eine starke wirtschaftliche Entwicklung. Die Nachfrage nach Rechtsgutachten (consilia) stieg. Es gab eine vermehrte Praxiszuwendung.

10.6. Weiterentwicklung

Die Konsiliatoren verfassten Rechtsgutachten (consilia). Einige wurden davon reich. Die Kommentare waren für die Systematisierung der Rechtswissenschaft zuständig. Man löste sich vom reinen Gesetzeswortlaut. Man verlagerte sich auf die herrschende Meinung.

Bartolus de Sassoferrato (1314 – 1357) und Baldus de Ubaldis (1327 – 1400) waren bedeutende Juristen. Es kam der Spruch auf, dass niemand ein guter Jurist sei, der sich bei Bartolus und Baldus nicht auskenne.

10.7. Rezeption

Alle bedeutenden Juristen hatten in Bologna studiert. Das römische Recht wurde nach ganz Europa exportiert. Es kam zu einer Verwissenschaftlichung und Professionalisierung des Rechts und zu einer einheitlichen europäischen Rechtswissenschaft.

Es kam ab 1450 zu einer Vollrezeption des römischen Rechts nördlich der Alpen. Diese Vollrezeption wurde durch die Gründung von rechtswissenschaftlichen Universitäten (Prag 1348, Krakau 1364, Wien 1365, Basel 1460 etc.) begünstigt. Die Gründung des Reichskammergerichtes im Jahr 1495, welches aus studierten Juristen bestand, welche in Bologna römisches Recht studierten hatten sowie die Rechtsreformen (Stadt- und Landrechtsreformen im 15. und 16. Jh.) förderte ebenfalls die Rezeption des römischen Rechts. Es entstand eine einheitliche europäische Rechtswissenschaft.

Ein weiterer Zweig war das römisch-kanonische Recht sowie dessen rechtswissenschaftliche Verarbeitung.

Es entstand ein Juristenstand.

Der Juristenstand zeichnete sich durch folgende Eigenschaften aus:

- a) ein von der sozialen Herkunft unabhängiger Berufsstand
- b) Studium des gelehrten Rechts als gemeinsame Grundlage
- c) Ausbreitung und Ausfächerung der juristischen Tätigkeitsfelder (Klerikerjuristen, Verwaltungsjuristen, Gerichtsbarkeit, Advokatur)

10.8. Humanismus

Der Humanismus entstand zuerst in Italien und Frankreich im 14. Jahrhundert. Andere Länder Europas folgten im 15. und 16. Jahrhundert.

Der Humanismus lehnte religiöse Einmischungen ab.

Der Humanismus förderte folgende gesellschaftliche Entwicklungen:

- a) Ablehnung religiöser Einmischung
- b) Geistige Autonomie des Individuums gegenüber Autoritäten
- c) Zuwendung zur griechisch-römischen Kultur
- d) Betonung weltlicher Bildung
- e) Ad fontes!
Rückgriff auf die „reinen Quellen“ der Antike und damit Befreiung von mittelalterlichen Quellen und Autoritäten
- f) Vernunftgebrauch statt Autoritätenkult
-> Ablehnung der Scholastik
- g) Reform(ations)zeitalter
-> Reformwille in allen Bereichen
- h) Kritik an der mittelalterlichen Rechtswissenschaft (mos italicus) und Entwicklung der eleganten Jurisprudenz (mos gallicus)
- i) Unbefangener Umgang mit den Autoritäten
- j) historisch-philologische Methode zur korrekten Erschließung der Rechtsquellen
-> CIC als Verunstaltung eines ‚klassischen‘ römischen Recht durch Interpolationen

Der Humanismus beeinflusste die Arbeitsweise der Juristen insoweit, als diese römisches Recht anwandten und zugleich ihre Vernunft walten liessen.

10.9. Usus modernus pandectarum (17. bis 18. Jh.)

Zasisus war der Meinung, dass das römische Recht nicht ganz abgeschafft werden sollte, sondern nur entrümpelt werden sollte. Seine Ideen konnte er in Freiburg im Breisgau umsetzen, als er das dortige gemeine Recht modernisierte. Es kam zu einer Hinwendung zur forensischen Praxis.

Weitere Merkmale des Usus Modernus pandectarum waren:

- a) Starkes Interesse an nationale Rechtsgeschichte
- b) Wissenschaftliche Bearbeitung der Rechtsprechung (vgl. Carpzov)
- c) Stärkere Verschmelzung des *ius commune* mit dem heimischen Recht.

„Vor allem bekenne ich, dass ich allein vom Text der Quellen abhängе, im übrigen aber mich nur auf Vernunftgründe stütze.

Sodann bezeuge ich, dass mich der Wirbelwind der Meinungen, die den Weg zur echten Wissenschaft nur versperren, nicht wankend macht. Auch die "herrschende" Meinung hat bei mir gar kein Ansehen; es sei denn, sie beruhe auf den Quellen des römischen Rechts oder auf der klaren Vernunft der Sache selber.

Drittens sage ich: der Autorität des Accursius, Bartolus, Baldus und der übrigen älteren Schriftsteller zolle ich zwar Ehrfurcht, wie es sich geziemt, aber ich achte ihre Lehren nicht höher als die anderer Gelehrter, die durch Kenntnis und Urteil bewährt sind. Ich lasse mich also durch kein Vorurteil beeinflussen, auch wenn es von einem hervorragenden Geiste stammt. Denn die Wahrheit im Recht wird nur aus dem Text selbst und aus der Vernunft, nicht aber aus der Autorität von Doktoren geschöpft.“
(Zasius, *Intellectus Juris Singulares*, 1526)

11. Wissenschaftlichkeit moderner Jurisprudenz

11.1. Historische Rechtsschule

11.1.1 Kodifikationsstreit Thibaut / Savigny (1814)

Savigny ist der wichtigste Jurist im deutschsprachigen Raum des 19. Jahrhunderts.

Im 19. Jahrhundert gab es einen grossen Streit, ob das Recht kodifiziert werden soll oder nicht.

Thibaut ist ein Anhänger des Vernunftrechts. Er will eine Kodifikation des bürgerlichen Rechts für ganz Deutschland schaffen.

Savigny lehnt die Kodifikation ab. Für ihn ist die Kodifikation das Produkt eines abstrakt-doktrinären Rationalismus. Das Recht ist aufgrund einer organischen Entwicklung entstanden. Er hat die historische Rechtsschule gegründet.

11.1.2 Geistige Wurzeln

Es gab folgende Wurzeln:

- a) Romantik
Volkstum, Gefühl etc. wurden sehr wichtig. Es sollte eine nationale Geschichte geben. Das Recht soll aus dem Volk und der Volksseele kommen.

- b) Historismus
Die gesamte menschliche Kultur ist das Ergebnis eines organischen Evolutionsprozesses. Alles ist historisch gewachsen. So auch das Rechtswesen.
- c) Herders Kulturphilosophie
Die Völker sind Vollstrecker eines historischen Entwicklungsplanes. Es kam die Idee eines Volksgeistes auf.
- d) Biologie
Die Geschichte wurde als Stammbaummodell verstanden. Es gibt organische Strukturen.
- e) Liberalismus (Kant)
Kant wie Savigny vertraten die Autonomie des Individuums
- f) Restauration
Revolutionäre politische Veränderungen werden abgelehnt.
Die Reformen sollen organisch wachsen und von selber kommen.

11.1.3 Neue Rechtswissenschaft nach Savigny

Savigny stellte folgende Forderungen auf:

- a) Diskreditierung der ahistorischen Erzeugnisse des Vernunftrechts
Das Vernunftrecht greift willkürlich in einen historischen Prozess ein.
Die Naturrechtler werden abgelehnt.
- b) Diskreditierung der gemeinrechtlichen Phase
Es wurde vorgeworfen, dass das römischen Recht widernatürlich verwendet wurde.
- c) Volksgeist
Dies ist nicht rassistisch zu verstehen. Unter Volksgeist wird die nationale Kulturtradition verstanden. Das Recht soll organisch aus dem Volksgeist wachsen.
- d) Entstehung eines Juristenstandes
Im Laufe der historischen Entwicklung gab es eine Ausdifferenzierung des Juristenstandes und der Rechtswissenschaft.
- e) Doppeltes Leben des Recht
Das Recht ist Teil des Volkslebens (natürliches Recht / Naturrecht) und eine besondere Wissenschaft (technisches Recht, gelehrtes Recht).
- f) Jurist als gesellschaftspolitische Schaltstelle

- g) Programm der historischen Rechtsschule
Savigny gründete eine eigene Zeitschrift, um seine Ideen auf das Volk zu übertragen. Ziel war die Erschliessung der geschichtlichen Dimension des Rechts und die methodische Organisierung des juristischen Stoffes zu einer erneuerten Rechtswissenschaft
- h) Neue Rechtswissenschaft
Es wurde gefordert, dass die neue Rechtswissenschaft historisch („jeden Stoff bis zu seiner Wurzel verfolgen“ -> Entdeckung des organischen Prinzips) und systematisch („mit Begriffen rechnen“) sein muss.
- i) Suche nach leitenden Grundsätzen
Es wurden innere Zusammenhänge, formale Einheit und Ordnung gesucht.
- j) Anknüpfungspunkt ist das antike Römische Recht
Savigny veröffentlichte folgende Bücher:
 - a) Das Recht des Besitzes (1803)
 - b) System des heutigen Römischen Rechts (1840 – 1849)
- k) Erneuerung der juristischen Ausbildung

11.1.4 Erneuerung der juristischen Ausbildung

Es wurde nach den Grundsätzen und der Methodik des Römischen Rechts und der römischen Juristen geforscht.

Sie hatten folgende Grundsätze bzw. Methodik:

1. Innere Logik
2. Klare Begrifflichkeit
3. Hochstehende Argumentationskunst und vollkommene Rechtstechnik

11.1.5 Primat der Rechtswissenschaft

Das Gesetzesrecht wurde als primäre Quelle betrachtet.

11.2. Die Nachfolger Savigny

11.2.1 Romanisten – Germanisten

Savigny wollte durch die Schaffung ein gemeinsames Recht einen gemeinsamen Staat schaffen.

Zunächst gab es eine quellenorientierte Aufteilung zwischen Germanisten und Romanisten im Rahmen der Historischen Rechtsschule.

Es kam zur Spaltung zwischen Romanisten und Germanisten.

- a) Romanisten
Die Romanistik befasst sich mit römischem Recht.
Savigny war ein Romanist.

- b) Germanisten
Eichhorn war ein Germanist. Er befasst sich mit deutscher Rechts- und Verfassungsgeschichte.

Es gab eine zunehmende ideologische Kontroverse zwischen dem gemeinen deutschen Privatrecht und dem *ius commune*.

11.2.2 Spaltung um 1840

Um 1840 kam die Frage des Nationalstaates auf. Die Rezeption (Übernahme des römischen Rechts) wurde als nationales Unglück betrachtet. Das römische Recht wurde als etwas Fremdes betrachtet. Die Germanisten wollen ein germanisches Recht kodifizieren. Es kam der Ruf nach einer Gesamtkodifikation auf.

Beseler forderte ein germanisches Privatrecht. Der wichtigste Unterschied zwischen dem römischen Recht und dem germanischen Recht lässt sich am Beispiel des Genossenschaftsrechts erklären. Die Römer kannten ein starkes Privatrecht. Die Germanen hatten mehr kollektive Eigentumsformen.

11.2.3 Pandektistik

Die Pandektisten orientierten sich am römischem Recht, insbesondere den Pandekten und Digesten. Es wurde eine Zivilrechtsdogmatik entwickelt.

Die Pandektisten vertraten die Meinung, dass nur, was die Römer bereits geregelt hatten, im Privatrecht geregelt werden soll. Neue Probleme wie z.B. Schutz der Arbeitnehmer vor Ausbeutung (Arbeitsrecht) und Risiken der Eisenbahnen (Gefährdungshaftung) sollen in einer Spezialgesetzgebung geregelt werden und nicht im Privatrecht.

Eugen Huber war ein Germanist. Er hat diese Probleme im schweizerische Privatrecht geregelt.

Es wurden folgende Methoden angewendet:

- a) Entwicklung einer formal-begrifflichen, systematisch-konstruktiven Methode
 - b) Ausschaltung der rechtshistorischen Dimension
 - c) Wiederanknüpfung an vernunftrechtliche Begriffspyramide (Wolff) -> Genealogien und Hierarchien
 - d) logisch-deduktives Vorgehen
 - e) Abstraktion zu den ‚allgemeinen Lehren‘
 - f) Festhalten an frühliberalen und kapitalistischen Grundsätzen
 - g) Isolierung der Rechtswissenschaft von den gesellschaftspolitischen Perspektiven
- Es wurde ein liberales Privatrecht vertreten.

11.3. Kritik an der Pandektistik

11.3.1 Kirchmann (1848)

Kirchmann war ein Jurist und ein Richter. Er wurde entlassen. Er kritisierte, das herrschende Naturrecht.

Früher nahm man an, dass die Naturwissenschaften auf ewigen Gesetzen beruhen.

Kirchmann kritisiert, den Verlust von Gewissheit und Gesetzmässigkeit im Recht, da das Recht ständig geändert oder neu durch den Gesetzgeber gemacht wird. Er war gegen eine Positivierung des Rechts. Er kritisierte auch die Unterwerfung der Rechtswissenschaft unter den ‚Zufällen‘ und Launen der Politik sowie die fehlende Rechtsfortbildung durch Juristen. Die Rechtswissenschaft koppelt sich von der Politik ab. Sie muss sich auf die Detailarbeit konzentrieren.

Ausspruch von Kirchmann

„Drei Sätze eines Gesetzesgebers und ganze Bibliotheken werden hinfällig.“

11.3.2 Rudolf von Jhering (1818 – 1892)

Rudolf von Jhering ist ein Romanist und ein Rechtsdogmatiker und Rechtstheoretiker. Er begründete die Rechtsfigur des „culpa in contrahendo“.

Jhering hat einen radikalen Wandel durchgemacht. Er arbeitete am Buch „Geist des römischen Rechts“ (Erscheinungsjahr 1852). Er will ähnlich den Naturwissenschaften, das Recht konstruieren. Er wandelte sich vom Saulus der Begriffsjurisprudenz zum Paulus der Interessenjurisprudenz und wurde der stärkste Kritiker der Pandistik.

Das Recht ist das Produkt von Interessenkämpfen. Er war die Zeit der Staatsbildung (Deutschland / Italien) sowie der Kolonien. Darwin entwickelte zur gleichen Zeit seine Evolutionslehre „Recht des Stärkeren“. Der Sozialdarwinismus kam auf. Jede Rechtsnorm ist für Jhering das Produkt von Machtkämpfen. Er lehnte die organisch, harmonischen Evolutionsvorstellungen der historischen Rechtsschule (Bsp. Savigny / Das Recht muss wie eine Blume wachsen) ab.

Es gibt eine moralische Diskussion. Siegt das Gute und Bessere oder einfach nur der Stärkere?

Im Jahr 1868 hielt er eine Antrittsvorlesung in Wien. Er knüpfte an Kirchmann an. Er lehnte das Naturrecht und den Gesetzespositivismus ab. Er kritisierte den Unfehlbarkeitsglauben der pandektistischen Methode. Er kritisierte das "Leben" als Ursprung und Ziel des Rechts. Dies führte zur Kampfansage an den Gesetzespositivismus. Er bedauerte den Gegensatz von Theorie und Praxis. Er forderte, dass die Dogmatik die Wechselbeziehung von Theorie und Praxis pflegen muss.

Der Kampf ums Recht, Rudolf von Jhering, 1872

„Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder Rechtssatz, der da gilt hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen, und jedes Recht, das Recht eines Volkes, wie das eines einzelnen, setzt die stetige Bereitschaft zu seiner Behauptung voraus. Das Recht ist kein logischer, sondern ein Kraftbegriff. ... Es ist eine wahrhaft romantische, d.h. auf einer falschen Idealisierung vergangener Zustände beruhende Vorstellung, dass das Recht sich schmerzlos, mühelos, tatenlos bilde wie die Pflanze des Feldes; die raue Wirklichkeit lehrt uns das Gegenteil...“

Der Kampf ums Recht, Rudolf von Jhering, 1872

„Behauptung der eigenen Existenz ist das höchste Gesetz der ganzen belebten Schöpfung; in dem Triebe der Selbsterhaltung gibt es sich kund in jeder Kreatur. Für den Menschen aber handelt es sich nicht bloss um das physische Leben, sondern um seine moralische Existenz, die Bedingung derselben aber ist das Recht. In dem Recht besitzt und verteidigt der Mensch seine moralische Existenzialbedingung – ohne das Recht sinkt er auf die Stufe des Tieres herab... Die Behauptung des Rechts ist demnach eine Pflicht der moralischen Selbsterhaltung.“

Besprechung: „Der Kampf ums Recht“

In seinem Buch „Der Kampf ums Recht“ stellt er folgende Thesen auf:

1. Recht ist Ergebnis eines Kampfes von Interessengegensätzen
2. Es geht aber nicht nur um einen reinen Überlebenskampf
3. Kampf ist vielmehr komplementär zum Rechtsfrieden und zielt auf Gerechtigkeit
 - > Kampf gegen das Unrecht
 - > moralischer Rechtsbegriff
 - > Pflicht zur Verteidigung des Rechts
4. Bedeutung des Rechtsgefühls als Orientierungsinstrument für den Rechtsanwender

Seine Bücher hatten sowohl Elemente des Sozialdarwinismus als auch Aspekte der moralische Selbsterhaltung.

Weitere Schriften Jherings waren:

1877: „Der Zweck im Recht“

1884: „Über die Entstehung des Rechtsgefühls“

Ende des 19. und 20. Jahrhunderts gab es eine starke antipositivistische Diskussion.

11.4. Antipositivistische Diskussion (Ende 19. – 20. Jh)

11.4.1 Frankreich: Überwindung der Ecole de l'exegèse

François Gény überwand die Ecole de l'exegèse. Er veröffentlichte im Jahr 1899 „Méthode d'interprétation des sources en droit privé positif“.

Er betonte die schöpferische Auslegung der Gesetze.

11.4.2 Freirechtsschule

Die Freirechtsschule vertrat folgende Positionen:

1. Radikale Ablehnung des Gesetzespositivismus
2. Betonung freier richterlicher Rechtsfindung
-> Richterkönig und Rechtsgefühl
3. Sozialgestaltende Rechtsfindung unter Berücksichtigung des Gesetzgebungsprogramms

Die wichtigsten Vertreter waren:

1. Eugen Ehrlich
2. Hermann Kantorowicz

Das wichtigste Werk war:

Der Kampf um die Rechtswissenschaft
Erscheinungsjahr: 1906

11.4.3 Zweck- und Interessenjurisprudenz

Die Zweck- und Interessenjurisprudenz verfolgte folgende Ziele:

1. Betonung der Lückenhaftigkeit der Kodifikation
2. Die systemkonforme Weiterentwicklung des positiven Rechts durch Richter. Er forderte vom Richter einen „denkender Gehorsam“.
3. Der Zweck der Rechtsnorm als bewertende Entscheidung von Interessenskonflikten
4. Die Rechtsfindung als Rechtszweckbetrachtung bei Gebot der Gesetzestreue

11.4.4 USA: Legal Realism

Die Idee der Interessenjurisprudenz wurde auch in die USA exportiert. Der Court of Supreme Richter „Oliver Wendell Holmes“ war ein Vertreter der Interessenjurisprudenz oder Legal Realism. Er prägte den Ausdruck „law in action“. Das „law in action“ befasste sich mit der praktischen Anwendung des Rechts.

11.4.5 Exkurs: Schweizerische Rechtswissenschaft

Die Eidgenossen verabschiedeten sich bereit um 1400 vom deutschen Reich. Das römische Recht wurde nur sehr punktuell in der Schweiz rezipiert. Es herrschte vor allem ein „Pragmatismus“.

Im Jahr 1830 wurden neue Universitäten in der Schweiz gegründet. Im Jahr 1830 kam Friedrich Ludwig von Keller als Professor an die juristische Fakultät nach Zürich. Er begründete die „Historische Rechtsschule“ in Zürich.

Die Juristenausbildung lernte „römisches Recht“. Aber es kam zu keiner Romanisierung der Praxis. Die Germanistik dominierte in der Rechtshistorischen Forschung.

Die wichtigsten Rechtsgelehrten waren:

- a) in Luzern:
Philipp Anton von Segesser
Er war ein Rechtskatholik.
- b) in Zürich:
Johann Caspar Bluntschli
Er verfasste das Zivilgesetzbuch des Kantons Zürich.

Der Erbe der Germanistik war Eugen Huber. Er arbeitete auch am ZGB. Das OR war stärker romanistisch geprägt. Das ZGB ist stark germanistisch geprägt.

12. Gesetz und Gesetzgebung (Gesetz und Mythos)

12.1. Zwölftafelgesetz

Die römische Gesetzgebung findet ihren Anfang mit dem 12-Tafeln. Die 12-Tafeln waren nach der mythischen Gesetzgebung den Startschuss für die römische Rechtsevolution. Sie sollen von den Griechen übernommen worden sein. Der Inhalt war primär Verfahrensrecht und kein materielles Recht. Das Recht entsteht aus Verfahrensrecht. Es war ein archaisches Recht voller Formalismus.

Das 12-Tafel-Gesetz dient als Beispiel für die Entstehung von Recht. Bei den Juden wurde das Gesetz durch die 10-Gebote entworfen. Die zwölf Tafeln war ein Übergang von oraler zur schriftlichen Rechtskultur

12.2. Schriftlichkeit und Öffentlichkeit

Orale Gesellschaften

In der Schweiz gab es eine geringe Verschriftlichung des Rechts. Das römische Recht wurde nur teilweise kodifiziert. Bei den mündlichen Gesellschaften muss das Recht dauernd wieder neu festgestellt werden. Rituale waren notwendig für die Entwicklung des Rechts. Das Recht wird durch das Alter des jeweiligen Gesetzes nachgewiesen. Bei Gewohnheitsrecht muss eine lange, unwidersprochene Übung bestehen. Die Erinnerung ist immer subjektiv. Erinnerung ist eine dauernde Neukonstruktion. Es kam zu unmerklichen Anpassungen. Das Recht bleibt elastisch. Die mündlichen Rechtskulturen gehen davon aus, dass das Recht unveränderlich ist. Die Rechtsfindung erfolgte durch Weisung. Die Urteile wurden als Weistümer erfragt.

Schriftlichkeit

Es kam zu einem Übergang von ritueller zu textueller Konsistenz. Die Schrift dient der Speicherung und Fixierung von Denkinhalten. Die Schrift fixiert den Inhalt. Die Schrift dient auch als soziales Gedächtnis. Das Vergessen wurde erschwert. Es kam im Mittelalter zu Fälschungen.

Die Interpretation dient als Instrument der Evolution. Die Hermeneutik dient der Auslegungskunst. Die Rechtswissenschaft dient der Selektion und Stabilisierung der Interpretationsmöglichkeiten. Ein Beispiel waren die Glossen.

Öffentlichkeit

Die Schriftlichkeit ermöglicht unendliche viele Interpretationsmöglichkeiten. Eine Reaktion darauf waren die Zugangsbeschränkungen. Die Juristen entstehen als Berufspraxis. Sie hatten das Monopol auf die Auslegung der Gesetzestexte. Es ging der Spruch um: „Juristen sind böse Christen“. Es kam zu grossen Diskussionen bezüglich der Adressatenfrage. Soll das Gesetz für die Laien oder für die Juristen gemacht werden?

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch ist im Vergleich zum deutschen BGB relativ leicht verständlich.

Germanische Stammesrechte

Es gab verschiedene Bezeichnungen für die Gesetze. Man nannte sie „Codex, Edictum, Lex, Pactus“.

Das „Edictum“ wurde vom ortsansässigen Herrscher erlassen. Der „Pactus“ wurde aufgrund einer Einigung zwischen den Stammesfürsten erlassen.

Die germanische Stammesrechte bestanden aus:

- a) römischem Vulgarrecht
- b) germanischen Elementen
- c) christlicher Ethik

Die Gesetzestexte wurden in einem stark vulgarierten Latein erlassen. Es gab keine germanische Fassung der Stammesrechte. Die meisten Menschen konnten nicht lesen.

Es gab folgende Gesetzestruppen (Leges-Recht):

1. Gruppe:

Frühe Leges der Germanenstämme während der Völkerwanderung und nach der Niederlassung auf römischem Boden

- a) Edictum Theoderici (458/459)
-> im südlichen Gallien angesiedelten Westgoten
- b) Codex Euricianus (475)
-> Sammlung westgotischen Rechts
- c) Lex Romana Visigothorum / Breviarium Alarici (506)
-> amtl. Sammlung des römischen Rechts für die romanische Bevölkerung in Spanien
-> kein Stammesrecht

- d) Lex Visigothorum (654)
-> Stammesrecht der spanischen Westgoten
- e) Lex Burgundionum (500) und Lex Romana Burgundionum (516)
- f) Lex Salica (507-511)
-> Stammesrecht der salischen Franken
- g) Edictum Rothari (568)
-> langobardisches Stammesrecht

2. Gruppe:

Spätere Leges

Pactus (7.Jh.) und Lex Alamannorum (um 720)

Lex Baiuvariorum (um 740)

3. Gruppe

Karolingische Kodifikationspläne, Sammlung und Reformierung der Stammesrechte der Franken, Friesen, Sachsen, Thüringer

Es galt das Personalitätsprinzip. Für die Römer galt das römische Recht. Für die Germanen galten die germanischen Stammesrechte.

Es kam zu einem Zusammenwirken von Herrscher und Volk. Der Herrscher war verpflichtet, den Frieden zu wahren.

Wir wissen heute zu wenig, ob diese Gesetze wirklich durchgesetzt worden sind. Das grosse Problem war, dass die Laienrichter und Schöffen nicht lesen konnten. Zudem bestanden nur wenige Gesetzbücher, welche in Klöstern aufbewahrt wurden. Zudem gab es keinen Rechtsdurchsetzungsapparat.

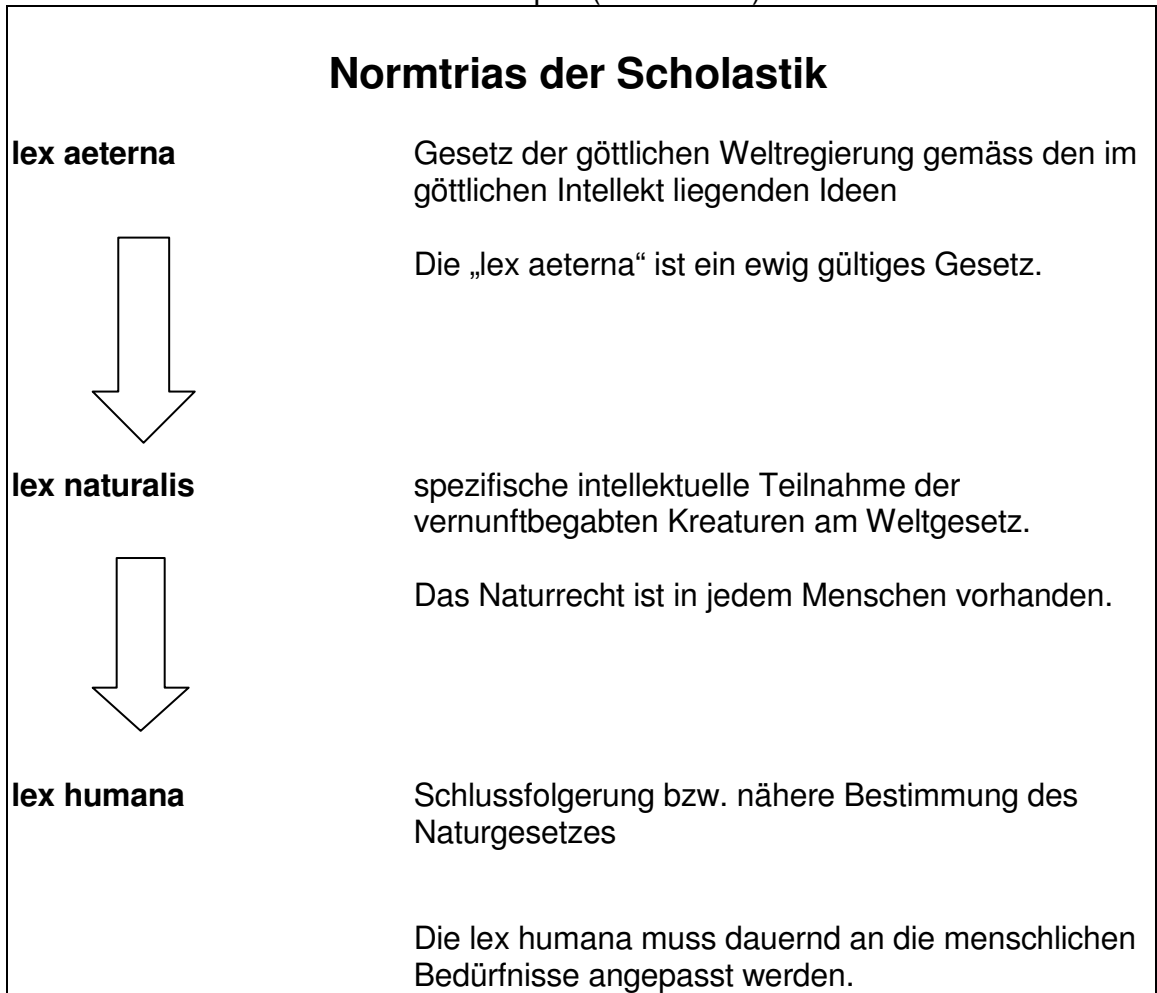
Man nimmt deshalb an, dass diese Gesetze vor allem moralischen Charakter hatten.

12.3. Rechtsproduktion im Mittelalter

Im Mittelalter war der Gedanke vorherrschend, dass das Recht schon da sei.

Im Mittelalter gab es folgende Normtrias:

Thomas von Aquin (1225-1274)



Gemäss Thomas von Aquin hat Gott die Welt geschaffen. Er hat sich jedoch aus dem Prozess ausgeklinkt. Es ist Sache der Menschen, den Willen Gottes mittels ihrer Vernunft zu erkennen.

Thomas von Aquin hat die rationale Philosophie der Griechen mit der mittelalterlichen Theologie verbunden.

Die Gegenposition zu Thomas von Aquin sagt, dass die göttliche Ordnung vorgegeben sei.

Die Rechtsgewohnheit beruhen auf alten Gesetzen und Gewohnheiten. Das Rechtsbewusstsein muss durch konstante Übung geübt werden. Die Rechtsgewohnheiten müssen mit der Vernunft und den göttlichen Wahrheit überprüft werden.

12.4. Symbolische Gesetzgebung?

12.4.1 Modernes Problem der Gesetzgebungslehre

Als symbolische Gesetzgebung werden heute Gesetze genannt, welche nicht durchgesetzt werden können, weil die entsprechenden Bestimmungen zur Rechtsdurchsetzung fehlen, obwohl der Gesetzgeber dies könnte.

Bsp.: Verurteilung des Völkermordes an den Armenier durch Frankreich
Es gab jedoch keine Strafbestimmungen, welche das Leugnen des Völkermordes unter Strafe stellte. Diese wurden erst fünf Jahre später erlassen.

Definition:

Wenn der Gesetzgeber einen normativen Anspruch erhebt, ohne die Voraussetzungen für die wirksame Umsetzung dieses Anspruchs zu schaffen, die er schaffen könnte

Zweck:

Realisierung bestimmter politisch-strategischer (symbolischer) Ziele, nicht aber Erreichung der offiziell proklamierten (sachlichen) Gesetzesziele.

12.4.2 Herrschaft und Gesetzgebung in der Neuzeit

Das Landrecht war ein typisches Gesetzeswerk des Territorialstaates. Es gab eine Rezeption des gemeinen Rechtes. Diese Landrechte waren jedoch keine Kodifikation. Das heisst, es wurden keine neuen Gesetze geschaffen sondern nur alte, bestehende Gesetze neu aufgeschrieben. Das Landrecht war eine Sammlung der wichtigsten Rechtssätze.

Es gab verschiedene Regelungen:

- a) Privatrecht
- b) Prozessrecht
- c) Strafrecht

Die Gesetzgebung verdeutlicht das moderne Staatsverständnis. Das moderne Staatsverständnis besteht aus folgenden Grundlagen:

- a) Gewaltmonopol
Der Herrscher duldet keine anderen Herrschaftsansprüche in seinem Gebiet.
- b) Beamtenapparat
Die Gesetze und die Macht muss durch einen Beamtenapparat durchgesetzt werden.
- c) Steuersystem
Das Staatswesen muss finanziert werden. Es werden direkte Steuern erhoben.

- d) Untertanenverband
Der Herrscher ist für das Wohlergehen seiner Untertanen verantwortlich. Die armen Leute müssen staatlich unterstützt werden.
- e) Souveränität (Bodin)
- f) Gemeinwohl
- g) Staatsräson
- h) Erhöhte Normenproduktion
Die Herrscher erlassen immer neue Gesetze, um für Ruhe und Ordnung sowie eine wirtschaftliche Entwicklung zu fördern.

Das Verwaltungsrecht wurde ausgebaut. Der Herrscher war für die Wohlfahrtsförderung zuständig (gute Policey).

Es fand vermehrt ein Aushandeln der Normen und weniger eine Normdurchsetzung von Amtes wegen.

Der Landesherr kritisierte die Rechtszersplitterung. Es mussten Gesetze erlassen werden und diese an die modernen Anforderungen angepasst werden.

Der Fürst war nicht frei im Erlass von Rechtsordnungen. Die Rechtsordnungen mussten von den Landständen ausgehandelt werden. Die Macht der Landstände wird durch die Einberufung von Kommissionen eingeschränkt.

13. Das Kodifikationszeitalter

13.1. Die Kodifikationsidee

Das Kodifikationszeitalter beginnt bereits im 18. Jahrhundert. Es ist ein Produkt der Aufklärung und des Vernunftrechts. Es sollten perfekte Gesetze gemacht werden. Das Vernunftrecht ist eine säkularisierte Form des Naturrechts. Dieser Trend setzt sich auch in der Gesetzgebung durch.

Das Vernunftrecht lehnt sich an die Naturwissenschaften an. Das Vernunftrecht denkt funktional und geometrisch (mos geometricus). Das Vernunftrecht arbeitet mit Ableitungen.

Der Staat Preussen ist ein zusammengewürfeltes Gebilde. Durch die Kodifikation soll Rechtseinheit und Gleichförmigkeit geschaffen werden. Durch die Gesetzeskodifikation soll die Gesellschaft geplant werden.

Der Begriff der Kodifikation wurde durch Bentham im Jahr 1802 geprägt.

Die Kodifikation bedeutet:

„Eine umfassende (lückenlose) und systematische (logisch ableitbare) Rechtsordnung“.

13.2. Die Kodifikationskriterien

Es gibt folgende Kodifikationskriterien:

- a) Orientierung an die Vernunft
Das überlieferte Recht hat keine Bedeutung mehr. Das Recht wird neu gemacht. Es ist Geschichtsfeindlichkeit. Sie muss jedoch an die historischen Gegebenheiten angepasst sein. Das preussische Landrecht war eher eine Sammlung bisherigen Rechts.
- b) Gemeinwohlverwirklichung
Das Recht soll das Gemeinwohl der Untertanen fördern.
- c) Gewährleistung subjektiver Rechte
Die Rechte des einzelnen sollen gewahrt werden.
Beispiele dafür sind: Vertragsfreiheit, Erbschaftsfreiheit, Ehefreiheit etc.
Die ist ein gewisser Gegensatz zum absolutistischen Herrschaftsanspruch. Aus Sicht des Herrschers sollen alle seine Untertanen gleich sein. Der Herrscher und das Bürgertum waren sich in dieser Beziehung einig.

Die Bodenverpflichtungen der Bauern werden in Frankreich erst durch die Revolution abgeschafft.

- d) Klarheit und Einfachheit
Das Gesetz soll klar und einfach sein. Es soll für den Laien verständlich sein. Die Gesetze sollen ein Ersatz für eine Verfassung sein. Es soll nur noch eine Rechtsquelle geben nämlich die Gesetze.

Das Gesetz soll so einfach sein, dass es keine gelehrten Juristen mehr braucht. Die Gesetze sollen nicht in einer technischen Sprache abgefasst werden. Die Gesetze sollen für die Laien geschrieben werden.

In Preussen gab es ein Kommentierungsverbot.

Eine andere Möglichkeit der Kodifikation besteht darin, dass die Gesetze in einer technischen Sprache geschrieben werden und eine hohe Abstraktion verlangen. In diesem Fall richtet sich das Gesetz an die gelehrten Juristen.

13.3. Die einzelnen Kodifikationen

13.3.1 Preussen: Allgemeines Landrecht (1794)

Schon Friedrich II führte eine Rechts- und Justizreform durch. Im Jahr 1779 kam es zum Müller-Arnold-Prozess. Der König mischt sich in den Müller-Arnold-Prozess ein. Er lässt die Richter verhaften.

Im Jahr 1780 bis 1794 entstand die Kodifikation des Allgemeinen Preussischen Landrechts. Das Gesetz baute auf der Kasuistik auf und es sollte allgemeinverständlich sein. Es kam zu einem Auslegungsverbot. Das ALR sollte wörtlich ausgelegt werden. Es wurde eine Gesetzeskommission eingesetzt. Dies war für die authentische Interpretation zuständig. Es wurde ein Kommentierungsverbot erlassen.

Im Preussen gab es keine Revolution. Er war ein Ständestaat. Das ALR enthielt über 19'000 Paragraphen. Es enthielt sowohl bürgerliche Rechte als auch standesstaatliche Regelungen.

13.3.2 Frankreich

Das Land war zweigeteilt. In Nordfrankreich galt das „pays du droit coutumier“ (Gewohnheitsrecht) und in Südfrankreich galt das „pays du droit écrit“ (römisches Recht). Dies galt bis zum Jahr 1789.

Seit dem Spätmittelalter wurden diese Gesetze durch königliche Gesetzgebung überlagert. Es wurde ein Kommentierungsverbot erlassen. Der König konnte diese Gesetze interpretieren.

In den Jahren 1789 bis 1804 gab es eine revolutionäre Gesetzgebung (référé législatif).

Der Code civil wurde im Jahr 1804 eingesetzt (Code Napoléon). Der Code civil wurde für das Bürgertum entworfen. Es enthielt sowohl moderne als auch alte, autoritative Modelle. Dies galt vor allem im Familienrecht. Dies war extrem konservativ. Die Möglichkeit des Richters nach Recht und Billigkeit zu entscheiden wurde wieder gestrichen.

13.3.3 Österreich (ABGB / 1812)

Die Kodifikation beginnt im 18. Jahrhundert. In Österreich reagierte die Kaiserin Maria Theres.

Es war eine reine privatrechtliche Kodifikation. Es zeichnet sich durch Abstraktion, Kürze (1502 §§) und Klarheit aus. Der Richter hat einen Interpretationsspielraum.

13.3.4 Die Entwicklung in der Schweiz vor dem ZGB

Während der Helvetik in den Jahren 1798-1803 gab es einen gescheiterten Versuch eine nationale Kodifikation einzuführen. Da dieser Versuch misslang, wurden die Kodifikationsaktivitäten in den Kantonen weitergeführt.

Es setzten sich folgende Regelungen durch:

- a) Vorbild CC (GE, VD, FR, TI, NE, VS)
- b) Vorbild ABGB (BE, LU, SO, AG)
- c) Vorbild Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (PGB), 1856 (SH, TG, NW, ZG, GL, GR)
- d) Gruppe der Kantone ohne Zivilrechtskodifikation (UR, SZ, OW, SG, BS)

13.4. Der Kodifikationsstreit

13.4.1 Thibaut

Thibaut forderte eine Kodifikation aus wirtschaftlichen Beweggründen. Die Kodifikation soll ein Mittel der nationalen Einigung sein. Die Rechtseinheit dient der Rechtsgleichheit. Die absolutistische Bevormundung sollte abgeschafft werden. Die bürgerlichen Freiheiten wurden gefördert.

13.4.2 Savigny

Er forderte eine politisch gesteuerte Gesetzgebung. Die Kodifikation sollte eine Konkretisierung des Vernunftrechts sein. Sie sollte aus einer Aufzeichnung des gesamten bestehenden Rechts bestehen. Die Voraussetzung für zukünftige Kodifikation sollte eine neue Rechtswissenschaft sein.

14. Einfachheit und Vollständigkeit der Gesetze

14.1. Einfachheit, System und Kodifikation

Die Einfachheit der Gesetze lässt sich verschieden verstehen.

Im Zeitalter der Aufklärung wurde dies als Anknüpfung an die Vernunft verstanden. Alles was vernünftig ist, ist einfach. Das Gesetz soll geometrisch-rational sein. Es wurde die Evidenz eines umfassenden Systems gefordert. Das Gesetz sollte in sich stimmig sein.

Es gab folgende Zielkongruenzen:

1. Vollständigkeit vs. Kürze
2. Kasuistik vs. Abstraktion

14.2. Einfachheit und Verständlichkeit

Es stellte sich die Adressatenfrage. Für wen sollen die Gesetze gemacht werden? Für die Allgemeinheit oder für den Berufsstand der Juristen. Im Mittelalter kam Fallrecht zur Anwendung. Das Fallrecht wurde von einer kleinen Gruppe von Schöffen beherrscht.

Nach der französischen Revolution kam die Idee auf, dass die Gesetze für die Allgemeinheit gemacht werden sollen.

Nach der französischen Revolution wurde die Kodifikation für das Besitz- und Bildungsbürgertum gemacht. Sie waren Träger der Kodifikation. Die französische Revolution wurde vom Besitzbürgertum getragen und nicht von den Besitzlosen.

Juristen und Laien

Es standen sich Juristen und Laien gegenüber.

Savigny vertrat die Meinung vom „Doppeltes Dasein“ des Rechts. Er unterteilte das Recht in Allgemeinrecht / Gemeinrecht, welches spontan entsteht sowie das technische Recht für die Juristen. Diese Diskussion gab es auch bei den Geschworenengerichten. Die Geschworenengerichte waren ein Korrektiv des Bürgertums gegenüber der staatlichen Beamtenschaft.

Eine Gegenposition zu Savigny war die Pandektistik. Es gab ein Monopol des gelehrten Juristen und eine entsprechende Ausgestaltung der Kodifikation. Ein Beispiel dafür war das deutsche BGB.

Otto von Gierke kritisierte dies im Jahr 1888 in seiner Schrift „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht“. Auch Hegel kritisierte die hoch technische Sprache des BGB.

14.3. Die Haltung von Eugen Huber

Eugen Huber hat sein ZGB als der schweizerischen Tradition entsprechend verkauft. Er musste Rücksicht nehmen auf den französischsprachigen und den deutschsprachigen Landesteil. Er verwertete die bestehenden Kodifikationsmodelle aus Deutschland, Österreich und Frankreich nur punktuell. Er verzichtete auf die gelehrte Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).

Das ZGB zeichnet sich durch folgende Punkte aus:

1. Eine konkrete Darstellungsweise (volkstümlich / leicht verständlich)
2. Keine Abstraktionen und Verallgemeinerungen
3. Keinen allgemeinen Teil
4. Keine straffe systematische Ordnung
5. Berücksichtigung der republikanischen Tradition und des Laienrichtertums

14.4. Franz Kafka

In seinem Gesetz spricht er folgende Probleme an:

1. Lesbares vs. unlesbares Gesetz
2. Öffentliches vs. unzugängliches Gesetz
3. Gesetzeszugänge und –barrieren