



# 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

---

# Inhaltsverzeichnis

---

<b>I. Mittelalter</b> .....	4
1. <i>Entstehung der Rechtswissenschaft (Bologna)</i> .....	4
a) Mündlichkeit und Schriftlichkeit .....	4
b) Die Rechtsschule von Bologna und die Wiederentdeckung des römischen Rechts .....	7
c) Rezeption / Rechtstransfer .....	10
2. <i>Rechtsberufe I: Das Notariat</i> .....	11
a) Juristenstand und Rechtsberufe.....	11
b) Entwicklung des Notariats.....	12
c) Die Entwicklung im Gebiet der Schweiz .....	13
3. <i>Gelehrtes Recht und Rechtsgelehrte</i> .....	15
a) Kirchenrecht .....	15
b) Rechtsgelehrte .....	17
c) Ausbreitung des gelehrten Rechts (13.-16. Jh.).....	18
<b>II. Frühe Neuzeit</b> .....	19
1. <i>Humanismus und Rechtswissenschaft</i> .....	19
a) Humanismus / Renaissance.....	19
b) Humanismus und Rechtsentwicklung .....	20
c) Die Sonderentwicklung in den eidgenössischen Gebieten (Texte 16 und 18) .....	23
2. <i>Rechtsberufe II: Professionalisierung der Richterschaft</i> .....	24
a) Periodisierung der Entwicklung der Gerichtsbarkeit in Europa .....	24
b) Mittelalterliche Gerichtsbarkeit.....	26
c) Das Reichskammergericht (RKG) .....	28
d) Der Reichshofrat (RHR).....	30
e) Zentralgerichtsbarkeit in Europa.....	31
f) Ausblick .....	31
3. <i>Naturrecht (NR) und Rechtswissenschaft</i> .....	32
a) Die Entwicklung des Naturrechtsdenkens.....	32
b) Spanische Spätscholastik (16. Jh.) .....	33
c) Profanisieretes NR = Vernunftrecht (VR).....	33
d) Das Kodifikationsmodell (18.-19. Jh.).....	38
<b>III. Moderne (19.-20. Jh.)</b> .....	42
1. <i>Historische Rechtsschule (HR)</i> .....	42
a) Politisch-ideologisches Umfeld.....	42
b) Anfänge der Historischen Rechtsschule (HR).....	45

c) Geschichtliche Rechtswissenschaft .....	47
d) Der Gelehrte auf dem Richterstuhl .....	49
e) Politische Ambivalenz der HR (historische Rechtsschule).....	49
2. <i>Rechtsberufe III: Die Anwaltschaft</i> .....	49
a) Die Entwicklung bis zum Ende des Ancien Régime .....	49
b) Die Anwaltschaft im Liberalismus .....	51
c) Die Zulassung der Frauen zum Anwaltsberuf .....	54
3. <i>Die Pandektistik und ihre Gegner</i> .....	54
a) Romanisten VS. Germanisten.....	54
b) Pandektistik nach 1848 .....	57
c) Die Entwicklung in der Schweiz .....	58
d) Kritik am Rechtspositivismus.....	60
4. <i>Antipositivismus und soziologische Jurisprudenz</i> .....	63
a) Die 'Entdeckung' der sozialen Dimension .....	63
b) Abschluss der Kodifikationsphase (BGB) und gewandelte Juristenrolle .....	64
c) Die sog. Freirechtsschule .....	65
d) Interessenjurisprudenz (Philipp Heck) (Text 52) .....	67
e) Eugen Huber: ein Antipositivist? .....	69
f) Legal realism.....	70
5. <i>Totalitäre Rechtswissenschaft</i> .....	70
a) Nationalsozialismus und Recht.....	70
b) Nationalsozialismus und Rechtswissenschaft.....	73
c) Politische und rechtswissenschaftliche Kontroversen in der Schweiz .....	77

# I. Mittelalter

## **1. Entstehung der Rechtswissenschaft (Bologna)**

### *a) Mündlichkeit und Schriftlichkeit*

#### **Mündlichkeit**

- keine fixierte normative Ordnung → stete Neufeststellung nötig = Neuerinnerung
- Ritual im Vordergrund → strikte Wiederholung, Formenfixierung, Nähe zur Weissagung
- Bei der oralen Überlieferung geschieht die Rechtsfindung
  - durch Feststellung der Rechtsgewohnheit; keine Möglichkeit der Rechtsschöpfung
  - durch wiederkehrendes Ritual wird das Recht in Erinnerung gerufen und festgestellt; Nähe zur Weissagung;
  - durch geringfügige Abweichungen, die durch die Überlieferung bedingt sind
- Rechtslegitimation durch Alter und die wiederholte Anerkennung des Rechts. → Gegenwart des Vergangenen, Kreislauf
- Anpassungen finden nur unmerklich statt (Kreativität des Erinnerungsprozesses) → Recht muss möglichst alt (Erinnerung/Überlieferung) und zugleich möglichst neu (Neuerinnerung = neue Feststellung) sein
- Recht ist vorgegeben, keine rechtsschöpferische Tätigkeit der Menschen (Naturrechtskonzept, vgl. Anhang I)) → Rechtsfindung durch Weisung, d.h. Feststellung der Rechtsgewohnheit

*Mündlichkeit:* - Strikte Wiederholung, Formfixierung - Rechtslegitimation durch das Alter → Gegenwart des Vergangenen, Kreislauf - Durch unmerkliche Anpassungen des Rechts - Das Rechts muss möglichst alt (Erinnerung / Überlieferung) und zugleich möglichst neu (Neuerinnerung = neue Feststellung) sein

#### **Schriftlichkeit**

Durch Übergang vom Ritual zur textuellen Konsistenz - Schrift als soziales Gedächtnis (Vergessen wird erschwert) - Hermeneutik = Kunst, aus einem Text herauszukriegen, was nicht drinsteht

- Übergang vom Ritual (künstliche Wiederholung der Sprechsituation) zur textuellen Konsistenz (Loslösung von der Sprechsituation)
- Mit dem Zwölftafelgesetz wurde das Recht erstmals positiviert

- Speicherung und Fixierung von Denkinhalten. Dies ermöglichte die Fixierung von Denkinhalten, die jederzeit verschiedenen Menschen zugänglich waren
- Schrift als soziales Gedächtnis → Wissen steht für unvorhersehbaren Zugriff bereit, Vergessen wird erschwert
- Lineares Zeitdenken: Vergangenheit – Gegenwart - Zukunft
- Von Sprecher-Hörer zu Autor-Leser → Manipulationsgefahr
- Fixierung des Textes durch Kanonisierung und Flexibilisierung durch Interpretation: Mit der Schriftlichkeit eröffneten sich unendliche Möglichkeiten zur Interpretation von Texten -> Zugangsbeschränkungen → Interpretation wird bestimmten Personen / Gruppen vorbehalten (Priester, Juristen)
  - Hermeneutik = Auslegungskunst = Kunst, aus einem Text herauszukriegen, was nicht drinsteht;
  - verbunden ist die Gefahr der Fehlerhaftigkeit und Unvollständigkeit
- Verbunden mit der Öffentlichkeit und Schriftlichkeit sind Gefahren:
  - Die Interpretationsvielfalt der Laien führt zu einem Auslegungschaos, dem entgegengewirkt werden muss:
    - (a) nur einzelnen Interpreten (Priester) wurde den Zugang (Archiv) gewährt, um durch die Rechtspflege die Stabilität der Zwölftafelgesetze zu wahren. Diese Selektion führte zur Entstehung der Rechtswissenschaft
    - (b) Spannungsverhältnis zwischen Bürger und Juristen (bEzug Kafka)
- Entstehung der Rechtswissenschaft → gegenüber den unendlichen Interpretationsmöglichkeiten muss der Text stabil gehalten werden → Selektion und Stabilisierung
- Adressatenfrage → An wen richten sich die Gesetze?
  - *Das Recht der Römer (12tafel) war am Anfang öffentlich. Bald wurde es aber von den Priestern verwaltet und in einem Archiv aufbewahrt, wo nur diese Zugang hatten*
  - *Anders in Griechenland:*

- (a) *Hier wurde das einmal publizierte Recht anschliessend nicht verborgen. Es blieb öffentlich sichtbar und zugänglich*
- (b) *Es war nie ein Geheimnis, sondern eine demonstrative, öffentliche Ausstellung im Mittelpunkt des Gemeinwesens (Debattenkultur)*
- (c) *Aufgrund dieser Öffentlichkeit hat sich in Griechenland keine fachlich hoch differenzierte Jurisprudenz herausgebildet*

## Übergänge

- Keine scharfe Gegenüberstellung, sondern Interaktion
- Unterscheidung zwischen mediale und konzeptionelle Dimension
- FrühMA: Begegnung zwischen germanischer Oralität und spätrömischer / christlicher Schriftlichkeit (Stammesrechte 6.-9. Jh. n. Chr., insbes. Lex Salica (erste Sammlung))

**Germanische Stammesrechte** (= Leges) sind Rechtsaufzeichnungen von mündlich tradiertem Recht; Alteingesessenen kommt die Funktion der Überlieferung zu. Es handelt sich bei den Leges nicht um moderne Gesetzgebung, weil kein Staat vorliegt.

- (a) stark von der Kirche beeinflusst
- (b) zielten an Wiedergutmachung von Verletzungen

Leges werden durch Einigung des Stammes mit dem Herrscher und einem Austauschprozess legitimiert

Ziel ist nebst der Friedenswahrung die Etablierung von Herrschaft -> Im Vordergrund steht die Machtdemonstration des Herrschers, der als oberster Gerichtsherr gilt

- ➔ Die germanischen Stammesrechte (leges) sahen überwiegend kasuistisch orientierte Regelungen zur Taxierung von Verletzungen vor. Diese sog. Bussenkataloge (lex salica) waren stark von der Kirche beeinflusst und zielten auf die Wiedergutmachung von Verletzungen
- ➔ Sühne statt Rache, jedoch waren die vorgesehenen Bestimmungen aufgrund des Fehlens eines Gerichtsapparats kaum durchsetzbar. Der Leitgedanke der Bestrafung war derjenige der Sippengemeinschaft: Ausgleich von Sippenverletzungen durch materielle Güter: als ultima ratio bei Nichtleistung des «Ersatzes» wurde der Betroffene als «vogelfrei» deklariert → generelle Tötungserlaubnis

- HochMA: epochaler Wandel zur Vorherrschaft von Schriftlichkeit (pragmatische Schriftlichkeit; Rechtsaufzeichnung von Rechtsgewohnheiten (zB Sachsenspiegel um 1220), Entstehung der Rechtswissenschaft)

*b) Die Rechtsschule von Bologna und die Wiederentdeckung des römischen Rechts*

**Rechtssammlung von Justinian I.** in Ostrom (529-565 n. Chr., vgl. Anhang II), seit dem HochMA als **Corpus Iuris Civilis (CIC) bezeichnet**

*Die 8 wichtigsten Punkte der Rechtsschule von Bologna und die Wiederentdeckung des römischen*

*Rechts:* 1: Rechtssammlung von Justinian I. (Corpus iuris civilis) 2: Auffindung von

Digestenhandschriften 3: Rechtsschule 4: Societas zwischen Studenten und Professoren 5: Erteilung einer

Satzung durch die Stadt (Verträge mit Professoren, Vorlesungsbetrieb, Mieten, Privilegien) 6:

Glossatoren (→ Irnerius, Quatuor doctores, Accursius) 7: Arbeitsweise (Lektüre, Auslegung,

Disputatio) 8: Kommentatoren/Konsiliatoren

Unter Kaiser Justinian wurde um 528 n. Chr. der Auftrag erteilt, bestehende Rechtsbücher zusammenzutragen und diese durch Rechtsgutachten (Digesten/Pandekten) zu ergänzen. Beigefügt werden sollten zudem ein Lehrbuch (Institutiones) und aktuelle kaiserliche Erlasse

- Die vollständige Zusammenstellung dauerte bis 565 n. Chr., wobei den einzelnen Teil in verschiedenen Zeitabschnitten hinzugefügt wurden
- Der Corpus Iuris Civilis wurde im 12./13. Jahrhundert in der Rechtsfakultät von Bologna wiederentdeckt

Das römische Recht stellte aufgrund seines Alters und seiner Heiligkeit die Legitimitätsgrundlage für die Rechtswissenschaft dar → der CIC galt als **heiliger Primärtext**, weil er hohe **Vernunftsqualität** aufweist → **CIC als ratio scripta**.

Das wiederentdeckte römische Recht, welches durch seine Bearbeitung schrittweise zu einem ius commune fortgebildet wurde, war vorerst noch **subsidiär** gegenüber den lokalen Satzungen (Partikularrecht). *Die an der Rechtsfakultät von Bologna geschulten Juristen führten faktisch aufgrund ihrer römischrechtlichen Ausbildung jedoch fortlaufend zu einem wachsenden Einfluss der Rechtswissenschaft auf die Rechtsanwendung.* Zudem tendierten mittelalterliche Herrscher dazu, ihre Legitimation an jene der römischen Kaiser zu lehnen. Dieser römische Einfluss auf die Herrschaftsform begünstigte auch den juristischen Rückbezug

**Auffindung von Digestenhandschriften** in Oberitalien. Insbes. *Littera Florentina* (11. Jh.)

Ende 11. Jh.: Gründung einer Schule zur Ausbildung von Beamten in Bologna (Rhetorikschule)

## **Rechtsschule** (im Rahmen des studium generale, universitas)

Einer der ersten wichtigen Rechtslehrer war Irnerius, der gegen Ende des 11. Jh. an der Rechtsschule von Bologna unterrichtete. Er war bekannt für seine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem römischen Rechts.

- Der gute Ruf der Schule führte dazu, dass europaweit Studenten anströmten, um sich einen Platz in der Rechtsfakultät zu ergattern

Die an der Schule von Bologna gelehrt Studenten kehrten nach ihrem Abschluss zurück in ihre Nationen und trugen so das wiederentdeckte römische Recht mit den wissenschaftlichen Neuerungen mit (**Rezeption**)

## **Societas zwischen Studenten und Professoren**

Erteilung einer Satzung durch die Stadt: Verträge mit den Professoren, Vorlesungsbetrieb, Mieten, Privilegien

## **Glossatoren (12.-13. Jh.)**

- Die zentrale Tätigkeit der Dozenten an der Rechtsschule von Bologna war es, **Digesten** aus dem CIC vorzulesen und diese durch wissenschaftliche Bemerkungen zu **ergänzen**
- die Studierenden übernahmen die Auslegungskommentare der Professoren, indem sie diese am Rand der Texte **anfügten (Glossen)**. Daher werden sie auch als **Glossatoren** bezeichnet → diese Glossen genossen in der Folge autoritäre Stellung in der Rechtspraxis («Was die Glosse nicht anerkennt, anerkennt das Gericht auch nicht! »)
- Irnerius (auch Guarnerius/Wernerius) (um 1100): erste Bearbeitungen der Digesten, Verfasser der ersten Glossen, kaiserlicher Berater und Richter. Er war bekannt für seine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem römischen Recht
- *Quatuor doctores*: Bulgarus, Martinus, Hugo und Jacobus → kaiserliche Kronjuristen
- Accursius (um 1185-1263): *Glossa ordinaria* (über 96'000 Glossen) → *Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*. (Was die Glosse nicht anerkennt, anerkennt auch das Gericht nicht.) → *autoritäre Stellung der Glossen in der Rechtspraxis*

## **Arbeitsweise**

Vorerst wurden die Digesten in der Vorlesung vom Rechtslehrer vorgelesen, wobei der Text mit **interpretierenden Anmerkungen** ergänzt wurde. Zudem wurden bei der **Disputation** unter Studenten

Streitgespräche geführt, deren Inhalt grundsätzliche Rechtsfragen bildeten (= modernes Übungsgericht) In *Bologna bediente man sich der **scholastischen Methode***: den Ausgangspunkt stellten einheitliche autoritäre Texte dar, wobei ihre Lückenhaftigkeit und mögliche Widersprüchlichkeit dennoch anerkannt wurden.

Hauptaufgabe war es dabei, mittels Logik und Topik (Argumentationslehre) die Lücken zu schliessen und Widersprüche aufzulösen → Dialektik. Dabei wurde sehr nahe am Text gearbeitet → *interpretatio*

- Lektüre der Digesten → *lectio* = Vorlesung
- Auslegung → *glossa* = laufende, den Text exegetisch interpretierende Anmerkungen
- Zusammenfassende Darstellungen (*summae*)
- Disputation → Streitgespräche (*quaestiones*) unter Studenten oder Studenten mit Dozenten, Inhalt der Gespräche bildete grundsätzliche Rechtsfragen
- *Scholastische Methode (Theologie)*
  - Ausgangspunkt: absolute Autorität bestimmter Texte
  - Aufgabe: *interpretatio* (sehr nahe am Text gearbeitet): Vollendung des Textes durch Harmonisierung und Lückenfüllung → Versöhnung der Gegensätze = dialektisch
  - Rationalismus
  - Mittels Logik und Topik (Argumentationslehre) Lücken zu schliessen und Widersprüche aufzulösen -> Dialektik
- **Funktion des CIC: *ratio scripta* = geschriebene und hohe Vernunft → Autorität**
  - Legitimitätsgrundlage der Rechtswissenschaft → Recht kann nicht neu geschaffen werden → Legitimation durch das Alter und Heiligkeit
  - **CIC durch seine Bearbeitung zu einem *ius commune* fortgebildet**
  - Subsidiarität gegenüber Partikularrecht
  - CIC als Instrument zur Überprüfung des geltenden Rechts: die in Bologna geschulten Juristen führten aufgrund ihrer Ausbildung zu einem wachsenden Einfluss der Rechtswissenschaft auf die Rechtsanwendung
  - Kollisionsregel: Partikularrecht (insbes. städtisches Statutarrecht) geht als spezielles Recht vor, ist aber eng auszulegen

- CIC hat also vorerst subsidiäre Geltung, aber auch Beweisvorzug im Prozess
- **Politische Funktion: Instrument kaiserlicher Herrschaftslegitimation** → Betonung der Kontinuität zum römischen Weltreich (Legitimation an jene der römischen Kaiser zu leihen): Römisches Recht = gemeines Recht = kaiserliches Recht.

### ***Kommentatoren / Konsiliatoren (14.-15. Jh.)***

- Die Kommentatoren aus dem 14./15. Jahrhundert können als eine **neue Generation von Glossatoren** bezeichnet werden, welche sich (oft im Auftrag des Herrschers) vermehrt der Praxis zuwendeten und Gutachten erstellen

Um die Jahrhundertwende ist in viele kontinentaleuropäischen Städten ein Wirtschaftsaufschwung zu beobachten, der den früheren Kapitalismus ankündigte. Der zunehmende Regelungsbedarf führte zu einer Rechtsmasse, die systematisiert werden musste. Als 2 der renommierten Autoren, die gelesen und kommentiert wurden, galten Bartolus und Baldus

- Vermehrte Praxiszuwendung → wirtschaftlichen Entwicklung der ital. Stadtkommunen (insbes. ital. aber insgesamt kontinentaleuropäische Phänomen) → Verfassung von Rechtsgutachten (*consilia*)
- Systematisierung der gesamten Rechtsmasse → Kommentare
- Allm. Lösung von der Autorität des Textes, sodass nicht mehr das einzelne heilige Wort im Vordergrund stand. Die Rechtswissenschaft kehrte sich damit von der strengen Textbindung ab und liess den CIC als leere Hülse erscheinen
- **Ermittlung der *ratio legis***: es wurde durch **logisches Denken** nach der Kernidee eines Textes gesucht, indem dieser als Ganzes in den Fokus gerückt wurde
- Autoritätsargument verlagert sich auf die *opinio communis doctorum* = herrschende Meinung. **die Legitimationsfunktion der Lehre und der Juristen nahm Bedeutung zu.** → die Autorität der Texte hingegen verlor an Bedeutung
- Bartolus de Sassoferato (1314-1357) - Baldus de Ubaldis (1327-1400)
- *Nemo iurista nisi bartolista* (Niemand ist ein guter Jurist, der sich bei Bartolus nicht auskennt.)

### ***c) Rezeption / Rechtstransfer***

Allg: soziokulturelle Prozesse der Übernahme / Verarbeitung ‘fremden’ Kulturguts: **Rezeption als rechtlicher Assimilationsprozess** im 15./16. Jahrhundert

Herkömmliches Verständnis der Rezeption als Übernahme des röm.-kanon. Recht im europäischen MA

- Schlüsselrolle spielten dabei **die von Bologna zurückkehrenden Juristen**, welche geprägt von der römischrechtlichen Ausbildung das **Gedankengut** und die wissenschaftlichen Methoden der Textbearbeitung in ihre Nationen zurücktrugen → Professionalisierung und Verwissenschaftlichung → Neuer Berufsstand der Juristen → Universitätsgründungen

Neuere Ansichten: rechtskulturelle Migration unterschiedlicher Rechtsideen, Rechtsgrundsätze, Methoden und Wertvorstellungen. Im Gegensatz zur national fortschreitenden Entwicklung in der Rechtsetzung entstand aufgrund der gemeinsamen Bezugsebenen (*ius commune*) eine einheitliche europäische Rechtswissenschaft. Rechtsreformen waren faktisch stark geprägt vom *ius commune*, so kam es 1495 auch zur Gründung des Reichskammergerichts

- Entstehung eine einheitliche europäische Rechtswissenschaft aufgrund der gemeinsamen Bezugsebene

Hohe Komplexität von Rezeptionsprozessen

## 2. Rechtsberufe I: Das Notariat

### a) Juristenstand und Rechtsberufe

Der Juristenberuf war im Vergleich zu den meisten mittelalterlichen **Erwerbstätigkeiten nicht standesgebunden**. Vielmehr wurde durch die juristische Ausbildung ein sozialer Aufstieg ermöglicht, der für die Zeit unüblich war. Zudem traten nur wenige Vertreter des Adelstandes ein Studium an, sodass Richterstand überwiegend durch aufgestiegene Juristen belegt war.

- Das **ius commune** diente dem Juristenstand europaweit als rechtlich **einheitliche Grundlage**

- Mit dem **Ausbau des Staatsapparats** ging eine übergreifende Ausfächerung und Ausweitung juristischer Tätigkeiten einher → Verwaltungstätigkeiten, Gerichtsbarkeit usw.

Die zunehmende Involvierung der Juristen in die Staatsmaschinerie barg die Gefahr ihrer Verwendung als blosses Herrschaftsinstrument

Rechtsstudium und juristische Tätigkeitsfelder

- Studium des röm.-kan. Rechts als Grundlage → *ius commune* diente dem Juristenstand europaweit als rechtliche einheitliche Grundlage
- Entwicklung eines von sozialer Herkunft unabhängigen Berufsstandes: Juristenberuf war nicht standesgebunden. Durch die juristische Ausbildung wurde ein sozialer aufstieg ermöglicht

Kleriker-Juristen

Laien-Juristen → Verwaltung, Gerichtsbarkeit, Beratung

- Mit dem Ausbau des Staatsapparates ging eine übergreifende Ausfächerung und Ausweitung juristischer Tätigkeiten einher → Verwaltungstätigkeiten, Gerichts- ... → Gefahr Verwendung als blosses Herrschaftsinstrument

## b) Entwicklung des Notariats

### Antike

- Röm. Kaiserreich: *Tabellionat* (seit 3. Jh. n. Chr.)
- Ostrom, Justinian (6. Jh.): eingehende Regelung des Notariats

### Mittelalter

- FrühMA: Langobarden → *scriba*
- FrühMA. Franken → *notarius*
- Karolinger (8.-9. Jh.): Pfalznotare, die an kaiserliche Autorität angebunden sind
- 1215: 4. Laterankonzil: Verfahren vor geistlichen Gerichten (*Offizialate*) müssen **protokolliert** werden
- **Zunehmende Bedeutung des Urkundenbeweises** → Siegelurkunde (erstellt durch Gerichtsnotare) oder Notariatsurkunde (*instrumentum*; erstellt von öff. Notaren, genießt öff. Glauben allein durch Unterschrift und Signet des Notars)
- 13. Jh., Oberitalien (Bologna): Ausbildung in der *ars notaria*
- Rolandinus de Passageri (ca 1215-1300), wichtigster Notar und Gründer einer Notariatschule; seine *Summa totius artis notariae* (1255) als massgebliches Standardwerk bis ins 18. Jh.
- 13. Jh.: Ausbreitung des öff. Notariats über die Alpen nach Nordeuropa
- Unterscheidung von Notaren kaiserlicher und päpstlicher Verleihung
- SpätMA: Starke Zunahme von kaiserliche Notaren, durch Hofpfalzgrafen oft ohne Prüfung ihrer Eignung ernannt → Missstände

## Neuzeit und Moderne

- **1512 Reichsnotariatsordnung (RNO)** → Rahmengesetz mit minimalen Anforderung an Ausbildung und Ausübung des Notariats
- **Neuzeit: Konkurrenz zwischen öff. Notaren und Schreiber**
  - Aufbau von herrschaftlichen Verwaltungsstrukturen
  - Schreiber in den Kanzleien oft ohne Universitätsausbildung
  - Rechtsgelehrte Stadtschreiber als politisch bedeutsam Figuren (z.B. Alexander Mornauer in Landshut, Renward Cysat in Luzern)
  - Gerichtsschreiber
- **Französische Revolution: 1803 Notariatsgesetz:** Es handelt sich um ein öffentliches Notariat, welches strikt von anderen Rechtsberufen getrennt wurde. Ebenso wurde das Notariat staatliche bestellt und es herrschte ein Notariatszwang - Das Notariat wurde in den Notariatskammern durchgeführt - Ebenso führte das Notariatsgesetz zu einer unmittelbaren Vollstreckbarkeit von Notariatsurkunden - Das französische Modell wurde in ganz Europa exportiert
  - Öffentliches Notariat, strikt von anderen Rechtsberufen getrennt
  - Staatliche Bestellung und Notariatszwang
  - Notariatskammern
  - Unmittelbare Vollstreckbarkeit von Notariatsurkunden
- Exportierung des franz. Modells in Europa

### *c) Die Entwicklung im Gebiet der Schweiz*

#### **FrühMA: Kanzellariat**

- Beizug von Schreibern in den Stammesrechten erwähnt
- Ausbildung des öff. Kanzellariats → freiwillige Gerichtsbarkeit insbes. im Immobilienverkehr, die Ausbildung wurde von der von der Kirche übernommen

#### **Hoch- und SpätMA**

- Das *Verhältnis von Siegelurkunde und Notariatsinstrument* und die Mischformen

- Die Notare stellten sich aus Klerikern, dem städtischen Patriziat und vollamtlichen und nebenamtlichen Notaren zusammen. Das öff. Notariat breitete sich über die südalpinen, westlichen und nördlichen Gebiete aus
- Herkunft und Stellung der Notare
  - Kleriker
  - Städtisches Patriziat
  - Vollamtliche und nebenamtliche Notare, Stadtschreiber
- Notarssignete
- Ausbreitung des öff. Notariats
  - Kontroverse über die massgeblichen Kriterien (Elsener vs. Caroni)
  - Südalpine Gebiete → Einfluss der oberitalienischen Städte
  - Westliche Gebiete → Einfluss der Grafschaft Savoyen
  - Nördliche Gebiete → Vorherrschaft der geistlichen Gerichte (*Offizialate*) und der Stadtschreiber (z.B. Zasius, Cysat, Tengler)

### **Frühe Neuzeit**

- Nördliche Gebiete: Siegeszug des Amtsnotariats / Ausnahmen: Stadt Basel, Bern
- Südalpine Gebiete: kontinuierliche Präsenz des öff. Notariats
- Westliche Gebiete: öff. Notariat mit strenger herrschaftlicher Kontrolle

### **Das lange 19. Jahrhundert**

Während der Helvetik kannte die CH keine einheitliche privatrechtliche Rechtsordnung → die CH übernahm mehrheitlich die französische Gesetzgebung. Nach 1803 (Während der Mediationsakte) erarbeiteten viele Kantone privatrechtliche Kodifikationen, welche sich sowohl am Code Civil als auch am ABGB orientierten. Einige Kantone verblieben jedoch bis zum Inkrafttreten des ZGB 1912 weiterhin ohne Zivilrechtskodifikation

- Übernahme des franz. Modells

- Sonderstellung Basels: erste Universität (Mittelalter einzige, andere nur einige Schule)
- Konsolidierung des Amtsnotariats insbes. in Zürich

### **Die Einführung des ZGB (1912)**

- Amtsnotariat
- Freiberufliches Notariat
- Mischformen
- Zulassung der Frauen zum Notariat

## **3. Gelehrtes Recht und Rechtsgelehrte**

### *a) Kirchenrecht*

#### **Die Rolle der Kirche im Mittelalter**

Im 6. Jh. fielen die Barbaren in das römische Reich ein und markierten damit den Zusammenbruch der Antike. Dies bedeutete auch der Entfall einer zentralen politischen Gewalt. Die Kirche genoss zu dieser Zeit grosses Ansehen und galt als kulturell stärkste Organisation, welche anhand des kanonischen Rechts (Zusammentragung päpstlichen Entscheidungen) soziale und politische Aufgaben zu übernehmen vermöchte

#### **→ Universalanspruch der kirchlichen Rechtsordnung**

Da das kanonische Recht als oberstes Ziel dem Seelenheil (Paradies) dienen sollte, war es im Gegensatz zum westlichen Recht sehr einzelfallorientiert (case – law) und betonte den Vorrang der individuellen vor der formalen Gerechtigkeit → erreicht wurde dies durch Billigkeitsklauseln und Ausnahmeregelungen. Das kanonische Recht deckte einen weiteren Bereich als der CIC ab

- Nach Zusammenbruch der Antike ist die Kirche die stärkste Organisation
- Aufbau einer universellen Rechtsordnung
- Bis ca. 1200 Kampf gegen innere Häresien und externe Bedrohungen durch weltliche Herrscher
- Allm. Verfestigung der kirchlichen Machtposition auf naturrechtlicher Basis (Normtrias, Thomas von Aquin)

## Das kanonische Recht

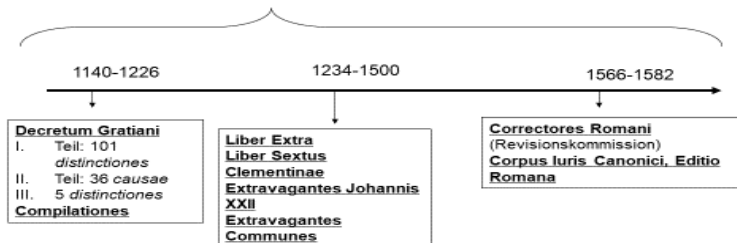
*Entwicklung des kanonischen Rechts* → Kanonische Recht als **Corpus Iuris Canonici** war das Produkt der **mittelalterlichen Rechtsschöpfungstätigkeit der Päpste**. Päpstliche Entscheidungen wurden **harmonisiert** und durch weitere kirchen – rechtliche Materialien ergänzt. Die Kirche wurde durch ihre **Institutionelle und gesellschaftlich unabdingbar gewordene Position immer stärker vom Recht geprägt und prägte ihrerseits dieses mit**. Die entwickelte sich fortlaufend zu einer Art Rechtskirche

- Recht in Zusammenhang mit Seelenheil zu betrachten → Billigkeit (*aequitas*), Variabilität, case-law
  - Flexibilität, individuell, man muss von Fall zum Fall entscheiden
  - Billigkeit: Einzelfall Gerechtigkeit, welche ist im konkreten Fall die besten Lösung?
- Schriftlichkeit im Vordergrund
- **Zentrale Rechtsquelle: päpstliche Dekretalen** (Verwaltungsakt – Urteil – Gesetz)
- Zunehmendes Bedürfnis nach Sammlung und Harmonisierung der Rechtsmasse (vgl. Anhang 1)
  - 1140 Gratian: *Concordia discordantium canonum* (Übereinstimmung entgegenstehender Regeln), auch *Decretum Gratiani* genannt → private Arbeit, Bologna
  - *Compilationes* (1187-1226)
  - 1234 *Liber extra*: päpstlicher Auftrag, offizielle Kompilation
  - 1298 *Liber sextus*: päpstl. Auftrag, Exklusivität, päpstl. Promulgation
  - 1317 *Clementinae*
  - Um 1500 *Extravagantes*
  - 1566 Reformkommission (*Correctores Romani*)
  - 1582 bereinigte offizielle Ausgabe (*Editio Romana*) → Bezeichnung als *Corpus Iuris Canonici* (parallel dazu 1583: *Corpus Iuris Civilis*)
    - (a) Rechtsmassen des kirchlichen Recht (Sammlung)
  - Erst 1917 moderne Kodifikation des kanonischen Rechts: *Codex Iuris Canonici* (rev. 1983)

- Kirche versteht sich als Rechtskirche → Gesetzgebung, Jurisdiktion (*Rota Romana*)
- Absolutistische Tendenz zur Gesetzgebungsmacht

## Anhang 1

### **Corpus iuris canonici (1140-1582)**



Prof. Luminati

Rechtsgeschichte

1

Editio Romana nach Konsilium Trento (Spezial Kommission gefasst um das Corpus zu revidieren).

### b) Rechtsgelehrte

**Bologna als nutrix legum → Grundlage für Universitäten und Juristenausbildung**

**Scholarenprivileg von Kaiser Friedrich Barbarossa (1155, Text 10)**

Friedrich I. Barbarossa wurde 1155 in Rom durch den Papst zum Kaiser gekrönt, was den Höhepunkt kaiserlicher Macht symbolisiert. Die Kaiser legitimierten im Mittelalter ihre Macht in Anlehnung an das römische Imperium: Konkret wurde das Herrschaftsverständnis, welches im CIC vermittelt wurde, übernommen. Danach hatte all jene Gesetzeskraft, was vom Herrscher beschlossen wurde

- Entstehung
  - Zusammenwirken von Bologneser Juristen und kaiserlichem Hof
  - Mai 1155: Romzug von Barbarossa (wo vom Papst legitimiert werden soll) → Zwischenhalt in Bologna → Zusammenkunft mit den *Doctores*
  - Gemeinsame Verfassung des Privilegs → **gemeinsames Interesse an Kontinuität zum römischen Reich**
  - Datierung 1158 später eingefügt (Reichstag von Roncaglia)
- Inhalt
  - Lob der Gelehrsamkeit

- Schutz vor jeglicher Form von Unrechtzufügung (*iniuria*)
- Verbot von Repressalien → unsittliche Rechtsgewohnheit (gilt noch heute im VölkR)
- Bei Verstoss Schadenersatzpflicht und Ehrenstrafen
- Besonderer Gerichtsstand (Analogie zu Justinians Privileg für die Rechtsschule von Beirut)
- Niederlassungsfreiheit
- Wirkung
  - Allg. Formulierung → keine Begrenzung auf Bologna
  - Ausdehnung auf Kanonisten und Feudisten
  - *Einfügung in Corpus Iuris Civilis* → Rang eines kaiserlichen Gesetzes

### **Der Juristenstand**

- Gemeinsame Ausbildung
- Kein einheitlicher Abschluss
- Eindringen in Verwaltung und Justizwesen
- Gemeinsamer Schutzpatron: Hl. Ivo Hélorý (1253-1303)
- Spannungsverhältnis zur Laienwelt: «Juristen sind böse Christen»

### *c) Ausbreitung des gelehrten Rechts (13.-16. Jh.)*

Das gelehrte Recht breitet sich aus durch:

- Rolle der geistlichen Gerichte
- Übergreifen auf weltliche Rechtspraxis
- Verwissenschaftlichung und Professionalisierung der Rechtssystem → voll Rezeption
- Einfluss der gelehrten Juristen auf die Praxis durch Aktenversendung und Beisitzerfunktion in Landesgerichten
- Einheitliche europäische Rechtskultur

## II. Frühe Neuzeit

### 1. Humanismus und Rechtswissenschaft

#### a) Humanismus / Renaissance

##### Individuum

- **Geistige Autonomie des Individuums** (*uomo universale*) gegenüber den Autoritäten zu erklären und somit den Menschen in den Mittelpunkt weltlicher Ordnung zu rücken

Als zweite Wiederentdeckung des römischen Rechts setzten der **Humanismus** und die Zeit der **Renaissance** ein. **Ziel** war es, *die geistige Autonomie des Individuums gegenüber den Autoritäten zu erklären und so den Menschen in den Mittelpunkt weltlicher Ordnung zu rücken*

Im Vordergrund stand insbes. die **Forderung nach weltlicher Bildung**, welche umfasste:

- Rückbesinnung (ad fontes!) auf die reinen Quellen der Antike und damit auf das originäre römische Recht → Entstehung der Philologie
- Ablehnung mittelalterlicher Bearbeitungen und Autoritäten → die Arbeit der Glossatoren und Kommentatoren galt als Verunreinigung
- **Verzicht auf Autoritätenkult** und Ablehnung der scholastischen Methode → reines Vernunftargument. Diverse Bereiche umfassender Reformwille im Reformationszeitalter

**Antikenkult** → *Ad fontes!* Rückgriff auf die 'reinen' Quellen der griechisch-römischen Kultur

Die Antike wurde idealisiert, i.S. der Mythologie und Metapher. Es wurde auf den antiken Autoren zurückgegriffen. Es herrschte eine Autoritätskritik sowie Rationalismus (I) **Reformation(en)**: es gab religiöse, politische, wissenschaftliche und kulturelle Reformationen (II) **Buchdruck**

- Klass. Latein vs. Vulgärlatein des MA
- Mythologie, Metapher, antike Autoren
- Idealisierung der Antike: Neubeginn zwecks Modernisierung
- Autoritätskritik (Scholastik) und Rationalismus
  - Kritik auf Scholastische Methodik
  - Rationalismus: sich auf eigene Vernunft stützen

Reformation(en) → religiös, politisch, wissenschaftlich, kulturell

Rolle des Buchdrucks (Gutenberg, 1448)

- schneller Verbreitung von Ideen und Theorien

b) *Humanismus und Rechtsentwicklung*

***Mos italicus und mos gallicus***

- ***Mos italicus als vorherrschende Unterrichts- und Arbeitsmethode***
  - Herrschende Meinung der Gelehrten (*communis opinio doctorum*)
  - Komplexe Lehre der Vermutungen
  - Orientierung an Autoritäten
  - Bartolus
- ***Mos gallicus / Elegante Jurisprudenz***
  - der von Humanisten eingeführten Rechtsstil, der an die Stelle der kritisierten mittelalterlichen Rechtswissenschaft trat
  - «Rekonstruktion einer historisch begründeten, humanistisch gebildeten und sprachlich-philologisch im Sinne des klassischen Lateins geläuterten Rechtswissenschaft» (vgl. Text 17)
    - (a) Ersetzung der mos italicus durch eine historisch-philologische Methode
    - (b) systematische und logische Rekonstruktion der römischen Rechtsquellen
  - **Politischer Hintergrund: Königreich Frankreich**
  - *Ad fontes!* → *Historisch-philologische Methode zur Erschliessung des 'echten' römischen Rechts* → Neuedition des CIC durch D. Gothofredus, 1583 (die den Glossatoren dienenden Versionen des CIC als Verunreinigungen des klassischen Originals betrachtet)
  - **Kritik an Autoritätsgläubigkeit** und weitschweifige Kommentare
    - (a) Barbarei, Verunreinigungen (*contaminazioni*)
  - Univ. Bourges (1464 gegründet): Andreas Alciatus und Giulelmus Budaeus → Basel, Freiburg i Br., Genf

- in französischen Unfall entsteht diese neue Schule, wo aber nicht alle Juristen Französisch sind
- römisches Recht neu zu bearbeiten, auch griechische Quellen: das klassische Modell gegenüber das barbarische (Mittelalter); Rolle der Philologie
- Humanisten-Klage über die Juristen

### **Entwicklung im Heilige Römischen Reich**

- Zeitliche Überlagerung von Rezeption und Kritik an *mos italicus*
- Reformwille insbes. auf pädagogischer Ebene
- **Ulricus Zasius (1461-1535)**

Als eleganter Jurisprudenz (**mos gallicus**) bezeichneten die Humanisten den von ihnen eingeführten Rechtsstil, der an die Stelle der kritisierten mittelalterlichen Rechtswissenschaft (*mos italicus*) trat. Die an Autoritäten orientierte scholastische Methode wurde durch eine historisch – philologische ersetzt, welche eine **Rekonstruktion der ursprünglichen (antiken) römischen Rechtsquellen anhand Regeln der Logik ermöglichen und sie systemtauglich machen sollte** → nicht erst die Bearbeitung der Gloss- und Kommentatoren, sondern bereits die den Glossatoren dienenden Version der CIC wurden als Verunreinigungen des klassischen Originals betrachtet

**Vordenker der Bewegung war Ulrich Zasius:** «denn die Wahrheit im Recht wird nur aus dem Text selbst und aus dem Vernunft, nicht aber aus der Autorität von Doktoren geschöpft

- Ueli Zäsi (Gerichtsschreiber, Notariatsausbildung, Stadtschreiber, Rechtsstudium in Freiburg i. Br., Rechtsprofessor)
- Humanistenkreise (Erasmus von Rotterdam)
- Prägende Lehrtätigkeit
- Gemässigte Position
- Gesetzesredaktor Freiburger Stadtrechtsreformation (1520)
  - (a) Legales Recht zu systematisieren
- Frühmoderne Staatlichkeit und neue Rechtsquellenhierarchie

- Gesetzgebungsmacht in Begriff von Herrschaft: Monarch beschränkt von Gesetzgebungsmacht
- Vorherrschaft des territorialen Rechts
  - (a) Stadtrecht, Landesrecht: Erforderlichkeit neue Bereiche zu regeln
- Neue Regelungsbereiche finden nur spärliche Grundlagen im IC (insbes. Staatsrecht, Strafrecht)
- Territoriale Rechtskompilationen in ganz Europa → Stadtrechtsreformationen, Landrechte
  - (a) nicht gleiche Autorität wie kaiserliche Recht
- Interesse an nationale Rechtsgeschichte → Hermann Conring, *De origine iuris germanici*, 1643 → keine Kontinuität zwischen römischem und mittelalterlichem Reich, punktuelle Rezeption durch Rechtsgelehrte und Praxis
- Notwendigkeit der Neuorientierung für die gelehrten Juristen

Aufkommen populärer Lehr- und Handbücher in deutscher Sprache

- Vermittlung des gelehrten Rechts für Laiengerichte
- Ulrich Tengler, *Layenspiegel* (1509), Humanisten
- *Klagspiegel* (1516 gedruckte Version; entstanden um 1436)
- Veröffentlichung von Urteilen des Reichskammergerichts (1563)

### ***Usus modernus pandectarum***

Da die Kritik am CIC die Bedeutung des *ius commune* zwischenzeitlich relativiert hatte, kam es zu einem wachsenden Interesse an der nationalen Rechtsgeschichte, was wiederum zu einer Vielfalt an Rechtsquellen führte. Dieser Situation hatte die Rechtswissenschaft mit **praxisbezogenen Methoden** zu begegnen.

Um die Wende des 17/18 Jh. machten sich somit wissenschaftlich arbeitende Juristen daran, das Programm von Ulrich Zasius umzusetzen, **wobei eine praktikable Anpassung des *ius commune* an die aktuellen Lebensverhältnisse angestrebt wurde.** Die neue Richtung wurde einem Buchtitel entsprechend als «*Usus Modernus Pandectarum*» (= moderne Gebrauch der Pandekten) bezeichnet. Prägend war zudem der vernunftgeleitete Einbezug der Rechtsprechung in die Wissenschaft, sodass *ius commune* und heimisches Recht immer stärker verschmolzen

- Wachsenden Interesse an der nationalen Rechtsgeschichte, was wiederum zu einer Vielfalt an Rechtsquellen führte. Dieser Situation hatte die Rechtswissenschaft mit praxisbezogenen Methoden zu begegnen:
  - 17./18. Jahrhundert: Juristen wollten das Programm von Zasius umzusetzen, wobei eine praktikable Anpassung des ius commune an die aktuellen Lebensverhältnisse angestrebt wurde.
  - Samuel Stryk, *Specimen usus moderni pandectarum*, 5 Bände, 1690-1710
- Praxisorientierte, zeitgemässe Beschäftigung mit dem römischen Recht
- Abkehr von scholastischer Methode
- Dogmatische Behandlung des Territorialrechts und der Rechtsprechung
  - nationale Rechtswissenschaft: ius commune und heimisches Recht immer stärker verschmolzen
- Rechtsunterricht berücksichtigt auch regionale Rechtsentwicklung

*c) Die Sonderentwicklung in den eidgenössischen Gebieten (Texte 16 und 18)*

Durch ein Thurgauer Gerichtsfall aus dem Erbrecht mit einem Eintrittsproblem der Rechtsfolge kam es zu einer **materiellen Übernahme des römischen Rechts auch in eidgenössische Gebieten**. Jedoch gab es Widerstände gegenüber dem IC

Laiengericht vs. rechtsgelehrter Anwalt / Landrecht vs. IC

Thurgauer Gerichtsfall aus dem Erbrecht

- Probleme der Erbfolge (Eintrittsrecht) → materielle Übernahme des römR auch in eidg. Gebieten
- Widerstände gegenüber IC

**Eidgenössische Gebiete als Zonen ungelehrten Rechts**

- SpätMA → Verwissenschaftlichung und Professionalisierung
- Frühe NZ → geringe Präsenz gelehrter Juristen
- **Gründe**

- Exemption vom Reichskammergericht
- Schwabenkrieg und Ablehnung der Reichsreformen
  - (a) Ablehnung durch die monarchische Motivierung der Reformen zu erklären, welche die Eidgenossenschaft nicht teilte (alte Eidg. eher oligarchisch)
  - (b) Eidgenossenschaft wurde aufgrund ihre Sieg von Höchstgerichtsbarkeit des RKG ausgenommen
- Sozio-ökonomischer Wandel → Wirtschaftskrise nach 1450 → Schwächung der Vormachtstellung der Städte → Söldnerdienst und Grossviehzucht → politische Vormacht der Landorte (Stanser Verkommnis 1481)
- Kein Bedarf nach gelehrtem Recht und Rechtsgelehrten → **helvetischer Pragmatismus, oligarchisch-patriarchale Strukturen**

## 2. Rechtsberufe II: Professionalisierung der Richterschaft

### a) Periodisierung der Entwicklung der Gerichtsbarkeit in Europa

**Veränderung hinsichtlich der Konfliktlösung ist im Frühmittelalter (7-9 Jh.)** → Die bei den Germanen noch gängige Art der Konfliktaustragung durch Rache und Fehde wurde schrittweise durch die Einführung von Verfahrensstrukturen abgelöst → Bsp. Für diese geregelte Kampfaustragung ist der Sachsenspiegel (1220-1235)

Die Schlichtungsverfahren entbehrten jedoch nicht jeglicher Gewalt, sondern waren weiterhin von ihr geprägt. Dennoch traten neben die archaische Form der Bereinigung strukturierte **Verfahrensregelungen**, welche es ermöglichten, die ausgetragene **Gewalt zu kontrollieren**. Diese historische Entwicklung war jedoch auch vom Rückschlagen in die rein blutige Racheausübung geprägt

1. FrühMA (7-9 Jh.): **Institutionalisierung** → von offener Aggression zu kontrollierten Streitlösungsverfahren

- Einführung von Verfahrensstrukturen
- Neben die archaische Form der Bereinigung traten strukturierte Verfahrensregelungen, welche es ermöglichten, die ausgetragene Gewalt zu kontrollieren.

2. Hoch- und SpätMA (10-14 Jh.): **Feudalisierung und Kommunalisierung**

- *Entstehung erste Gerichtsbarkeitsstrukturen*
- Zuordnung der Gerichtsbarkeit zu Personal- oder Territorialverbänden

Gerichtsbarkeit ist entweder personal oder territorial gebunden

- **Personelle Gerichtsbarkeit** umschreibt das rechtliche Verhältnis zwischen Personengruppen wie dem Lehnsherrn und seinen Leibeigenen
- **Territorial Gerichtsbarkeit** wird mittels öffentlicher Einrichtungen (Verwaltungsapparat) auf einem zusammenhängenden Territorium ausgeübt
- **Gerichte unterstanden direkt dem König** → Gerichtsgewalt ist Eigenschaft der Herrschaft und stellt damit ein Herrschaftsattribut dar
- Entstehung Konfliktlösungsorgane und -Mechanismen
- Feudalherren Richter in ihrem Herrschaftsgebiet
- Materielle Beurteilung
  - Eskalation zu vermeiden (wie früher)
  - materielles Recht: Verfahren viel später, jetzt nur Gewalt vermeiden

### Übergang in die frühe Neuzeit:

SpätMA-Frühe NZ (14-17 Jh.): *Territorialisierung und Professionalisierung*

- Territoriale Gerichtsorganisation (Herausbildung von administrierten Flächenstaaten) führte zur Professionalisierung der Verwaltung und damit des Justizapparats als Ganzes → Autonomisierung der Justiz
- Bedürfnis, die Justiz von der Herrschaft zu lösen
- Verfahrensrationalisierung
- Eindringen gelehrter Juristen
  - Nebst den in den ländlichen Gebieten vorherrschenden Laiengerichten, kam es zu einer **spezialisierten Gerichtsbarkeit, welche Sache der Juristen wurde**

### 18. Jh.: Bürokratisierung und Disziplinierung

Mit den modernen Herrschaftsideologien nahm auch der Bedarf der Justiz zu, sich aus dem politischen System **auszudifferenzieren** → Die Justiz **autonomisierte** und **disziplinierte** sich weiter, was sich auch in der verstärkten eigenständigen *Bürokratisierung der Justiz* äusserte

- Spezialisierung der Justiz

Ende 18. Jh-19. Jh.: **Konstitutionalisierung**

- Konstitutionalisierung: viele Gebiete autonome Verfassungen gaben → Staatenbildung
- Diese Entwicklungen und die Loslösung der Justiz von der Politik führten zu neuen staatsideologischen Bedürfnissen. Folgenerscheinungen davon sind
  - Gewaltenteilung
  - Rechtsstaatsprinzip/Legalitätsprinzip
  - Gerichtliche Kontrolle staatlichen Handelns

*b) Mittelalterliche Gerichtsbarkeit*

### **Mündlichkeit und Förmlichkeit**

**Archaischen Prozess** → die Prozesse in den archaischen Gesellschaften waren **öffentlich**: dies diente der *soziale Kontrolle*, da eine **Beteiligungspflicht** bestand → Sippenmitglieder waren verpflichtet, zum Verhandlung zu kommen Die Bussenkataloge wie die lex salica dienten dabei als Orientierungslinien im Prozess. Die archaischen Prozesse sind von einer **strengen Förmlichkeit**, d.h. **Ritualität** geprägt: die *Einhaltung der strengen formalistischen Auflagen, die oft diktiert wurden, war massgebend für den gültigen Prozessausgang* → **Prozess war mündlich zu halten**

Das Ritual wurde durch Vorsprecher begleitet, welche als Rechtskundige einzig die formale Richtigkeit, nicht aber die materiell-rechtliche Lage zu bewerten hatten

- Bussenkataloge wie die lex salica dienten dabei als Orientierungslinien im prozess
- von einer strengen Förmlichkeit (Ritualität) geprägt: die Einhaltung der streng formalistischen Auflagen, die oft diktiert wurden, war massgebend für den gültigen Prozessausgang. Der Prozess war somit stets mündlich zu halten.
  - Ritual durch Vorsprecher begleitet, welche die formale Richtigkeit zu bewerten hatten

Unmittelbare Beteiligung der Rechtsgemeinschaft → Öffentlichkeit

- dies diente der sozialen Kontrolle (Beteiligungspflicht)

Ziel des archaischen Prozesses: **Beweisurteil** und Ordale zu fällen

- Zuerst wurde anhand des Bussenkatalogs ein Urteil gefällt, mit welchem dem Betroffenen eine Busse auferlegt wurde
- Die tatsächliche Pflicht zur Busszahlung wurde erst durch das nachfolgende Verfahren begründet
- Im Verfahren hatte der Betroffene einen streng formalen Eid abzulegen, wobei er bei gelungener Erfüllung für schuldlos befunden wurde → gelang es einem Beschuldigten nicht, das Ritual fehlerfrei zu erfüllen oder den Kampf zu gewinnen, so wurde in diesem Mangel/Misslingen das negative Urteil Gottes erblickt
- Der Beweis der (Un-)Schuld erfolgt somit nicht durch die Sache selbst, sondern durch eine **höhere (göttliche) Gewalt** → Das Gottesurteil übernahm somit Friedens- und Gerechtigkeitsgarantie
- **Beweisformen** waren
  - **Die Ablegung eines Eids**: Stotterte der Beschuldigte oder versprach sich, so wurde in diesen Fehlern und dem Misslingen des Beweises das göttliche Urteil erblickt (bedingte Selbstverfluchung)
  - Der **Zweikampf** oder andere **Elementordalen** (körperliche Proben), in welchen sich das Gottesurteil äusserte
  - Teilweise wurden auch Zeugen in den Prozess eingebunden, welche als Eideshelfer die Aufrichtigkeit bezeugen konnten
- Vorerst wurde nur ein Vorwurf gemacht, die Schuld jedoch davon abhing, ob der Betroffene sich durch den Eid oder die Probe von diesem Vorwurf reinigen konnte. Gelang die Reinigung → unschuldig; falls nicht → schuldig; der Vorwurf wurde somit durch **Gottesurteil zum endgültigen Beweis** oder verfiel.

**Duale Struktur/dualistische Gerichtsmodell** → Richter (Verfahrensleiter, Herrschaftsvertreter) und Schöffen

- **Richter**: Kein Entscheidungsträger, sondern lediglich verfahrensleitende Funktion. Die Entscheidungsmacht stand Gott zu → Richterfunktion übernahm der König

- **Urteiler:** Nach jeder Rede und Gegenrede der Parteien, welche streng formal abzuhalten waren (orientiert an Vorsprechern), hatte das Urteilerkollegium über die Konformität zu befinden, bis es schliesslich das Beweisrecht einer Partei zusprach
- Die streng formalisierte Vorgehensweise im Prozess ermöglichte *eine zeitliche Beschränkung der bewaffneten Auseinandersetzungen* und erfüllte damit (vorübergehend) Friedensfunktion
- oft Richter ist der König selber, andere Mal ein Herrschaftsvertreter
- Schöffen: Gemeinschaft repräsentieren: sie beweisen gewisse Tatbestände

Unüberschaubare Vielzahl von Gerichten

Zentrale Gerichtsbarkeit im Reich → Königsgericht → Reichshofgericht → Kammergericht (1415)

- Kammergericht untersteht dem Königsgericht: Versuch Trennung zwischen König und Gericht

### c) Das Reichskammergericht (RKG)

In der früheren Neuzeit wurde die Justiz zunehmend zur Verwaltungsaufgabe, so kam es, dass 1495 das Reichskammergericht als höchste Gerichtsbarkeit nebst den lokalen Gerichten eingerichtet wurde. Das Reichskammergericht wies eine **duale Struktur** auf, wobei jedoch die Funktion von Richter und Urteiler umgedeutet wurde.

Reichsreformen (1495) → Reichsfrieden (Zusammenspiel bildet das Reich): RKG als höchste Gerichtsbarkeit nebst den lokalen Gerichten (zunehmende Verwaltungsaufgabe der Justiz)

RKG als *Kompromiss zwischen Kaiser und Ständen* → **Dualismus**

### Organisation

- **Kammerrichter und Urteiler** → unterschiedliche Ernennung, **duale Struktur**
  - Der Kammerrichter übernahm die Vertretung des Kaiser und wurde durch den Papst legitimiert. Gleichzeitig sollte die Gerichtsbarkeit jedoch vom Kaiser getrennt sein; dies wurde räumlich erreicht
  - Als Vertreter der Stände wurden **Beisitzer** entsandt

- Die Struktur des Reichskammergerichts sollte das politische System bzw. die Verfassungshierarchie widerspiegeln Zunehmende Professionalisierung → Erhöhung der fachlichen Qualifikationen und Aushöhlung der adligen Position
- Voraussetzungen für die Aufnahme waren das **Rechtsstudium und Praxiserfahrung** → *Das Reichskammergericht war dadurch geprägt, dass die fachlichen Anforderungen an die Mitglieder zunehmend erhöht wurden* → Professionalisierung der Rechtsprechung
- Entwicklung durch die **Rezeption des ius commune** gefördert, welcher zu einer Verwissenschaftlichung der Rechtspflege führte (trotz subsidiäre Stellung war ius commune massgebend)
- **Übergang zur materiellen Rechtsfindung** → das Recht war nicht mehr nur formale und strukturgebende Leitplanke des Verfahrens, sondern Teil des Verfahrensinhalts selbst
- RKG orientiert sich stark an der **geistlichen Gerichtsbarkeit** (starke Verbindung zum Papst)
- Örtliche Trennung vom kaiserlichen Hof (Speyer, Wetzlar)
- Parteienvertretung: gelehrte Richter, Notäre, Advokaten und Prokuratoren, Fiskalen (Vertreter königliche Geldinteresse)

### **RKG-Prozess (Cameraleprozess)**

- Schriftlichkeit
- Verhandlungsmaxime: Parteien, ...
- Dispositionsmaxime: Parteien entscheiden über Fortsetzung Prozess (wo kein Kläger, kein Richter)
- Artikelprozess
- Eventualmaxime (erst seit 1570): versucht Prozessverlängerungen zu "lösen"
- Keine schriftliche Begründung → 1564 Veröffentlichung der Urteile durch private Autoren: erst mit französische Revolution Begründungszwang

### **Rechtsgrundlagen → IC (ius commune), partikulare Rechte**

- man muss rechtgelehrt sein (Recht studiert haben)

## Kompetenzen

- **Erstinstanzlich:** Funktion: *Eindämmung von Gewalt und Durchsetzung Landfrieden*
  - Landfriedensbruch (Fehdeverbot): Reichsgericht muss dafür sorgen
  - Zivilrechtliche Klagen gegen Reichsunmittelbare → Untertanenprozesse direkt an RKG
  - Beschwerden wegen Rechtsverweigerung und –verzögerung und groben Rechtsverletzungen → Justizaufsicht direkt an Reichskammergericht
  - Mandatsprozesse → vorläufiger Rechtsschutz (Unterlassung Befehle, ...)
    - (a) summarische Verfahren -> direkt zur RKG um gegen Willkür geschützt werden
- **Appellation gegen territoriale Obergerichte** → Einschränkungen durch Privilegien; Privilegien versuchen RKG nicht als Erstinstanz kommen zu lassen
  - Evokationsprivileg (primäre Zuständigkeit der örtlichen Gerichtsbarkeit; nicht direkt an kaiserliche Gericht)
  - Appellationsprivileg → Rechtsweg an RKG abgeschnitten
  - Exemptionsprivileg → Zuständigkeit der Reichsgericht generell ausgeschlossen (z.B. Eidgenossenschaft, Österreich und Böhmen)

## Bedeutung RKG

- Konflikte Kaiser-Stände schwächen RKG → Glaubenskämpfe (Kaiser katholisch, viele Stände Protestant → jedes Land kann über seine Religion entscheiden)
- Politische Funktion durch Untertanen- und Mandatsprozesse
- Effizienz? (Viele Verfahren nie abgeschlossen, Dauer von viele Jahren)

### d) Der Reichshofrat (RHR)

Mit Kaiser eng verbunden → *unter direkte Kontrolle des Kaisers*

Aus Königsrat hervorgegangen

- Ratfunktion → heisst wie ein Staatsrat mit auch Gerichtsfunktion (gerichtliche Aufgabe)

Steht unter direkter Kontrolle des Kaisers → Gegengewicht zu RKG

Keine detaillierte Verfahrensregelung: nur reine Schriftlichkeit

Verzicht auf Prozessformalien, reine Schriftlichkeit

Einsetzung von Kommissionen → Schlichtungsversuche (Vermittlungsfunktion); Scheidsfunktion in Konfliktfälle -> zwischen Parteien vermitteln (gerichtliche Funktion)

#### e) Zentralgerichtsbarkeit in Europa

Kirche → Heilige Rota (1331): Gremium mit Rechtsfragen beraten

Frankreich (Monarchie) → *Parlement de Paris*

- Konsolidierung der kgl. Gewalt seit 13. Jh.
- Auch gesetzgeberische Funktion → *arrêts de reglement*
- Frühe Professionalisierung → *noblesse de robe*: beschränkt Absolutismus durch Parlamentsautonomie
- Stärkere Anbindung an den König im Absolutismus: Zuständig für Strafvollstreckung und Strafverfolgung war einzig der Staat, Richter nur Ermittlungs- und Urteilsfunktion

England (starke Zentralisierung)

- Entstehung von *high courts* seit 13. Jh.
- Oberste Gerichtsinstanz und Beratungsgremium des Königs → *Curia regis* → Aufspaltung in
  - *Court of Exchequer* (Finanzsachen)
  - *Court of Common Pleas* (Grundeigentum, Obligationen)
  - *Court of King's Bench* (Straffälle) -> höchste Gericht
- *Court of Chancery* (Ende 15. Jh.) → *equity*: Billigkeit, weil common law zu rigide sei, Entscheid nach Recht und Billigkeit

#### f) Ausblick

18. Jh.: Bürokratisierung und Disziplinierung

- Absolutismus und Rationalisierung der Justiz
- Kontrolle und Disziplinierung der Justiz -> Korruption des Richters (-> Tod)

- Ausdifferenzierung Justiz – Politik, Justiz – Verwaltung
- Bindung durch Kodifikation als zentrale Element der Gesetzgebung -> rein Versuch Gericht viel stärker an Gesetze zu binden
- Misstrauen gegenüber gelehrter Richter

Ende 18. Jh-19. Jh.: Konstitutionalisierung

- Strikte Gewaltenteilung
- Monopol der gelehrten Juristen (aber: Geschworenengerichte)
- Modell des unpolitischen Richters

### 3. Naturrecht (NR) und Rechtswissenschaft

a) *Die Entwicklung des Naturrechtsdenkens*

**Grundkonstante:** *Suche nach höherrangigem, ungeschriebenem und unabänderlichem Recht*

**Naturrecht in der Antike:**

- **Normendualismus;** Menschenordnung und Götterrecht → Platon: Materielle Welt als Abbild der Ideenwelt → Aristoteles: NR als ungeschriebenes, immer und überall verbindliches Recht
- Röm. Stoa (1.,2. Jh. n. Chr.): Normtrias von ewigem Recht, NR und menschlichem Recht

**Mittelalter**

- Augustinus (4. Jh. n. Chr.): Weltvernunft durch Gott ersetzt → Wille Gottes als einzige Rechtsquelle
- **Thomas von Aquin** (13. Jh.): **Normtrias** → Naturrecht ist die spezifische Teilnahme des vernunftbegabten Menschen am Weltgesetz. **Normtrias:**
  - **lex aeterna (göttliche Offenbarung)** → Gesetz der göttlichen Weltregierung gemäss den im göttlichen Intellekt liegenden Ideen
  - **lex naturalis (Vernunftrecht)** → spezifische intellektuelle Teilnahme der vernunftbegabten Kreaturen am Weltgesetz, in der Natur der Sache vorgegeben
  - **lex humana** (Umsetzung in positives Recht) → Schlussfolgerung bzw. nähere Bestimmung des Naturgesetzes

- Voluntarismus (14. Jh.; Johannes Duns Scotus, Wilhelm von Ockham): Recht ist Äusserung des Willens, nicht der Vernunft → Freiheit des Menschen, Empirismus

### b) Spanische Spätscholastik (16. Jh.)

Reaktion span. Theologen und Juristen auf Glaubensspaltung und auf Kolonialeroberungen der Neuen Welt → Suche nach einer neuen stabilen und universalen Rechtsordnung

Ableitung der wesentlichen Eigenschaften des Menschen aus der Natur

Konkretisierung der NR-Inhalte durch Vernunft

Francisco de Vitoria (1483-1546): *ius gentium* als Recht zwischen den Völkern

Francisco de Suarez (1548-1617): Ableitung von Rechtsgrundsätzen aus den natürlichen Prinzipien durch logische Operationen

Fernando Vazquez (1512-1569): Freiheit als NR-Kerninhalt, Schutz der Freiheit als Aufgabe des Staates

### c) Profanisieretes NR = Vernunftrecht (VR)

#### Allgemeine Merkmale

- Unterscheidung von NR und Theologie → profanes, säkulares NR → es braucht die Religion nicht mehr um Recht zu begründen → man trennt Natur von Religion
- Prinzip der angeborenen Gleichheit der Individuen: im Naturzustand sind alle gleich
- Individuelle Vernunft als Grundlage des Rechts → universal, rational: Wechsel von der Argumentation durch Gott zur Argumentation auf der Vernunft.
- **Rechtssystem** wird konstruiert aus durch Vernunft erkannten und mittels logisch-mathematischer Deduktion (Rechtssätze deduzieren) entwickelten Prinzipien, Rechtsordnung als universal und rationale Ordnung → *mos geometricus*
- Das Vernunftrecht beurteilt das Geschehene anhand des überzeitlich Richtigen, Wahren, Absoluten, Allgemeinen (= nach den Vernunftwahrheiten)
- Orientierung der Rechtswissenschaft auf exakte Wissenschaften: Wettkampf zwischen Wissenschaften → welche hat das Primat?
  - Mechanische Naturmodelle (Galilei, Newton): Ursache → folge

- René Descartes, *Discours de la Méthode* (1637): Übertragung mathematischer Methoden auf die Geisteswissenschaften → rationale Evidenz, Analyse, Synthese, Mensch als rationales Wesen (*cogito, ergo sum*)
- **Legitimation von Herrschaft durch die Fabel des Gesellschaftsvertrags** (Zusammenschluss → Legitime Herrschaft)
  - Schaffung des politischen Körpers durch Vertrag der Individuen (Willensmoment)
  - Verlassen des Naturzustandes als Überlebensnotwendigkeit
  - Beschränkung der individuellen Rechte
  - Herrschafts- und Untertanenvertrag
  - *Grenzen der Herrschaft*: Widerstandsrecht (keine legitime Herrschaft mehr)
- Verhältnis zum Absolutismus: Machtbegründung oder Machtbegrenzung?
- Bündnis mit der Aufklärung

### **Hugo Grotius (1583-1645)**

Die Existenz Gottes war für *Grotius* unumstritten. Trotzdem ist seine Existenz nach Grotius keine notwendige VSS, weder für die Existenz des Naturrechts, noch für dessen bindenden Charakter. Für Grotius ist somit nicht länger Gott der Schöpfer der Natur, sondern ist die **Natur ist der Ursprung der Rechtsordnung**. Naturrecht kann somit unabhängig von Gottes Existenz durch Vernunft sowohl erkannt werden, als auch verpflichtend sein

Grotius stellte somit die protestantische Version von Thomas Aquins Naturrechtslehre auf. Grotius hat erkannt, dass alle Völker etwas als «richtig» anerkennen (durch Vernunft). Diese **Wertvorstellungen** werden dem Menschen seit Geburt durch die Gemeinschaft verinnerlicht. Das Naturrecht vertritt somit auch die Meinung, dass es ein **universell gültiges Recht** gebe. Der Mensch ist geschaffen, um in einer Gemeinschaft zu leben → Entstehung des Völkerrechts

- *De Iure Belli ac Pacis* (1625) → biogr. Hintergrund: Religionskonflikte in den NL, Festungshaft, Flucht nach Paris.
- Säkulares NR → Göttlicher Wille (lex aeterna) nicht mehr denknotwendig (auch ohne religiöse Argumentation kann man NR definieren) → Gott ist selber den logisch-rationalen Prinzipien unterworfen → NR wird damit universell, jenseits von Krieg und Frieden und von religiösen Konflikten bindend

- **Natur des Menschen als Ausgangspunkt** → Mensch ist Träger angeborener Recht und strebt nach der Gemeinschaft (Mensch kann nicht allein überleben → braucht die andere) → Staatsgründung → Herrschaft durch NR begrenzt, NR gilt auch über die Herrschaft hinaus
- NR als Gebot des Verstandes → Achtung des Lebens, Erhaltung des Eigentums (muss geschützt werden), Einhaltung von Versprechen und Erfüllung von Verträgen, Wiedergutmachung von Schäden, Erleiden von Strafe für begangenes Unrecht
- Konkretisierung dieser Prinzipien in Rechtsfiguren und Rechtssätzen
  - zB Rechtfertigung der Strafe → subjektiv: Wille des Verbrechers (akzeptiert, dass wenn jemand Unrecht begeht, bestraft werden muss) als Strafgrund (Vertragsmodell) → objektiv: Recht auf Selbsterhaltung und Selbstverteidigung, Nutzen der Strafe für den Staat.
  - zB Freiheitsverständnis → Freiheit steht dem Menschen von Natur aus zu → Selbsterhaltungstrieb führt zur vertraglichen Beendigung des Naturzustandes → bürgerliche Freiheit hat nur noch Rechtscharakter, rechtlich begründet, aber kommt aus ursprüngliche Freiheit der Menschen

### **Thomas Hobbes (1588-1679)**

- *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil* (1651) → biogr. Hintergrund: engl. Bürgerkrieg, Exil in Paris → absolute und unbeschränkte Herrschaft
- Konstruktion des idealen Staates als perfekt funktionierende Maschine
- **Naturzustand**: Existenzvernichtender Konflikt (*bellum omnium contra omnes* = Krieg aller gegen alle) und von Instinkt geleiteter Mensch (*homo homini lupus* = der Mensch ist dem Menschen ein Wolf) → Gesellschaftsvertrag aus gegenseitiger Furcht
- Bedingungslose Unterwerfung unter einem allmächtigen Herrscher / Staat (Leviathan) → vollständiger Verzicht auf Freiheit
- Herrscher verfügt über Gesetzgebungsmacht (*auctoritas, non veritas facit legem* = Autorität bestimmt das Gesetz, nicht Wahrheit) und ist selber nicht an die Gesetze gebunden (*legibus solutus*) → NR ist keine Schranke -> müssen dem Herrscher gehorchen (bedingungslos!); und verzichten an ihre Freiheiten um überleben zu können (aus Angst beschliesst man den Vertrag)

**Leviathan** gibt den Menschen Furcht Schrecken → Sinnbild für Staatsgewalt

**Naturzustand** → wo die Menschheit sich befindet, ohne keinen Staat, ohne Gesetze, ohne Herrschaft

- Mensch als egoistisches Triebwesen («homo homini lupus»). Der Mensch ist dem Menschen ein Wolf → Wenn es keinen Staat gibt, dann hat jeder ein Recht auf alles (d.h. Konkurrenz und Streit). Naturrecht («rights of nature»): Jeder ist frei, alles zu tun, um sich selbst zu erhalten → **Krieg aller gegen alle** («bellum omnium contra omnes»). Einsicht, dass nur eine starke Hand den Frieden sichern kann

→ **Gesellschaftsvertrag**: Geburtsakt des Staats

- Man verzichtet auf dem Recht auf alles und die Macht wird den Souverän überträgt. Vertrag unter den Bürgern; «Leviathan» ist nicht Partei und kann daher machen, was er will. Solange der Staat den Bürgern Frieden und Sicherheit garantiert, schulden sie ihm totalen Gehorsam → kein Mensch hat das Recht, dem Willen des Souveräns Widerstand zu leisten
  - Absolute Monarchie ➤ uneingeschränkte Souveränität beim «Leviathan» ➤ Unterwerfung fällt nur dahin, wenn der Staat den Frieden nicht mehr garantieren kann ➤ Staat ist auf Vereinbarung beruht

### **John Locke (1632-1704)**

**Naturzustand**: ➤ John Locke als Begründer des Liberalismus ➤ alle Bürger sind frei und gleich, jeder ist Richter in eigener Sache. Es existieren vorstaatliche, «angeborene» Rechte gemäss den «natürlichen Gesetzen»: Recht auf Leben, Freiheit, Gesundheit und Eigentum → Die Vernunft lehrt den Menschen, dass niemand den anderen töten, verletzen, belasten oder seiner Freiheit berauben darf. Einsicht, dass der Staat diese Rechte besser schützen und durchsetzen kann als jeder Einzelne.

Der Staat muss durch Gesetze die natürliche Rechte konkretisieren → Aufgabe der Sicherung der natürlichen Rechte, aber auch der Staat muss die natürlichen Rechte respektieren. Gewaltenteilung in Legislative, Executive und Judikative

→ **Gesellschaftsvertrag**: freiwillige Übereinkunft nötig, da vorstaatliche Rechte ➤ Leben, Freiheit und Eigentum sollen geschützt werden

- **Staatlicher Zustand** ➤ Souveränität bei der Legislative (und letztlich beim Volk), Mehrheitsprinzip ➤ Mögliche Staatsformen: Demokratie, Aristokratie, Monarchie ➤ Glaubensfreiheit, Toleranz ➤ derogatorische Kraft des Naturrechts; Widerstandsrecht bei lang andauernden, schweren Verletzungen der natürlichen Gesetze ➤ Liberalismus

- Locke nahm an, dass der Naturzustand tatsächlich bestanden hat und in Teilen Amerikas damals noch bestand □ starker Einfluss auf die amerikanische Unabhängigkeitserklärung
- im Gegenteil zu Hobbes
- Massgebend für *Virginia Bill of Rights*
- *Two Treatises of Government* (1690) → biogr. Hintergrund: engl. Bürgerkrieg, Exil in den NL, Rückkehr nach der *Glorious Revolution*
- Naturzustand: Menschen streben nach Glück und Nutzen → Gesellschaftsvertrag zur besseren Wahrung der subjektiven Rechte
- Subjektive, unantastbare Rechte beschränken die Herrschermacht
- Privateigentum gehört zum Kerngehalt der individuellen Freiheit

#### **Samuel Pufendorf (1632-1694)**

- *De iure naturae et gentium* (1672), *De officio hominis et civis* (1673) → biogr. Hintergrund: Inhaber des ersten Lehrstuhls für NR in Heidelberg (1661), wegen Anfeindungen Weggang nach Schweden, wegen Anfeindungen Wechsel nach Berlin
- NR als Pflichtenlehre → NR-Sätze sind einleuchtend für vernunftbegabten, durch empirische Erfahrung sich seiner Hilfsbedürftigkeit bewussten Menschen → Verpflichtung zur Sozialität
- Naturzustand: Hilfsbedürftigkeit des Menschen und Geselligkeitstrieb → Gesellschaftsvertrag → Jeder muss die Gemeinschaft schützen und fördern → Umwandlung sozialer Pflichten in rechtliche Pflichten
- Umfassendste Gemeinschaftspflicht: Keiner schädige den anderen → Menschenwürde anthropologisch begründet → NRliche Herrschaftsbegrenzung
- Religion dient der Erziehung zur Achtung und Befolgung der gegenseitigen Pflichten
- Herrscher ist Naturrecht selber unterworfen

#### **Christian Wolff (1679-1754)**

- *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (8 Bde, 1740-1748) → biogr. Hintergrund: Professor für Mathematik und Philosophie in Halle, 1723 Verbannung wegen

Atheismusverdacht, Professor in Marburg, 1740 vom preussischen König Friedrich II. nach Halle zurückgerufen

- Aufbau eines homogenen, rationalen und vollständigen Rechtssystems durch logische Deduktion
- NR als allen Menschen angeborenes, unwandelbares Gesetz → Gleichheit ist NRlich geboten
- Naturzustand: Hilfsbedürftigkeit und Pflicht des Menschen zu seiner Vervollkommnung → Pflicht zur gemeinsamen Aufgabenerfüllung → Gesellschaftsvertrag
- Menschliche Freiheit → Willensprinzip als Grundlage für alle Verträge

#### d) Das Kodifikationsmodell (18.-19. Jh.)

Welcher Wandel zeichnete sich bzgl. Gesetzgebungsform im 18 Jh. Ab und wodurch kennzeichnet sich diese? → **Die Kodifikationen entstehen**. Es geht also um ein *geschlossenes, perfektes, mathematisches System*. Juristen müssen mit den Begriffen rechnen können, weshalb diese *klar und einfach* sein müssen

- Trat an die Stelle des *ius commune*
- War das Produkt der naturwissenschaftlichen Rechtstheorie der Aufklärung im 18 Jh.
- Zugrunde liege die **mos geometricus** (geometrische Methode), anhand welcher durch Deduktion das Recht aus naturrechtlichen Prinzipien abgeleitet werden kann. das Normbefehl der Staatsgewalt ersetzte die absolutistische Idee vom Gesetz als Ausfluss und Konkretisierung des Herrscherwillens

#### Krise des IC (*ius commune*)

- VR (Vernunftrechte) als Massstab für die Überprüfung des IC auf seine Vernünftigkeit
- Weitere Abschwächung der Autorität des IC → Vertreter des *Usus Modernus Pandectarum* halten auch Vorlesungen zum VR und verfassen entsprechende Lehrbücher
- Umfassende, vernunftrechtliche Kodifikation als Alternative zum IC
- Von der «Rechtsgelehrsamkeit» zur Rechtswissenschaft → Systematisierung, Begriffsbildung, logische Begründungen

#### Ziele:

- umfassende **Planung gesellschaftlicher Aspekte**

- Kodifikation als Instrument zur **Erziehung** des Menschen (Gemeinwohl)
- **Gleichförmigkeit** dadurch, dass alle Bürger unabhängig ihrer ständischen Unterschiede ihr unterworfen sind
- Herbeiführung der **Rechtseinheit** im gesamten Staatsgebiet. Kodifikation als einzige Rechtsquelle

### **Allg. Merkmale des Kodifikationsmodells**

- Übertragung des *mos geometricus* auf die Gesetzgebung → Kodifikation als umfassendes, rationales und deshalb einleuchtendes System → Übergang von der Rechtsfortbildung (Reformation) zur Rechtssetzung
- Instrument einer umfassenden politischen Gestaltung
- Definition von Jeremy Bentham (1832): Umfassende, lückenlose und systematische Rechtsordnung eines Staates oder eines einzelnen Rechtsgebiets
- Vollständigkeit, Klarheit und Einfachheit, aber für wen?
  - Gelehrte Juristen → Abstraktion, Rechtsprinzipien
  - Laien → Allgemeinverständlichkeit, Anschaulichkeit, materielle Vollständigkeit (Kasuistik), Auslegungsverbot
  - Wem will man privilegieren?
- Angriff auf das überlieferte Recht, auf Rechtsgelehrte (insbes. Richter und Anwälte) → Anpassung an Geist des Volkes (Montesquieu), Aufhebung von Rechtszersplitterung und -verwirrung (und deren Ausnutzung durch die Juristen)
- Rechtseinheit und Gleichförmigkeit → Planbarkeit der Gesellschaft im Sinne des (aufgeklärten) Absolutismus → Vernunft als Grundlage des individuellen und sozialen Glücks
- Sie sollte in der Lage sein, ein System gleichförmiger und rationaler Rechtsgrundsätze zu schaffen, die auf alle Rechtsfragen zweckmäßige Antworten bereithielten. Dies kann nur erreicht werden, wenn sie die Rechtsordnung materiell vollständig, lückenlos, logisch und widerspruchsfrei regelte und technisch korrekt erfasste
- Gemeinwohl → Umsetzung von Postulaten der Aufklärung, wobei Spannung zwischen

### *Spannungsverhältnis der Kodifikationen*

- Garantismus → Schutz der persönlichen Rechte der Bürger gegenüber herrschaftlicher Willkür → **Herrschaftsbegrenzung**
- Etatismus → Kodifikation als Umsetzung des Rechtsetzungsmonopols des Herrschers, Gestaltungsmacht des Herrschers zur Schaffung des idealen Staates (Uhrwerk) mit dem Ziel, die Untertanen zu ihrem Glück zu zwingen → **Herrschaftsinstrument**
- Kodifikation perfekte Kontroll: alles in Buch geschrieben; Gesetzgeber ist auch für Auslegung zuständig

**Politische Optionen der Landesherren aus dieser neue Rechtsquelle «Kodifikation»?** Die Landesherren konnten mithilfe des Gesetzesrecht

- Gesellschaft radikal **umbauen** im Sinne des Vernunftrechts
- die eigene fürstliche **Macht** konsolidieren und **stabilisieren**
- Kodifikation wurde auch zur Magna Charta bürgerlicher Freiheiten und Rechte (Garantiefunktion)

### **Beispiel Königreich Preussen**

- **Friedrich II.** (regiert 1740-1786) → **aufgeklärter Absolutist**, Rechtsreformen
  - Die aufgeklärten Herrscher hatten eine **paternalistische Haltung** gegenüber seinen Bürgern. Das Ziel war es mittels rationalen Grundsätzen den Bürgern **Schutz und Freiheit** zu gewähren.
- 1746 erster Auftrag für Justizreform und Rechtsvereinheitlichung (Kanzler Cocceji)
- 1779 **Müller-Arnold-Prozess**: Ein Wassermühlenbetreiber verlor seine Mühle, weil sie mittels rechtlichem Urteil zwangsversteigert wurde. Daraufhin wandte er sich brieflich an den König Friederich II. dieser sprach dem Müller Schadenersatz zu. Jedoch war zur gleichen Zeit das Kammergericht mit dem Fall beauftragt. Da Friedrich II das Vorgehen des Richters für unangemessen empfand, liess er sie verhaften und wegsperrern, wobei er selbst das Urteil aussprach
  - ➔ Dieser als tyrannisch kritisierte Machtspruch richtete sich gegen die Justiz und wurde von dieser als tyrannischer Eingriff verurteilt. Dieser Justizskandal war ausschlaggebend

für die Ausarbeitung des ALR, welches ein neues Verhältnis König – Judikative festlegen sollt

→ Dieser Prozess wird als Beginn der richterlichen Unabhängigkeit bezeichnet

- 1780 zweiter Reformauftrag → Justiz und Gesetze

Worin bestand das herrschaftliche Interesse an einer Ausdifferenzierung der Justiz? Der Verzicht des Herrschers auf den richterlichen Machtspruch führte dazu, dass die Justiz weisungsfrei war. Diese Enthaltung ist auch auf das Bedürfnis des Herrschers zurückzuführen, sich überwiegend mit politische Angelegenheiten zu befassen. Jedoch war die Rechtspflege stark an das Gesetz gebunden: dem Richter stand es nicht zu, das Gesetz zu interpretieren oder auszudehnen. Bei Auslegungsfragen hatte er sich an den Herrscher zu wenden

Da die Gesetzgebung Sache des Herrschers war, nahm er durch diese enge richterliche Bindung indirekt rechtsprechende Funktion wahr Die Kodifikation als Werk des Herrschers mit ausgeprägter Bindungswirkung ermöglichte die Egalisierung dieser Machtabtretung

- **1780-1792 Gesetzgebungsarbeit → Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten → 1794 Umbenennung in Allgemeines Preussisches Landrecht (ALR)**
- **ALR** als umfassende Kodifikation (über 19'000 Paragraphen)

ALR gilt als Startschuss des aufgeklärten Absolutismus. Es ist insb. Geprägt durch seine Allgemeinverständlichkeit. Es hatte zum Ziel, möglichst alle vorkommenden Rechtsfragen zu regeln und so eine umfassende Rechtsordnung zu schaffen. Alle Lebensbereiche sollten bis ins Detail geregelt werden (paternalistisch) sodass dem ALR ein kasuistischer Charakter zukommt

Der Richter sollte keinen Spielraum haben, weil seine Willkür ausgeschaltet werden sollte. In Zweifelsfällen musste er bei der Gesetzgebungskommission anfragen, denn Auslegung und Kommentierung waren nicht erlaubt. Die Kommission übernahm die authentische Interpretation in Streitfällen → Entmündigung der Juristen

- Kompromiss zwischen Absolutismus und Aufklärung, zwischen Etatismus und Garantismus
- Ziel, möglichst alle vorkommenden Rechtsfragen zu regeln und so eine umfassende Rechtsordnung zu schaffen (kasuistischer Charakter, alle Lebensbereich ins Detail geregelt)
- Lehre sollte gänzlich ausgeschlossen werden, weil im aufgeklärten Absolutismus das Gesetz den Richterspruch zu beherrschen hatte.

- Der **Richter** war somit lediglich Diener des Gesetzes, d.h.: - Seine Tätigkeit bestand in der rein mechanischen Anwendung des Gesetzes auf den Einzelfall → Richter als Subsumtionsautomat - Es war ihm insb. untersagt, das Gesetz über den Wortlaut hinaus zu interpretieren Die neue und strenge Organisation der Gerichtsbarkeit wurde durch den Herrscher erreicht mittels: - Disziplinierung und hoheitliche Kontrolle des Gerichtspersonals - Erhöhung der Anforderungen an die juristische Ausbildung der Gerichtsmitglieder. Wie der Müller-Arnold Prozess 1779 jedoch zeigte, wurde der Verzicht auf den Machtspruch zu einem Prinzip des aufgeklärten Autoritätsstaates, welches nicht folgenlos durchbrochen werden konnte
- materielle Vollständigkeit
  - (a) Die Kasuistik des ALR umfasst klare und genaue Bestimmungen, welche materiell vollständig sind, sodass keine Auslegungskonflikte entstehen
- Allgemeinverständlichkeit
- Anschaulichkeit
- Auslegungs- und Kommentierungsverbot → Entbehrlichkeit der gelehrten Juristen, Richter sollte keinen Spielraum haben

Aus Sicht des Bürgertums war die Kodifikation und ihre bindende Wirkung **für den Richter ein Mittel zum Schutz vor willkürlicher richterlicher Entscheidung**, wie sie in absolutistischen Zeiten an der Tagesordnung war Bürgerliches Bestreben war in diesem Sinne auch die Ausgliederung der Justiz aus der Politik: die weisungsmässige Trennung sollte garantieren, dass eine bürgerliche Justiz entstand, welche die Privatinteressen und die Rechte Einzelner durchsetzen vermochte → Richter war somit als unpolitische aber gesetzgebundene Figur wichtiger Bestandteil aufkommenden Bürgertums

Damit die richterliche Tätigkeit durchleuchtet werden konnte, musste ein richterlicher Entscheidungszwang bestehen, der mit einer dem Richter auferlegten Begründungspflicht verbunden war

### III. Moderne (19.-20. Jh.)

#### **1. Historische Rechtsschule (HR)**

##### *a) Politisch-ideologisches Umfeld*

##### **Liberalismus**

- Kritik der Aufklärung und des VR: **Immanuel Kant** (1724-1804)
  - 1781 Kritik der reinen Vernunft

- 1785 Grundlegung zur Metaphysik der Sitten
- 1788 Kritik der praktischen Vernunft
- 1791 Kritik der Urteilskraft
- 1797 Metaphysik der Sitten
- **Grundlegende Rechtsprinzipien der Liberalismus**
  - **Persönliche Freiheit** → Kant: Begründung der Freiheit in der sittlichen Autonomie des vernunftbegabten Individuums (Idealismus, Individualismus); es ist in Menschen selber, Mensch muss selber handeln und ist selber verantwortlich für seine Handeln
    - (a) *«Handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetze werden sollte.»*
    - (b) *«Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.»*
    - (c) *«Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.»* Mensch kann nie Mittel werden, um ein Zweck zu erreichen
  - **Begrenzung der Staatsgewalt** → keine Bevormundung, keine ‘Erziehung’ durch den Staat → Gewaltenteilung (Montesquieu) und Rechtsstaat
    - (a) Gewaltenteilung effektive und rationales Mittel, die zur Einschränkung der staatlichen Macht dient
    - (b) gegenseitiger Kontrolle drei Gewalten
    - (c) Rechtsstaat: zentrale Aufgabe des Staates war es, die Grundrechte und Freiheiten der Menschen zu gewähren
  - **Rechtsgleichheit** → ständelose Gesellschaft, keine Privilegien (aber soziale Ungleichheiten bestehen weiter)
    - (a) Rechtsgleichheit ist das Ziel; aber kein materielle Gleichheit mehr Gleichheit vor Gesetz, alle haben die gleiche Chance
  - **Privateigentum** → Privatrecht als allein massgebliche Ordnung der Vermögenszuweisung

- **Vertragsfreiheit** → Konsensualvertrag → freie Marktwirtschaft
- *Gesetzesabsolutismus*:

Gesetzesabsolutismus bedeutet, dass das Gesetz **als Ausdruck der höchsten, wenn nicht einzigen Rechtsquelle dient** (Rousseau). (I) Die Rechtsprechung ist den Gesetzen untergeordnet und muss sich an die Gesetze binden (II) Ebenso hat die Rechtswissenschaft untergeordnete Rolle somit keine Orientierungs- und Innovationsfunktion

- Gesetz als Ausdruck der *volonté générale* (Rousseau) → höchste, wenn nicht einzige Rechtsquelle
- Unterordnung der Rechtsprechung → Gesetzesbindung
- Unterordnung der Rechtswissenschaft → keine Orientierungs- und Innovationsfunktion
- Nationalismus

### **Romantik und Historismus**

In der Romantik und dem Historismus galten das **Volkstum und die Seele als elementare und irrationale Kräfte des menschlichen Lebens**. Das Volk galt als geschichtsbindende Kraft und die Kultur als Produkt des Nationalgeistes. Die menschliche Kultur ist **geschichtlich bedingt und die organische Entwicklung dadurch einmalig**

- Beim Historismus wird das Geschehene als organisch gewachsenes Produkt einer komplexen Evolution angesehen und in Bezug gesetzt zu seiner Zeit (= Relativität)
- Gegenbewegung zur Aufklärung
- Elementare und irrationale Kräfte des menschlichen Lebens → Volkstum, Seele, Gefühle
- Geschichtliche Bedingtheit der menschlichen Kultur → organische Entwicklung, Einmaligkeit des geschichtlich Geschehens
  - wir sind alle Produkte von Kultur und Geschichte (auch Recht ist ein Produkt)
- Johann Gottfried Herder (1744-1803) → Volk als geschichtsbildende Kraft → Kultur als Produkt des Nationalgeistes

## Restauration

Durch den Wiener Kongress 1815 kam es zu einer Neuordnung Europas nach dem Ende der napoleonischen Zeit → Es fand eine Rückkehr zu den vorrevolutionären Zuständen statt. Das alte, historische gewachsene Recht erlangte Vorrang

- 1815 Wiener Kongress → Neuordnung Europas nach dem Ende der napoleonischen Zeit
- Rückkehr zu den vorrevolutionären Zuständen
- Ablehnung liberaler Postulate
- Vorrang des alten, historisch gewachsenen Rechts

### *b) Anfänge der Historischen Rechtsschule (HR)*

**Schule wurde von Savigny zu Beginn des 19. Jahrhunderts gegründet.** Sie plädierte dafür, dass die Rechtswissenschaft historisch orientiert und systematisch beschaffen sein muss

- **Historisch** als Aussonderung der grundlegenden rechtlichen Prinzipien und Rechtsinstitute des römischen Rechts durch Ermittlung der Wurzeln
- **Systematisch** i.S. einer Rechtswissenschaft, deren Grundlage ein umfassendes Begriffsinstrumentarium darstellt, mit dem operiert wird

Recht als gewachsener und von Natur aus zwingend bestehender Bestandteil der Volkskultur ->

Volksgeist als einzige Rechtsquelle, wobei Savigny diese naturrechtliche Komponente für relativ hält

### **Gustav Hugo** (1764-1844; seit 1792 Prof. für römisches Recht in Göttingen)

Gustav Hugo wendete sich vom VR ab und nahm römisches Recht als Grundlage. Es kam zu einer Trennung zwischen geschichtlichem und geltendem Recht. Das antike Recht dient der Vermittlung methodischer Fähigkeiten, sowie systematisches Denken. Das Hauptziel war die Ausbildungsreform. Der Jurist soll als eigenständiger Wissenschaftler gelten, welche durch das positive Recht historisch und systematisch durchdringt. Es kam zu einer Neuentdeckung der Antike, indem nach Quellen des vorjustinianischen Rechts gesucht wurde

- Abwendung vom VR → römisches Recht als Grundlage
- Trennung zwischen geschichtlichem und geltendem Recht (↔ Usus modernus) → Ziel des Unterrichts: **Die Römer kennenlernen**

- Antikes Recht dient der Vermittlung methodischer Fähigkeiten → kritische Exegese und rationales, systematisches Denken
- Ausbildungsreform als Hauptziel → Jurist als eigenständiger Wissenschaftler, der das positive Recht historisch-systematisch durchdringt
- Neuentdeckung der Antike → Suche nach den Quellen des vorjustinianischen Rechts

Die neue Rechtstheorie fiel auf den Nährboden des ausklingenden heftigen Kodifikationsstreits des 18. Jh., was den neuen geistigen Strömungen Raum liess. Recht als gewachsener und von Natur aus zwingend bestehender Bestandteil der Volkstruktur → **Volksgesetz** als einzige Rechtsquelle, wobei Savigny diese naturrechtliche Komponente für relativ hält

### **Kodifikationsstreit**

- Es geht um Recht allgemein, aber auch um Privatrecht, das mit politischen Konnotationen und liberalen Gedanken geprägt war
- 1806 Untergang des Hl. Röm. Reichs → Untergang des IC als geltendes Recht → wie weiter? Fortentwicklung des Rechts durch die Rechtswissenschaft oder moderne (Privatrechts)Kodifikation?
- **Anton Friedrich Justus Thibaut** (1772-1840), *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814
  - Kodifikation als Mittel der nationalen Einigung
  - Ablehnung des IC und fremder Kodifikationen (*Code civil*)
  - Notwendigkeit der Rechtseinheit für die Wirtschaft
- **Friedrich Carl von Savigny** (1779-1861), *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814
  - Ablehnung revolutionärer Schritte und eines abstrakt-doktrinären Rationalismus
  - Kodifikation als Willkürakt des Gesetzgebers vs organische Entwicklung des Rechts
  - Primat der Rechtswissenschaft für Rechtsreformen
    - (a) sie soll zuständig sein, nicht eine Herrschaft

- Bestehende Rechtswissenschaft besitzt nicht die Fähigkeiten für die Schaffung eines vorzüglichen Gesetzbuchs → Ausbildungsreform
- Beide vertreten die Autonomie des Individuums und die liberalische Idee (Kant)

### c) *Geschichtliche Rechtswissenschaft*

#### **Geschichtliche Entstehung des Rechts**

- **Recht als Produkt des Volksgeistes** (= gemeinsames Bewusstsein, nationale Kulturtradition) → *«innere, stillwirkende Kräfte»*
- **Rechtsbildung ist wie Sprachbildung** → weder willkürlich gewachsen, noch kontingent geplant → stets offen
- **Primat der Rechtswissenschaft**: Die hist. RS schliesst die Rechtsentwicklung durch den Gesetzgeber als punktuellen Willkürakt aus. Vielmehr entwickelt sich das Recht evolutiv und legitime Aufgabe der Juristen ist die Systematisierung
- **Alles Recht ist ‘Gewohnheitsrecht’** → Recht entsteht zunächst im Volksleben, bei steigender Kultur dann durch Rechtswissenschaft
  - Ausdifferenzierung bei verschiedene Kulture
  - Wissenschaft: Juristen, sie entwickeln das Recht weiter
- **Doppeltes Leben des Rechts** → Die historische Rechtschule unterscheidet 2 Elemente bzw. Rechtssphären: Teil des Volkslebens (=politisches Element) und abgesondertes wissenschaftliches Leben (=technisches Element)
  - *Politisches Element* → Recht entsteht immer gewohnheitsrechtlich und hat seinen Sitz im Bewusstsein des Volkes (Volksgeistlehre)
  - *Technisches Element* → Die Rechtswissenschaft übernimmt als massgebende und legitimierte Kraft die Systematisierung des Rechts

Ausbildungsvorbild war **das antike römische Recht**, aus welchem durch Analyse die leitenden naturrechtlichen Grundsätze herausgefiltert werden sollten → diese Rückbesinnung war vorerst nur im Privatrecht zentral, strahlte mit der Zeit aber auf andere Rechtsgebiete aus. **Fokussiert wurden die reinen römischen Digesten aus der Antike**

- Idee das neue Recht (PrivatR) von römische Recht geprägt ist, nicht von germanische

- aus antike römische Recht durch Analyse die leitenden Grundsätze herauszuführen, fokussiert wurden die reinen römischen Digesten aus der Antike

### Neue Rechtswissenschaft

- Erschliessung der geschichtlichen Dimension des Rechts
- Jurist als gesellschaftspolitische Schaltstelle zwischen Volksleben und Wissenschaft
- **Doppelorientierung der Rechtswissenschaft**
  - **historisch** (= kritische Analyse der historischen Vorbedingtheit rechtlicher Normen) → «jeden gegebenen Stoff bis zu seinen Wurzeln verfolgen und so sein organisches Prinzip entdecken» → leitende Grundsätze
  - und **systematisch** → von den leitenden Grundsätzen ausgehend, die inneren Zusammenhänge der juristischen Begriffe erkennen und eine formale Einheit schaffen (Savigny: *System des heutigen römischen Rechts*, 8 Bde, 1841-1849)
  - Enorme wissenschaftliche Produktion (Quelleneditionen, Wissenschafts- und Dogmengeschichte, Lehrbücher)

### Römisches Recht

- Engste organische Verbindung des röm. Rechts mit der nationalen Rechtskultur → in das deutsche Kollektivbewusstsein eingedrungen (Rezeption)
- Antikes röm. Recht als tragfähiges Fundament einer erneuerten Rechtswissenschaft
- Klassische römische Juristen als Idealbild des autonomen Juristen → hochstehende Argumentationskunst, innere Logik → «Darum eben hat ihr ganzes Verfahren eine Sicherheit, wie sie sich sonst außer in der Mathematik nicht findet und man kann ohne Übertreibung sagen, daß sie mit ihren Begriffen rechnen.»
- Erneuerung der juristischen Ausbildung durch Beschäftigung mit dem klassischen römischen Recht
- CIC Justinians als Zeichen des Verfalls → zurück zu den klassischen Autoren (*ad fontes*)
- Diskreditierung der gemeinrechtlichen Periode → Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 6 Bde, 1815-1831

- klassische römischen Juristen sind die ideale Bild, weil sie autonom waren

### **Rechtsquellenkonzept**

- Ablehnung der Gleichsetzung Recht = positives Gesetz
- Kodifikation als unorganischer Störfaktor, ahistorisch
- Primat der Rechtswissenschaft

#### *d) Der Gelehrte auf dem Richterstuhl*

Durch Erneuerung der Ausbildung → Richter wird zum Rechtswissenschaftler gemacht

- Verzahnung von Theorie und Praxis
- Aufwertung des Richterberufs auch für Professoren
- Rechtswissenschaftliche Bearbeitung der Rechtsprechung → Zwang zur veröffentlichten Begründung der Urteile
- Rechtsfortbildung durch rechtswissenschaftliche Konstruktion

#### *e) Politische Ambivalenz der HR (historische Rechtsschule)*

- Keine Nationaleinheit in Deutschland nach 1815 → Rechtswissenschaft ersetzt die fehlende Kodifikation. Die historische Rechtsschule war enorm wichtig für das nationale Rechtsbewusstsein
- Betonung der *Selbständigkeit des Privatrechts und Anlehnung an das klassische römische Recht* → liberale Forderungen nach Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit (Kant)
- Organisch-romantisches Evolutionsmodell und Ablehnung revolutionärer Schritte → reaktionäre Forderungen nach Wiederherstellung der vorbestehenden Ordnung
- Reformkonservativ bis rechtsliberal

## **2. Rechtsberufe III: Die Anwaltschaft**

### *a) Die Entwicklung bis zum Ende des Ancien Régime*

#### **Mittelalter**

- *Fürsprecher als Vorsprecher / Vorredner*: die Partei wurde durch den Vorsprecher unterstützt. Er wird aus dem Kreis der Schöffen bestimmt

- Mündlichkeit und Formalismus des Prozesses → Unterstützung der Partei durch Vorsprecher (keine Stellvertretung)
  - Wird aus dem Kreis der Schöffen bestimmt → Richter-Fürsprecher → Prozessenerfahrung
  - Möglichkeit der Verbesserung («Erholung») durch die Partei
- **Anwalt** («*anewalt*») → allm. Herausbildung der Möglichkeit der Vertretung vor Gericht (ausser in Strafverfahren) und aussergerichtlich
- Ratgeber, nur aussergerichtliche Beratung
- Röm.-kanon. Prozess
  - *Procurator* (Redner / Fürsprecher) als Parteivertreter vor Gericht
  - *Advocatus* (Anwalt) als rechtsgelehrter aussergerichtlicher Berater, Verfasser von Klageschriften und Gutachten
- Entstehung der Berufsstände von Prokuratoren und Advokaten im späten 15. Jh.

### **Frühe Neuzeit**

Es erfolgte eine Rezeption des römisch-kanonischen Prozesses. Die Prokuratoren und die Advokaten wurden getrennt und die Honorare wurden kontrolliert → es erfolgte eine Erhöhung der Zulassungsbedingungen zum Rechtswissenschaftsstudium und eine Prüfungspflicht

- Rezeption des röm.-kanon. Prozesses → RKG
  - RKG 1495: Prokuratoren und Advokaten getrennt, Kontrolle der Honorare
  - Allm. Erhöhung der Zulassungsbedingungen (Rechtsstudium) und Prüfungspflicht → ab 1672 auch Praktikum am RKG
  - Unterschied wird abgeschwächt → Advokatur entwickelt sich zur Vorstufe der Prokuratur
- Territoriale Gerichte
  - Unterschied besteht länger → Advokat ist rechtsgelehrt, Prokurator meistens nur praktisch ausgebildet
  - Allm. Aushöhlung der Prokuratorenstelle → Advokaten übernehmen selber die Prozessvertretung

- Aufsicht und Disziplinarrecht bei den Gerichten
- Gebührenordnungen
- Sinkendes Prestige im 18. Jh. → Gewinnsucht, Prozessverschleppung, Rechtsverdrehung
- Bekämpfung der freien Advokatur im Absolutismus
  - 1725 Preussen → Abschaffung der Prokuratoren
  - 1781 Preussen → Abschaffung der freien Advokatur → Assistenzräte als Gehilfen des Richters
  - 1783 Preussen → Einführung der Justizkommissare als Rechtsberater → im Zivilprozess nur ausserhalb der Gerichtsverhandlungen, im Strafprozess auch als Prozessvertreter
  - 1849 Preussen → Wiedereinführung der Rechtsanwaltschaft

- ***Alte Eidgenossenschaft***

In der alten Eidgenossenschaft herrschte **geringe Professionalisierung**. Die Fürsprecher waren zugleich Vorsprecher. Teilweise gab es Anwaltsverbote (bspw. ZH bis 1798, SH bis 1849). Gegenüber den gelehrten Advokaten war man misstrauisch. Bis spätestens 18 Jh. Nahm jedoch die Präsenz der Advokaten zu. In den Französisch und italienischsprachigen Gebieten waren Anwälte und Prokuratoren vertreten

- Geringe Professionalisierung → Fürsprecher als Vorsprecher → Richter-Fürsprecher (zT bis ins 19. Jh.)
- Teilweise Anwaltsverbote (ZH bis 1798, SH bis 1849, AI bis 1892)
- Misstrauen und Unbehagen gegenüber gelehrten Advokaten (vgl. Bartelet-Baldele)
- Spätes 18. Jh. → Zunahme der Präsenz der Advokaten
- Französisch- und italienischsprachige Gebiete → Anwalt und Prokurator

### *b) Die Anwaltschaft im Liberalismus*

#### **Frankreich**

- In der Revolutionsphase Abschaffung der freien Advokatur → *officiers ministériels*
- 1804 Wiedereinführung und Zweiteilung

- *Avocat* → freier Beruf, juristische Arbeit und Plädoyer
- *Avoué / procureur* → ausführende Hand des Advokaten
- 1971 Verschmelzung
- 2011 definitive Abschaffung des *avoué*

## England

- *Barrister* → Rechtsgelehrter, plädiert vor Gericht, verfasst Rechtsschriften
- *Solicitor* → Rechtsberatung, aussergerichtliche Tätigkeiten

## Schweiz

- *Helvetik* (1798-1803)

Helvetik (1798-1803): es waren Bestrebungen für ein Anwaltsverbot in Gange, jedoch gab es eine faktische Gewerbefreiheit. Nach der Helvetik kam die Tendenz zur staatlichen Kontrolle der Advokatur aus. In ZH wurde durch das Anwaltsgesetz Regeln aufgestellt. Das Patent wurde nur noch durch einen Numerus Clausus und durch eine Eignungsprüfung des Obergerichts erteilt. Der Numerus clausus wurde jedoch 1831 aufgehoben. 1898 wurde der Befähigungsbeweis erneut eingeführt

- Bestrebungen für ein Anwaltsverbot
- Faktische Gewerbefreiheit → Patent
- Nach 1803 Tendenz zur staatl. Kontrolle der Advokatur
  - Innerschweiz → Rückkehr zum Richter-Fürsprecher und Verbot der freien Advokatur
  - GR, VS, SO: freiberufliche Advokatur
  - BE, ZH, AG usw. → gemässigte Professionalisierung von oben → Mindestalter, Aktivbürgerrecht, Ausbildungsanforderungen, Prüfung, Patent
- Zürich, Anwaltsgesetz von 1804 (Text 33)
  - Misstände und Regulierungsbedarf
  - Numerus clausus
  - Patent nach Eignungsprüfung durch das Obergericht

- Beschränkter Tätigkeitsbereich
  - (a) kein Zwang zur Vertretung
  - (b) Vertretung vor Obergericht, Bezirksgericht und Ehegericht erlaubt
    - vor Zunftgerichte (= erstinstanzliche Gerichte für geringe zivilrechtliche Fälle und für Polizeivergehen ausserhalb der Stadt Zürich) untersagt
- Eidesleistung
- Tarifordnung
- Aufsicht durch die Justizkommission
- Weiterentwicklung
  - (a) 1831 Aufhebung des numerus clausus
  - (b) 1867 Aufhebung des Unterschieds zwischen Prokurator und Advokat
  - (c) 1874 völlige Freigabe der Advokatur (nur Aktivbürgerrecht als Bedingung)
  - (d) 1898 Wiedereinführung des Befähigungsausweises
- **Soziale Stellung**
  - Kodifikation → Verrechtlichung der gesellschaftlichen Beziehungen
  - Anwaltsberuf wird zum dominanten Rechtsberuf und zur Grundlage von Karrieren in Politik, Justiz und Wirtschaft → liberale Elite
  - **Zugleich Kritik am Anwaltsstand** (Gothelf, Text 34): Aufgrund faktischen Gewerbefreiheit kam es zu einem rasanten Anstieg schon im späten 18 Jh. Für allem für die ländliche Bevölkerung war dies gefährlich. Dazu wurde auch noch kritisiert, dass die wissenschaftliche Bildung dem gesunden Menschenverstand vorgehe
    - (a) Winkeladvokaten → Konsequenz der faktischen Gewerbefreiheit → rasanter Anstieg schon im späten 18. Jh. → Gefahr bes. für die ländliche Bevölkerung
    - (b) Liberale Advokaten → Exponenten des modernen, säkularen Rechts → wissenschaftliche Bildung vs. gesunder Menschenverstand

### c) Die Zulassung der Frauen zum Anwaltsberuf

**Emilie Kempin-Spyri** (1853-1901): Die «Wachsflügelfrau»

Spyri stammt aus wohlhabender ZH Pfarrersfamilie. 1887 schloss sie das Rechtsstudium im ZH ab. 1886 wurde sie als Rechtsvertreterin ihres Mannes vor Besitzgericht abgewiesen, darauf auch vom Bundesgericht. 1887 schrieb sie ihre Dissertation und 2 Jahre darauf wanderte sie nach NY aus und wurde an der New York University Dozentin. 1891 kehrte sie aus familiären Gründen wieder in der CH zurück. Ihre **Petition für die Zulassung der Frauen zum Anwaltsberuf wurde abgewiesen**. 1892 wurde sie Dozentin UNI-ZH und gründete 1893 der Frauenschutzverein. 1901 ist verstorben

### Durchbruch

- **1898** neues Zürcher Anwaltsgesetz → *Zulassung der Frauen unter gleichen Voraussetzungen*
- 1896 Lina Graf (Rechtsstudium in Bern 1895 abgeschlossen) in Appenzell AR zugelassen
- 1900 Anna Mackenroth in Zürich zugelassen
- 1901 SG Anwaltsgesetz
- 1904 erste Anwältin in GE
- 1923 Bundesgerichtsentscheid im Fall Dora Roeder → **Ausschluss der Frauen aus dem Anwaltsberuf verletzt HGF**

## 3. Die Pandektistik und ihre Gegner

### a) Romanisten VS. Germanisten

«Pandektistik» steht für die am römischen Recht orientierte **Zivilrechtsdogmatik** der Schüler Savignys. Die pandektistische Rechtswissenschaft ist geprägt durch:

- Rechtswissenschaft als Kunst begrifflicher Konstruktion → formalistischer und rechtspositivistischer Ansatz: anhand begrifflicher Dogmatik wird das Recht konstruiert
- Ausgeprägter juristischer Formalismus → **Begriffsjurisprudenz**
- Historische Dimension tritt in den Hintergrund → Bereitschaft zur aktiven Konstruktion (Schaffung) des Rechts

Zunächst quellenorientierte Aufteilung im Rahmen der Historischen Rechtsschule

- Savigny → römisches Recht
- Karl Friedrich Eichhorn → *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, 4 Bde, 1808-1823; *Einleitung in das Deutsche Privatrecht*, 1823

## Spaltung der Historischen Rechtsschule (um 1840)

Im Sinne der historischen Rechtsschule erachteten viele romanistisch gelehrten Juristen als Erben von Savigny das römische Recht als massgebend. Jedoch beschränkten sich ihre Erkenntnisse, welche sie aus den antiken Rechtsquellen gewinnen könnten, v.a. auf privatrechtliche Verhältnisse, sodass andere rechtliche Fragen unbeantwortet blieben. Somit versperrten sich die Romanisten aus den Weg zu neu auftretenden rechtlichen Problemen, welche sich aufgrund der Industrialisierung stellten (Festhalten an römisch-konservativer Gesellschaftsordnung). **Die aufkommende Strömung der Germanisten fand auf diese Probleme effizientere Antworten** durch das Heranziehen altgermanischer Quellen

- *Die Wiederentdeckung des römischen Rechts hat in Augen der Germanisten die Rechtsentwicklung gestoppt* → effizientere Antworten zu neu auftretenden rechtlichen Problemen (Industrialisierung) durch das Heranziehen altgermanischer Quellen
- Kein rein rechtlicher Streit, sondern erfolgte *im Kontext politischer Differenz* (nationalliberal vs. konservativ)

## Die historische Rechtsschule spaltete sich in Germanisten und Romanisten:

- **Germanisten** → vertraten gemeines deutsches Recht sowie die alte deutsche Freiheit und Gemeinschaftsdenken. Politisch orientierten sich die Germanisten dem Nationalismus und der Demokratie
- **Romanisten** → (= Pandektenwissenschaft) hingegen ist die Aufgabe der Juristen die Suche nach dem Vernünftigen im Wirklichen

## Germanisten:

- Auffinden typisch germanischer Traditionen (Jakob Grimm)
- Gemeines deutsches Privatrecht <-> IC
  - (a) versus monarchische Recht, der mit römische Recht verbunden war
- Alte deutsche Freiheit und Gemeinschaftsdenken
- Politische Orientierung → Nationalismus, Demokratie
- 1839 Gründung der *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*
- Georg Beseler (1809-1888), *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843 (Text 40)
  - (a) Unterscheidung von Volksrecht und Juristenrecht

- (b) (freies) Volk nicht von der Rechtsentwicklung ausgeschlossen
- (c) Einfluss der Juristen kann schlecht sein
- 1. Germanistenversammlung 1846
  - (a) Romanisten wegen konservativer Haltung kritisiert
  - (b) Rezeption als nationales Unglück
  - (c) Liberal-demokratische Rückgewinnung der nationalen Identität → germanischer Volksgeist (vs. römisch = monarchisch = absolutistisch)
  - (d) Forderung einer nationalen Kodifikation
  - (e) Hinwendung zu neuen Rechtsgebieten (Wirtschaftsrecht)
- Carl. F.W. Gerber, *System des Deutschen Privatrechts*, 1848 → Darstellung des deutschen Rechts nach pandektistische Methode
- Otto von Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 Bde, 1868-1913
  - (a) Dt. Gemeinschaftsdenken vs. franz. Individualismus
  - (b) Genossenschaft vs. Aktiengesellschaft
  - (c) Berücksichtigung der sozialen Aspekte im Privatrecht

### **Romanisten = Pandektenwissenschaft**

- Ganze Rechtswissenschaft, die mit römische Recht verbunden ist, ist grundsätzlich Pandektenwissenschaft (Schüler Savignys)
- Geprägt durch
  - Rechtswissenschaft als Kunst begrifflicher Konstruktion → formalistischer und rechtspositivistischer Ansatz; anhand begrifflicher Dogmatik wird das Recht konstruiert
  - Ausgeprägter juristischer Formalismus → **Begriffsjurisprudenz**
  - Historische Dimension tritt in den Hintergrund → Bereitschaft zur aktiven Konstruktion (Schaffung) des Rechts

- Pandektenvorlesung und Pandektenlehrbücher
- 1820er Jahre → Kritik an Praxisferne und an philosophischer Grundlage
- Georg Friedrich Puchta (1798-1846) (Text 39)
  - **Rechtsquellenkonzept** → Volksbewusstsein / Gesetzgebung / Rechtswissenschaft
  - Stärkere Zuwendung zur Praxis (insbes. Rechtsprechung)
  - Organisches Ganze des Rechts auch durch Vernunftmässigkeit des Rechts gegeben → begrifflich-systematischer Zusammenhang durch Rechtswissenschaft erstellt
  - Aufgabe der Juristen → Suche nach dem Vernünftigen im Wirklichen

#### *b) Pandektistik nach 1848*

- Bernhard Windscheid (1817-1892) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1862 (Text 41)
- Emanzipation der Rechtsdogmatik von der Rechtsgeschichte
  - Freisystematische, arbeitete entwickelte Wissenschaft
- Rechtswirklichkeit ersetzt den Volksgeist
- Erhöhte Bedeutung der Gesetzgebung → Kodifikation wird möglich
- Rechtswissenschaft stellt leitende Grundsätze und methodische Vorgaben für die Schaffung neuen Rechts zur Verfügung und zu kodifizieren
- Formal-begriffliche, systematisch-konstruktive Methode → begriffliche Konstruktion
- Genealogien und Hierarchien, logisch-deduktive Methode
- Ausschaltung wertender und nichtjuristischer Aspekte bei Beibehaltung der liberalen Grundsätze → strikter Rechtspositivismus
  - technische Aufgabe: hier wird Rechtswissenschaft sich auf technische Arbeiten beschränken, auf Politik verabschieden und technisch an Berufsbildung verarbeiten

### c) Die Entwicklung in der Schweiz

#### Die Situation vor 1800

- Helvetischer Pragmatismus
- Neben der Universität Basel (1460) bestehen in Lausanne (seit 1537) und Genf (seit 1559) Akademien mit Rechtsunterricht, in Bern (seit 16. Jh.) und Zürich (seit der Reformation) höhere Schulen mit einem bescheidenen Rechtsangebot

#### Juristenausbildung nach 1800

- Gründung von Universitäten in Zürich (1833), Bern (1834), Fribourg (1889) und Neuchatel (1909)
- Neugründung der Universität Genf (1872) und Lausanne (1890)
- Römisches Recht galt als Ausbildungsgrundlage, das Recht selber wurde jedoch nur beschränkt Romanisiert → Der helvetische Pragmatismus lebt weiter, durch die Schweizer Germanistik kam es zur Erforschung der kantonalen Rechte
- Friedrich Ludwig Keller (1799-1860)
  - Rechtslehrer am Politischen Institut in Zürich (1824) → Aufbau einer Filiale der Historischen Rechtsschule → Rechtsprofessor an der Universität Zürich (1833) → Vorlesungen zum Römischen Recht
  - Die neuen Theorien in der Zürcherischen Rechtspflege (1828):

*«nichts anderes für ihren Beruf anerkennen, als das unserem Volke angehörige Recht zu erforschen, zu diesem Zwecke unsere Gesetze in ihrem geschichtlichen Zusammenhang zu studieren, das Leben und Treiben unseres Volkes, seinen gesamten Verkehr, seine Uebungen und Bedürfnisse zu beobachten, das so gesammelte Material zu einem wissenschaftlichen Ganzen, zur Theorie des Zürcherischen Rechtes zu verarbeiten; und dieses einzige Resultat ihrer Studien sowohl in der Rechtspflege als in der Gesetzgebung, wenn es sich einst um diese handeln wird, anzuwenden.»*
  - 1833 Gründung der «Monatschronik der zürcherischen Rechtspflege»
  - Amtsrichter in Zürich (1826-1831) → Präsident des neugeschaffenen Zürcher Obergerichts (1831-1837)
  - 1830er Jahre → Restauration → Führer der linksliberalen/radikalen Gruppe

- 1837 politische Niederlage und Vertreibung aus Zürich
- 1844 Professor in Halle, 1847 in Berlin (Nachfolge Puchta)
- Führer der Konservativen im preuss. Parlament → 1853 geadelt
- **Romanisten – Germanisten**
  - Römisches Recht als Ausbildungsgrundlage → starke Präsenz der Pandektisten an den Universitäten (Windscheid, Dernburg, Jhering, Mommsen, Stintzing, Baron, Lotmar)
  - aber nur beschränkte inhaltliche Romanisierung des Rechts
  - Weiterleben des helvetischen Pragmatismus
  - Schweizer Germanistik → Erforschung der kantonalen Rechte
    - (a) Johann Caspar Bluntschli → *Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich*, 2 Bde, 1838-1839
    - (b) Philipp Anton von Segesser → *Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern*, 4 Bde, 1850-1858
    - (c) Johann Jakob Blumer → *Staats- und Rechtsgeschichte der schweiz. Demokratien oder der Kt. Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell*, 3 Bde, 1850-59
    - (d) Eugen Huber → *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*, 4 Bde, 1886-1893
- **Kodifikationsarbeit**
  - (a) Bevor ZGB keine einheitliche privatrechtliche Rechtsordnung. Während der Helvetik (1798-1803) übernahm die Schweiz mehrheitlich die französische Gesetzgebung. Nach 1803 viele Kantone eigenes
  - (b) jede Kanton sein eigenes produziert
  - (c) Johann Caspar Bluntschli → Zürcher Privatgesetzbuch (1854) -> PGB (Vorlage zur ZGB), Pandektistisch geprägt
  - (d) Kasimir Pfyffer von Altishofen → Bürgerliches Gesetzbuch des Kantons Luzern (1831)
  - (e) Walther Munzinger → aOR 1881

(f) Eugen Huber → ZGB 1912

#### d) Kritik am Rechtspositivismus

Die radikale Kritik von Julius Hermann von **Kirchmann** (1802-1884) → *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848 (Text 38)

Gemäss Kirchmann kann der Rechtswissenschaft keine Wissenschaftsqualität zukommen, weil ihr Gegenstand, das **Recht, dem Zufall ausgeliefert** ist. Wissenschaft setzt jedoch eine gesetzmässige Entstehung ihres Gegenstandes voraus. Die Entstehung des Rechts durch die Verpositivierung erfolgt allein durch die Willkür des Gesetzgebers → dies führte dazu, dass die Rechtswissenschaft ihrem Gegenstand, nämlich dem lebenden Recht, stets hinterherhinkt, weil sich ihr Gegenstand im Augenblick der wissenschaftlichen Analyse bereits weiterentwickelt hat (→ die Zufälligkeit des Rechts macht die Rechtswissenschaft selbst zur Zufälligkeit)

- Rechtswissenschaft wird am Massstab der Naturwissenschaften gemessen
- Kontingenz des Rechts → Unsicherheit in Theorie und Praxis
- Rechtspositivismus → Rechtswissenschaft wird zur Dienerin des Zufalls
- Trennung von Recht und Politik → Rechtswissenschaft ist den 'Launen' der Politik unterworfen
- Berufung zur Gesetzgebung (Savigny) in keiner Zeit gegeben
  - scharfe Kritik an Wissenschaftlichkeit des Rechts
- Rechtsfortbildung kann nicht durch Rechtswissenschaft geleistet werden. Den Juristen ist die Rechtsfortbildung verwehrt, sie haben sich aufgrund des flüchtigen Charakters des Rechts auf Detailarbeit zu beschränken → Recht ist nicht von Politik zu trennen

**Rudolf von Jhering** (1818-1892) → vom Saulus zum Paulus

- Bekehrung vom grosse Gegner der Pandektistik
- 1852-1865 *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4 Bde (Text 42)

#### Erste Phase von **Rudolf von Jhering**

- Als Schüler Savignys vertrat Jhering in der Mitte des 19. Jahrhunderts die **naturhistorische Methode** → *Vertreter in seiner ersten Phase einer pandektistischen Begriffsjurisprudenz*, den Rückgriff auf ausserrechtliche Bezugsebene lehnte er vollständig ab

- Suche nach dem Unvergänglichen und Allgemeinen im römischen Recht → naturhistorische Methode als höhere Jurisprudenz
  - (a) Anhand eines logisch aufgebauten **Deduktionsprozesses** sollte ein in sich geschlossenes, autonomes Rechtssystem geschaffen werden
  - (b) Der Rechtswissenschaft sollte durch diese Methode der Anschluss an die **Naturwissenschaften** gelingen
  - (c) Ziel dieser juristischen Construction war die Schaffung des juristischen Körpers
- Enorme Abstraktion
- Er will die Dogmatik ein Modelle geben
- Autonome juristische Konstruktion → auf sich selbst angewiesene Denkwelt ohne Wirklichkeitsbezug

#### *Zweite Phase von **Rudolf von Jhering (1859-1884)***

Schrittweise entfernte sich Jhering von der Begriffsjurisprudenz. Ersichtlich ist diese kritische Einstellung gegenüber dem Rechtspositivismus erstmals in seiner Auseinandersetzung in 1868

- Kritisiert wurde die Lebensfremdheit der Pandektistik: das Recht sei in der Welt und nicht im Juristenzimmer

**Umschwung zu Vorläufergedanke der Interessenjurisprudenz (1820):** Recht dient der Abwägung von Interessenkonflikte, welche durch tatsächliche, in der Welt vorliegenden Gegensätze entstehen

- Leben als Ursprung (Konflikte) und Ziel (Rechtsfrieden) des Rechts. Er kritisiert den Unfehlbarkeitsglauben an die pandektistische Methode und plädiert für einen Einbezug ausserrechtliche Bezugsebenen
- Rechtswissenschaft nicht autonomisiert, sondern in Wechselbeziehung mit soziologischen, evolutiven und philosophischen Aspekten

- **1859 Umschwung zum heftigsten Kritiker der Pandektistik (Text 44)**
  - **Beginn zweite Phase**
  - Begriffsjurisprudenz als Schimpfwort («civilistischer Mumiencultus»)

- Neue Evolutionstheorie des Rechts (darwinistisch) → Hinwendung zum ‘realen’ Leben, zum Gesellschaft
- Recht als Produkt von Machtkämpfen: Recht hat mit Machkonstellationen zu tun
- Ablehnung seiner früheren Methode und der zeitgenössischen Pandektistik
- 1868 Antrittsvorlesung in Wien → *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*(Text 43)
  - **Kritisiert wurde die Lebensfremdheit der Pandektistik: Das Recht sei in der Welt und nicht im Juristenzimmer**
  - Anknüpfung an Kirchmann → Kontingenz der Rechtswissenschaft
    - (a) Effektive Untersuchung über wie hat sie entwickelt
  - Innere Gefahr der geistigen Abhängigkeit der Jurisprudenz vom Gesetz
    - (a) Subsumtion grösste Gefahr: Verlier der Autonomie
  - Ursprung und Ziel des Rechts liegen im Leben (Realismus)
    - (a) Umschwung zu Vorläufergedanken der Interessenjurisprudenz (1920): Recht dient der Abwägung von Interessenkonflikten, welche durch tatsächliche, in der Welt vorliegende Gegensätze entstehen
  - Absage an NR und an Historische Rechtsschule → grosse Kluft zwischen Theorie und Praxis
  - **er kritisiert den Unfehlbarkeitsglauben an die pandektistische Methode und plädiert für einen Einbezug ausserrechtlicher Bezugsebenen**
    - (a) *Rechtswissenschaft nicht autonomisiert, sondern in Wechselbeziehung mit soziologischen, evolutiven und philosophischen Aspekten*
  - Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte bewahren vor dem Rechtspositivismus
  - Dogmatik muss das Recht in stetiger Wechselbeziehung von Theorie und Praxis fortentwickeln; Keine Trennung
- 1872 Vortrag in Wien → *Der Kampf ums Recht*
  - Anknüpfung an Darwins «*struggle for life*»

- Recht ist Ergebnis eines Kampfes zwischen Interessengegensätzen
  - (a) z.B.: Prozesssituation: zwei Parteien mit verschiedene Interessen
- Kein reiner Machtkampf, sondern auch Kampf ums Recht (ethisch); Recht ist Produkt solchen Interessenkonfliktes
- Kampf ist komplementär zum Rechtsfrieden → Recht wird durch Unrecht negiert und durch Kampf wieder hergestellt
- 1877-1883 *Der Zweck im Recht*, 2 Bde
  - Zweck leitet sich nicht aus dem Begriff der Rechtsnorm ab, sondern aus den Motiven der Regelung (teleologische Interpretation)
  - Norm als Mittel der Interessendurchsetzung und des Rechtsfriedens

#### 4. Antipositivismus und soziologische Jurisprudenz

##### a) Die 'Entdeckung' der sozialen Dimension

Unter der sozialen Dimension versteht man den **soziologischen Positivismus**. Die Soziologie entstand durch Comte und Durkheim. In der sozialen Dimension stand die **Gesellschaft im Zentrum der Beobachtung**. Sie folgten dem Determinismus und sahen das **Recht als Produkt sozialer Prozesse**. Ebenso vertraten sie den Sozialdarwinismus

##### Soziologischer Positivismus

- Entstehung der Soziologie → Auguste Comte (*Traité sociologique*, 1851-1854) und Émile Durkheim (*Les règles de la méthode sociologique*, 1895)
- Gesellschaft im Zentrum der Beobachtung
- Determinismus
- Recht als Produkt sozialer Prozesse
- Sozialdarwinismus

##### Rudolf von Jhering

- Hinwendung zur Rechtswirklichkeit
- Kampf als Wesenselement des Rechts

- Kampf ums Recht als moralischer Imperativ (Rechtsgefühl) → Pflicht gegenüber der Gemeinschaft und moralische Selbsterhaltung

François **Gény** (1861-1959)

Gény übte **scharfe Kritik an der vorherrschenden französischen Schule** aus → Er vertrat eine freie, wertorientierte und eigenverantwortliche Rechtsfindung. Damit soll Gerechtigkeit und ein sozialer Nutzen entstehen. Die Wesensmäßige Lückenhaftigkeit des Gesetzes sollte den Richter als Gesetzgeber ermächtigen → Gény vertrat ein gemäßigter soziologischer Positivismus

- *Méthode d'interprétation des sources en droit privé positif*, 1899
- Scharfe Kritik an der vorherrschenden franz. *École de l'exégèse*

*Libre recherche scientifique* → Freie, wertorientierte und eigenverantwortliche Rechtsfindung  
→ Gerechtigkeit und sozialer Nutzen

- freie, wissenschaftliche Forschung
- Wesensmäßige Lückenhaftigkeit des Gesetzes → Richter als Gesetzgeber
  - Kodifikation zielt Subsumtionsautomat: Richter war Diener des Gesetzes, d.h. seine Tätigkeit bestand in der rein mechanischen Anwendung des Gesetzes auf den Einzelfall
- Gemäßigter soziologischer Positivismus

#### *b) Abschluss der Kodifikationsphase (BGB) und gewandelte Juristenrolle*

Konzept der Lückenlosigkeit der Kodifikation beendet Gestaltungsmacht des gelehrten Juristen

Jurist wird auf Interpretation des Gesetzes reduziert

Kodifikation Mittel zum Schutz vor willkürlicher richterlicher Entscheidung

Dogmatik wird zum technischen Hilfsmittel

Methodische Neuorientierung notwendig

richterlicher Entscheidungszwang verbunden mit einer dem Richter auferlegten Begründungspflicht

Modell des unpolitisch-technischen Richters in Frage gestellt

- Diskrepanz zwischen dem Modell und der Realität der Rechtsprechung
  - Rolle der Präjudizien (offizielle Entscheidungssammlungen)
  - Folgenorientierung der Entscheidungen
  - Faktische Öffnung des Methodenkanons für teleologische Erwägungen
- Oskar Bülow, *Gesetz und Richteramt*, 1885
  - Kritik am Kodifikationsideal und an der buchstabentreuen Interpretation
  - Richter konkretisiert das Recht
  - Richterspruch ist Rechtsquelle und hat Vorrang vor dem Gesetz

### c) Die sog. Freirechtsschule

#### **Freirechtslehre**

- Die Freirechtler wollten eine freie, bzw. soziologische, richterliche Rechtsfindung, welche an Rechtstatsachen und Einzelfallbedürfnissen orientiert ist.
- Der Durchbruch der radikal antipositivistischen Kräfte gelang erst 1903 (durch Eugen Ehrlich)

#### **Eugen Ehrlich (1862-1922)**

- Hauptinteresse: Feststellung des lebenden Rechts als eigene Gattung innerhalb der Rechtsstellung
- Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903 (Text 49)
  - Anknüpfung an F. Gény
  - Zentralität der Persönlichkeit des Richters -> Königliche Freiheit des Richters
    - (a) Der Richter sollte das unvollkommene Gesetz durch Konkretisierung in der richterlichen Entscheidung gesellschaftskonform (nach seinem Rechtsgefühl) ergänzen und auf diese Weise das Recht als Ganzes fortbilden
  - Primat der Rechtsprechung gegenüber der Gesetzgebung
- Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913 (Text 51)
  - Wie eine Rechtswissenschaft aussehen soll?

- Kreativität der Rechtswissenschaft, war verloren und musste zurückziehen
- Sozialwiss. und historisch-empirische Methode
- Schöpferische Jurisprudenz vs. mechanisch-technische Rechtsanwendung (Begriffsjur., Scheinlogik der Konstruktion)
- Anwaltschaftliche Jurisprudenz = Kunst der Klagebegründung und der Beweisführung
- Geschäftliche Jurisprudenz = Formalisierung von Interessenlagen und Sicherung gegen Anfechtung und Verletzung
- Richterliche Jurisprudenz = selbständige Entscheidung über die Schutzwürdigkeit von Interessen → Entscheidungsnorm
- Richterliche Entscheidung hängt mit Machtverhältnissen, Zweckmäßigkeitüberlegungen und Gerechtigkeitsvorstellungen zusammen → praktische Kunstlehre
- Zusammenhang von Jurisprudenz und «lebendem Recht» → Richter muss Anwendung eines mit den gesellschaftlichen Interessen konformen Rechts gewährleisten → Richterpersönlichkeit (Charakter, Rechtsgefühl)
  - es braucht starke Figur als Richter, Richter muss ein Rechtsgefühl haben
  - ein "Hercules"

Hermann Kantorowicz (1877-1940) → Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906) (Text 50)

- Rechtswissenschaft ist nicht Handlangerin des Gesetzgebers
- Rechtswissenschaft ist Rechtsquelle
- Rechtswissenschaft ist freie Rechtsfindung und freie Rechtsschöpfung (voluntaristisch)
- Rechtsanwendung ist ein Willens- und Gefühlsakt (gegen Begriffsjur.)
- Sicherungsmittel gegen richterliche Willkür
  - Richtereid
  - Richterkollegium
  - Instanzenzug

- Volkswahl

Ernst Fuchs (1859-1929)

- *Schreibjustiz und Richterkönigtum*, 1907
  - Begriffjurist
- *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 1909

Gemeinsame Merkmale

- Radikale Ablehnung von Rechtspositivismus und Begriffsjur.
- Politische Machbarkeit des Rechts
- Naturalismus vs. NR
- Zentralität der Richterpersönlichkeit → Richterkönig, Rechtsgefühl, sozialgestaltende Rechtsfindung unter Beachtung des Gesetzgebungsprogramms
- Rein technische Ausbildung ungenügend
- Lückenhaftigkeit der Kodifikation
- Freirechtslehre vs. Interessenjurisprudenz
  - Die Interessenjurisprudenz war eine Fortsetzung des Programms der Freirechtslehre
  - Wie die Freirechtslehre lehnte auch die Interessenjurisprudenz die deduktive, konstruktivistische, formale Rechtsfindung der Begriffsjurisprudenz ab
  - Die Rechtsanwendungsmethode der Interessenjurisprudenz ist im Unterschied zur Freirechtslehre differenzierter und argumentiert näher am Gesetz

*d) Interessenjurisprudenz (Philipp Heck) (Text 52)*

Obwohl die Grundgedanken der Interessenjurisprudenz auf Jehring zurückgehen, war ihr eigentlicher Begründer **Philipp Heck (1920)**. Die Rechtswissenschaft sollte sich der **Untersuchung des Zusammenhangs** zwischen den Rechtssätzen und den Interessenlagen widmen. Die Norm als rechtliches Instrument sollte der Entscheidung von Interessenkonflikte dienen

Schlüsselrolle übernahm der Richter, dem es oblag, den Konflikt herauszuarbeiten und eine Interessenabwägung vorzunehmen.

**Bei allfälligen Lücken bestand ein Ergänzungsgebot für den Richter**, der durch sinngemässe Anwendung *rechtsschöpferisch* tätig wurde → Systemkonforme Weiterentwicklung des Rechts

- Kritik der Begriffsjur. → Rechtsfragen sind nicht durch Konstruktion zu lösen
- Anerkennung der normativ-wertenden Dimension im Recht
- Die Rechtswissenschaft sollte sich der Untersuchung des Zusammenhangs zwischen den Rechtssätzen und den Interessenlagen widmen
- Lückenhaftigkeit des Gesetzes als Normalzustand → fordert die systemkonforme Weiterentwicklung des Rechts durch den Richter
- Ergänzungsgebot für den Richter, der durch sinngemässe Anwendung rechtsschöpferisch tätig wurde
- Richter muss fall lösen, mit Gedanken "wie hätte das Gesetzgeber den Fall gelöst"?
- Der Richter oblag, den Konflikt herauszuarbeiten und eine Interessensabwägung vorzunehmen

Auslegung kann zum Ergebnis kommen, dass eine Lücke oder eine nicht gewollte Unbestimmtheit des Gesetzes oder ein Fehlen der anwendbaren Gebote vorliegt.

- Auch in diesen Fällen ist eine Interessenabgrenzung unter Bindung an die Werturteile des Gesetzgebers und unter subsidiärem Eingreifen der Eigenwertung vorzunehmen
  - Die Weiterentwicklung des Rechts hatte sich in erster Linie an den Zwecküberlegungen des Gesetzgebers zu richten und dessen Interessenabsicht zu verwirklichen

Rechtsnorm als bewertende Entscheidung von Interessenskonflikten → Abwägung

- Zweck des Gesetzes verweist auf obsiegendes Interesse
- Rechtsfindung ist Rechtszweckbetrachtung bei Gebot der Gesetzestreue → «denkender Gehorsam», Bindung und Freiheit
- Historisch-subjektive Auslegungsmethode

### **Aufgaben des Gesetzgebers und des Richters**

- Der Gesetzgeber will die menschlichen Interessen *nach seinen Werturteilen* gegeneinander abgrenzen

- Es ist nun die Aufgabe des Richters, dieses Endziel durch seine Fallentscheidung zu verwirklichen
- Die Tatbestände sollen vom Richter unter die Gesetzesbegriffe subsumiert werden. Der Richter hat dem Gesetz zu gehorchen. Aber: Denkender Gehorsam (und nicht mechanischer) Gehorsam
- Weil die Subsumtion nicht immer das geeignete Mittel ist, um Gesetzesziele zu erreichen, muss der Richter auch die Interessenlagen erforschen (= Interessenbewertung)

#### e) Eugen Huber: ein Antipositivist?

Im Gegensatz zu anderen Kodifikationen wie dem BGB wollte Eugen Huber in der CH keinen privatrechtlichen Erlass ausarbeiten, der aufgrund seiner Sprache/Terminologie nur Gelehrten zugänglich sein würde. Deshalb setzte Eugen Huber viel mehr auf eine **konkrete Darstellungsweise**, welche durch **volkstümliche Sprache** begleitet sein sollte. Er **verzichtete somit auf Abstraktionen und Verallgemeinerungen**, was auch heute noch im Fehlen einer straffen Ordnung des ZGB erkenntlich ist. Dieses Streben nach einer Kodifikation, die praktikabel war, lässt sich auf den Wunsch zurückzuführen, der Rechtszersplitterung der CH ein für alle Mal zu begegnen.

Ältere Theorien vertraten die Auffassung, dass die Kodifikation lückenlos zu sein hätte (ALR). Eugen Huber sprach die Kodifikation jedoch diesen Charakter ab und ersetzte das Ideal der Lückenlosigkeit der Kodifikation durch die **Lückenlosigkeit der Rechtsordnung** → danach ist die einzelne Kodifikation nur in dem Sinne lückenlos, als sie durch weitere Kodifikationen somit als interagierende Werke, welche als Ganzes eine lückenlose Rechtsordnung gewähren.

Das Bekenntnis zur Lückenlosigkeit wird aus Art. 1 ZGB ersichtlich. Nach Art. 1 Abs. 2 ZGB übernimmt der Richter zur Wahrung und im Sinne der Rechtsordnung bei Bedarf die Lückenfüllung (Gewohnheitsrecht und Richterrecht) anhand Analogien → modo legislatoris

- ZGB als Produkt der Verwertung verschiedener Vorbilder
- Einfachheit und Allgemeinverständlichkeit der Kodifikation → Laienrichter
- Verzicht auf Abstraktionen und Verallgemeinerung → konkrete Darstellungsweise, welche durch volkstümliche Sprache begleitet sein sollte
- Anerkennung der Lückenhaftigkeit der Kodifikation → lückenlos ist aber die Rechtsordnung
- einzelne Kodifikation nur in dem Sinne lückenlos, als sie durch weitere Kodifikationen ergänzt werden kann

Anleitung zur Lückenfüllung in Art. 1 kodifiziert

- Regelbildung durch den Richter (*modo legislatoris*)
- Art. 1 als Kodifizierung bestehender schweiz. Tradition oder als Bekenntnis zum Antipositivismus?

#### f) *Legal realism*

- Kritik an Erstarrung des *common law* in Formalismus und Tradition
- Oliver Wendell Holmes Jr., *The Path of the Law*, 1897

“*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*”

- Zentralität des Richterrechts → Rechtsprechung *als social engineering*

#### *Sociological Jurisprudence* (Roscoe Pound, Benjamin Cardozo)

- Frage nach der Funktion des Rechts für die Gesellschaft
- *Law in the books vs Law in action* (was passiert in der Gerichte)

## 5. Totalitäre Rechtswissenschaft

### a) *Nationalsozialismus und Recht*

#### **Machtergreifung und Rechtsordnung**

- 30.1.1933 Hitler wird Reichskanzler
- 27.2.1933 Reichstagsbrand
- 28.2.1933 Notverordnung zum Schutz von Volk und Staat → Ausschaltung (disinnesto) der Grundrechte, für einige Delikte Todesstrafe eingeführt
  - Länderregierungen und Verwaltung gleichgeschaltet
- 5.3.1933 Neuwahlen → NSDAP erreicht 45%
  - mehr Legitimation
- 23.3.1933 Ermächtigungsgesetz (seit 31.1.1939 entfristet): Regierung wurde die Gesetzgebungskompetenz übertragen
- 29.3.1933 Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe (*Lex van der Lubbe*) → Rückwirkung der Todesstrafe für Brandstiftung und Hochverrat

- Grundsatz nulla poena sine lege durchgebrochen
- 7.4.1933 Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums → Säuberung der Beamtenschaft (Text 55)
  - Judischer und Politische-Gegner werden entlassen
- 14.7.1933 Gesetz gegen die Neubildung von Parteien → NSDAP wird zur Staatspartei
- 3.11.1933 Schaffung der Strafrechtskommission (Text 54)
- 30.1.1934 Gesetz über den Neuaufbau des Reiches → Gleichschaltung der Länder (blossen Verwaltungseinheiten des Reichs) und Abschaffung des Föderalismus, Verreichlichung der Justiz
- 24.4.1934 Schaffung des Volksgerichtshofs (Sondergericht gegen Staatsverbrechen)
- 30.6.-2.7.1934 Ermordung der SA-Führung und weiterer politischer Gegner (aus Kirche und Politik ohne Verfahren) auf Befehl Hitlers
- 3.7.1934 Gesetz über Massnahmen der Staatsnotwehr → nachträgliche Legitimation der Morde
- 1.8.1934 Aufsatz von **Carl Schmitt** in der Deutschen Juristenzeitung → *„Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft.“*
  - **Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten missbrauch, wenn er bei Gefahr aufgrund seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft**
  - **Der wahre Führer ist immer auch Richter**
  - **Wille des Führers ist oberste und einzige Rechtsquelle**
  - **Morde waren legitim, weil Führer oberste Rechtsquelle/Richter war und im Notfall legitimiert**
- 2.8.1934 Tod des Reichspräsidenten Hindenburg → Vereinigung mit dem Amt des Reichskanzlers → **Hitler ernannt sich zum Oberhaupt des Deutschen Reiches, aber Weimarer Verfassung und BGB formell noch in Kraft**

- 28.6.1935 Gesetz über die Änderung des StGb → *«Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient.»*
- 15.9.1935 Nürnberger Gesetze → Schutz des deutschen Bluts und der deutschen Ehre → Reichsbürgerschaft auf Volksgenossen beschränkt (Texte 56 und 57)
  - Rassengesetze, Eheverbote für Juden, Juden verlieren Status als Reichsbürger (Verwehrung politische Rechte)
- 9.-10.11.1938 Reichskristallnacht → Judenpogrome und Beginn der sog. «Endlösung»: Verfrachtung der Juden in Vernichtungslager

### **NS-Rechtsordnung?**

- Vom NS erlassenes Recht
- Vom NS geprägtes Recht
- Gesamter geltender und praktizierter Normbestand während der NS-Zeit

### **Ideologische Grundprinzipien**

- Rechtsstaatliche Prinzipien eingeschränkt und mehrheitlich aufgehoben
- Deutschland wurde zu einem militarisierten und autoritären Einheitsstaat
- Minderheiten wurden diskriminiert und verfolgt, insbes. Juden
- **Führerprinzip** → Führerwille ist oberste Rechtsquelle
- **Völkisches Prinzip** → Recht ist Ausdruck der Blutsgemeinschaft eines Volkes → Rechtsgenosse = Volksgenosse (deutsches Blut); der Einzelne gilt nicht als Individuum, sondern als Glied der Volksgemeinschaft
- **Rassenprinzip** → Erhaltung der arischen Rasse als Ziel, Reinrassig nur, wer deutschen Blutes ist (Erbbiologie als Kriterium)
- **Totaler Staat** → Individuum steht zur Disposition der Gemeinschaft, totale Inpflichtnahme, Staat regelt alle Lebensbereiche

## Umgang mit dem Recht

Im Nationalsozialismus entstand ein **neues Rechtsquellenkonzept**: der Wille des Führers war oberste Rechtsquelle (Führerprinzip). Der bisherige Normbestand wurde nicht in seiner Substanz verändert, sodass auch die bestehenden Rechtsbegriffe nicht durch die ideologische Terminologie ersetzt wurde. Vielmehr war die Normtext so auszulegen, dass die ideologischen Ziele erreicht werden konnten

- Einlegung statt Auslegung: der Normsinn wurde auf dem Gedanken des NS-Regime verengt

Der Ursprung des Rechts wurde im **gesunden Volksempfinden** gesehen → diese variable Leerformel fand Ausdruck im Führerwillen. Was Recht war und was Unrecht richtet sich nach dem gesunden Volksempfinden

- Schaffung neuen NS-Rechts
- *Ideologisch gesteuerte (unbegrenzte) Auslegung des bestehenden Rechts → Einlegung statt Auslegung, der Normsinn wurde auf das Gedankengut des NS-Regime verengt*

### b) Nationalsozialismus und Rechtswissenschaft

#### Neue methodische Konzepte

- **Carl Schmitt → Lehre vom konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken**
  - Ablehnung des Rechtspositivismus
  - Normen müssen der wirklichen Ordnung entsprechen
  - Die Gemeinschaft schafft die konkrete Ordnung von sich aus
    - (a) Recht entsteht in der Gemeinschaft, Juristen sollen diese Recht nehmen und normieren -  
> Primat der Gesellschaft
- **Karl Larenz → Lehre von den konkret-allgemeinen Begriffen (Text 56)**
  - Ablehnung der Begriffsjurisprudenz
  - Abstrakte Begriffe des Privatrechts müssen durch Begriffe ersetzt werden, die mit der konkreten Lebensordnung des dt. Volkes verbunden sind
  - Recht ist in einer vorgegebenen, überpositiven Rechtsidee begründet
  - Rechtsgleichheit nur bezogen an die Volksgemeinschaft

- **VSS für Besitz von Rechten und pflichten**
  - (a) Nur als Volksgenosse ist der Einzelne eine konkrete Persönlichkeit
  - (b) Der Einzelne hat als Glied der Volksgemeinschaft Rechte und Pflichten sowie eine Ehre und genießt Achtung als Rechtsgenosse
  - (c) *Rechtsgenosse gilt als Vorrecht des Volksgenossen. so ist nur Rechtsgenosse wer Volksgenosse ist und Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist*
- Fremde als Gast dem Rechtsgenossen gleichgestellt (Leib- und Lebensschutz, Vermögensrecht für Ausländer), Ausländer sind nicht deutsche Rechtsgenossen
- **Nichtrechtsgenossen** sind Rechtssubjekte und besitzen beschränkte Rechtsfähigkeit (kraft Geburt), sie können kein Amt bekleiden und bleiben von den wichtigsten Rechtsstellen ausgeschlossen

### **Funktion der Rechtsgeschichte**

- Germanenmythologie (←→ Germanistik)
- Ablösung von Begriffen (zB Treue, Sippe, Gefolgschaft, Genossenschaft) von ihrer historischen Einbindung und ideologische Umfunktionierung
- Ersetzung des Volksgeistbegriffs durch biologisch-rassischen Volksbegriff als Kampfformel
- Kontrastierung römisch-germanisch, französisch-germanisch → Ablehnung artfremder Einflüsse

### **Neue Rechtsquellenlehre**

- Recht = Volksempfinden = Urquelle des Rechts
- Gesundes Volksempfinden nicht empirisch greifbar → Orientierung an Führerwillen und Partei
- Gesetz ist Ausdruck des Völkischen → was gesund ist, muss intuitiv gefunden werden → Notwendigkeit der politischen Einbindung richterlicher Tätigkeit → Innensteuerung der Justiz
- **Richter** war ein Glied in der Gemeinschaft des deutschen Volkes. Er hatte die Aufgabe, die volkische Gemeinschaftsordnung zu wahren → **Instrument des totalitären Regimes und nicht unabhängig** → Das Leitprinzip der Justiz war das **gesunde Volksempfinden** und die **ideologische Anschauung des NS-Regime**

- Die Justiz wurde durch den Staat auch **innerlich gesteuert**, indem bspw. in Richterbriefen einem Richter mitgeteilt wurde, wie er einen bestimmten Fall zu entscheiden hatte  
Paradoxerweise sprach das Reichskammergericht oftmals lange Freiheitsstrafen aus, um die Gefängnisinsassen vor der Gestapo zu schützen

### **Juristenausbildung**

- Juristenausbildung an der nationalsozialistischen Ideologie ausgerichtet
- 6.6.1933 In Preussen Pflichtaufenthalt im Gemeinschaftslager Hanns Kerrl in Jüterbog als Voraussetzung für das Staatsexamen, ab 1936 für ganz Deutschland
- 1935 Neue Studienordnung «für den Rechtswahrer» (Karl August Eckhardt)
  - Systematische Aufspaltung des Bürgerlichen Rechts in «Lebensbereiche» (zB Familienerbe, Vertrag und Unrecht, Verwaltung)
  - Keine strikte Trennung zwischen öff. und priv. Recht
  - Germanisches Recht

### Privatrechtswissenschaft: subjektives Recht

- **Larenz** (Text 56) → Schaffung neuer Begrifflichkeiten, Vorrang der Gemeinschaft, Zusammenfallen von Rechten und Pflichten
  - Lehnte das Konzept der subjektive Rechte vollständig ab; Sah den Volksgenossen als Träger einer Gliedstellung in der Volksgemeinschaft und nicht von Rechten und Pflichten; Lehnte die Rechtsgleichheit radikal ab
- **Dahm** (Text 57) → Erhaltung des Begriffs, aber Pflichtgebundenheit gehört dazu, Gemeinnutz geht vor Eigennutz
  - Wollten den Begriff der subjektiven Rechte erhalten, aber umdeuten; Sah jedes subjektive Recht an eine Pflicht gegenüber der Gemeinschaft gebunden, welcher im Konfliktfall Vorrang zukam; Nutzte zur Konkretisierung des Gemeinwohls Begriffe, welche uneingeschränkt der juristischen Umdeutung offenstanden («sittlich, sozial»...)
- Liberale Positionen? Heck: Begriff muss beibehalten werden, um völlige Entrechtung zu verhindern, keine völkische Deutung der Interessenjurisprudenz

### **Strafrechtswissenschaft: Strafrecht als Kampfrecht**

Als Einschüchterungsmittel übernimmt das Strafrecht politische Funktion; Verbrecher gilt als Verräter:

- **Aufhebung des Legalitätsprinzips:** Volk und Staat werden als Einheit angesehen. Die Rechtsüberzeugung des Volkes ist die wahre Quelle allen Rechts, und deshalb muss auch die Bedeutung des geschriebenen Gesetzes als Grundlage des staatlichen Strafrechts zurücktreten
- **Abschaffung liberaler Rechtsschutzgarantien** wie Rückwirkungsverbot, Analogieverbot
- Strafrichter hat die Befugnis, eine nicht ausdrücklich für strafbar erklärte Tat dann zu bestrafen, wenn sie nach gesunder Volksanschauung sittlich verwerflich ist, **Recht = Volksempfinden** → Alles Recht diene dem Schutz des Volkes
  - Strafrecht als Instrument der Einschüchterung und Terrorisierung
  - Kieler Schule (Texte 54 und 55) → autoritäres Strafrecht
    - junge Juristen, mit NSP-Idee geprägt.
  - Verbrechen als Pflichtverletzung → Orientierung an Tätertypen (Identifikation), Verbrecher als Träger feindlichen Willens
  - Individuum als Teil Gemeinschaft und hat dadurch Pflichten gegenüber Führer; Verbrecher ist derjenige, der diese Pflichten verletzt.
  - *Nullum crimen sine poena <-> nulla poena sine lege*
    - nulla poena sine lege ist eine deutschrechtliche Satz. Verbrechen definiert Verbrechen wenn es bestraft wird.
  - Aufhebung von Rückwirkungs- und Analogieverbot
  - Aufgabe der Justiz → Bekämpfung sozialschädlicher Elemente

### **Kontinuitäten**

- Personelle Kontinuitäten (zB: Karl Larenz, Carl Schmitt, Theodor Maunz, Georg Dahm)
- Ideologische Kontinuitäten
  - Antidemokratisches Denken in der Weimarer Zeit (Kritik an 1. Weltkrieg)
  - 19. Jh.: Nationalismus, Rassenlehren, Etatismus

(a) durch Nazi-Zeit weiter entwickelt.

- Nach 1945?
  - Personelle Kontinuitäten
  - Ideologische Kontinuitäten

*c) Politische und rechtswissenschaftliche Kontroversen in der Schweiz*

- Geistige Landesverteidigung der 1930er-Jahre → helvetischer Totalitarismus
- Faschistische Bewegungen in der Schweiz
  - 1934 Verfassungsprojekt der Vaterländischen Aktion
  - Hans Huber (1934-1946 Bundesrichter, 1946-1970 Prof. an der Univ. Bern) → starker Staat und Eindämmung der demokratischen Mitbestimmung
- **Vollmachtregime** → Notrechtspraxis seit dem 1. WK
  - weitgehende Vollmachten an den Bundesrat
  - Kontroverse zwischen Dietrich Schindler sen. und Zaccaria Giacometti über die Verfassungsmässigkeit des Notrechts
    - Giacometti liberaler kritisiert stark diese Notrecht
    - Schindler gerechtfertigt Ntorecht