

**Probeklausur im SPB I
(Grundlagen des Rechts)
im Juni 2023**

Bitte beachten Sie die Hinweise zur Bearbeitung der Klausur am Ende.

Aufgabe 1

Auszug aus Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke Bd. 7 (hrsg. v. Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel), S. 366 f. (§ 214):

„Außer der Anwendung auf das Besondere schließt [...] das Gesetzsein des Rechts die *Anwendbarkeit auf den einzelnen Fall* in sich. [...] Die Begriffsbestimmtheit [die Bestimmtheit durch das gesetzte Recht] gibt nur eine allgemeine Grenze, innerhalb deren noch ein Hin- und Hergehen stattfindet. Dieses muss aber zum Behuf der Verwirklichung abgebrochen werden, womit eine innerhalb jener Grenze zufällige und willkürliche Entscheidung eintritt. In dieser *Zuspitzung des Allgemeinen* [...] zur Verinselung, d.i. zur *unmittelbaren Anwendung*, ist es vornehmlich, wo das rein Positive der Gesetze liegt. Es lässt sich nicht *vernünftig* bestimmen noch durch die Anwendung einer aus dem Begriffe herkommenden Bestimmtheit entscheiden, ob für ein Vergehen eine Leibesstrafe von vierzig Streichen oder von vierzig weniger eins, noch ob eine Geldstrafe von fünf Talern oder aber auch von vier Talern und dreiundzwanzig usf. Groschen, noch ob eine Gefängnisstrafe von einem Jahre oder von drei- und vierundsechzig usf. Tagen oder von einem Jahre und einem, zwei oder drei Tagen das Gerechte sei. Und doch ist schon ein Streich zuviel, ein Taler oder ein Groschen, eine Woche, ein Tag Gefängnis zuviel oder zuwenig eine Ungerechtigkeit. – Die Vernunft ist es selbst, welche anerkennt, dass die Zufälligkeit, der Widerspruch und Schein ihre, *aber beschränkte* Sphäre und Recht hat und sich nicht bemüht, dergleichen Widersprüche ins Gleiche und Gerechte zu bringen; hier ist allein noch das Interesse der *Verwirklichung*, das Interesse, dass überhaupt bestimmt und entschieden sei, es sei, auf welche Weise es (innerhalb einer Grenze) wolle, vorhanden.“

Aufgaben:

- a) Interpretieren Sie diesen Passus und erläutern Sie Hegels Darstellung des Vorgangs und der Problematik der Rechtsanwendung.
- b) Nehmen Sie kritisch dazu Stellung: Teilen Sie Hegels Auffassung?

Lösungshinweise: a) Das Gesetz soll (möglichst) bestimmt sein, weil es aber zugleich allgemein sein muss, reicht es nicht selbst bis zum Einzelfall. Deswegen kann nicht einfach „deduziert“ werden, sondern es ergibt sich für die Rechtsanwendung jenes berühmte Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Rechtsnorm und Sachverhalt, das Hegel interessanterweise schon lange vor Karl Engisch genau so beschrieben hat (Hin und Hergehen); d.h. die Norm bestimmt sich über den Sachverhalt und der Sachverhalt über die Norm. Wie oft der Blick hin und her gehen muss, lässt sich allerdings nicht sagen, deswegen muss der Vorgang – weil Rechtsfälle entschieden werden müssen – abgebrochen werden. Darin liegt zweifellos ein „dezisionistisches“ Moment, das man im Lichte der Gerechtigkeitsfrage problematisieren kann und das Hegel am Beispiel der Strafzumessung veranschaulicht. Allerdings lässt sich dieses „irrationale“ Moment der Rechtsanwendung bei näherer Betrachtung als – gleichwohl – „vernünftig“ begreifen (und zwar ganz einfach aus dem Gesichtspunkt der Alternativlosigkeit des Entscheidungszwangs).

b) Hier sind Argumentationsspielräume eröffnet, deswegen soll keine Musterantwort gegeben werden. Grundsätzlich ist Hegels Analyse durchaus zutreffend und nimmt auch wichtige Methodendiskussionen des zwanzigsten Jahrhunderts vorweg (Subsumtionsmodell der Rechtsanwendung, Dezisionismusdiskussion). Kritik kann man an der – zumindest missverständlichen – Bemerkung üben, dass „derlei Widersprüche nicht ins Gleiche und Gerechte zu bringen“ sind, denn darum muss es bei der Rechtsanwendung natürlich gerade gehen, wenn auch (wie Hegel zutreffend zu verstehen gibt) in den Grenzen, die der Vernunft im Bereich der Rechtsanwendung von vornherein gezogen sind.

Aufgabe 2

Zum ersten Teil der Veranstaltung *Neuere Rechtstheorie und Rechtsphilosophie* (50% von Aufgabe 2):

„Das Recht besteht aus allen Normen, die vom Gesetzgeber erlassen wurden, und im Falle von Konflikten zwischen Rechtsnormen gilt jeweils diejenige, die fairer ist, und im Falle von verbleibenden Regelungslücken gilt dasjenige, was fair ist.“

Fragen:

- a) Interpretieren Sie die Aussage des zitierten Textes unter Bezugnahme auf die Thematik der Geltung von Rechtssystemen. Nehmen Sie insbesondere dazu Stellung, ob die Aussage mit den Positionen „inklusive Rechtspositivismus“ und „exklusiver Rechtspositivismus“ vereinbar ist, und ob der Inhalt des Fairnessprinzips diesen Positionen zufolge Inhalt des Rechts ist.
- b) Handelt es sich bei der zitierten Aussage um eine Aussage, die mit H. L. A. Harts Rechtsphilosophie vereinbar ist? Begründen Sie Ihr Ergebnis knapp.

Lösungshinweise

Aufgabe 2a)

Bei dem Zitat handelt es sich um eine (erfundene) Anerkennungsregel. Die Studierenden sollten erkennen, dass es sich um eine Anerkennungsregel (Erkenntnisregel) handelt, und sollten knapp die Funktion einer Anerkennungsregel für Rechtssysteme erläutern.

Rechtspositivismus ist eine Position, die Existenz und Recht als notwendigerweise auf soziale Handlungen zurückgehend einordnet („quellenbasiert“). Das Spezifische des exklusiven Rechtspositivismus gegenüber dem inklusiven Rechtspositivismus besteht darin, wie eng die Quellenbasiertheit verstanden wird: Wenn und soweit eine rechtliche Pflicht besteht, moralische Prinzipien („Fairness“) zu berücksichtigen, werden die moralischen Prinzipien dem exklusiven Rechtspositivismus zufolge *nicht* zu Rechtsprinzipien. Sie bleiben außerrechtliche Prinzipien, und nur im Einzelfall wird bei der Anwendung eine bestimmte Konstellation als „fair“ eingestuft, ohne dass der Inhalt des Fairnessprinzips Inhalt des Rechts würde. Nach Vertretern des inklusiven Rechtspositivismus handelt es sich demgegenüber in diesen Fällen qua Anerkennungsregel um Rechtsprinzipien, deren Inhalt auch vor Anwendungsakten Inhalt des Rechts ist; erforderlich ist nur, dass eine auf soziale Handlungen zurückgehende Anerkennungsregel besteht („gilt dasjenige, was fair ist“).

Diese Positionen sollten von den Studierenden knapp erläutert werden und anschließend sollte die Vereinbarkeit dieser Positionen mit der Aussage des Textes untersucht werden. Die zitierte Anerkennungsregel ist im Grundsatz mit beiden Positionen vereinbar. Der Unterschied besteht darin, ob dasjenige, der Inhalt von Fairness bereits qua der Anerkennungsregel Inhalt des Rechts wird (inklusive Rechtspositivismus), oder ob es eines Anwendungsaktes bedarf, der für den Einzelfall zum Inhalt des Rechts erklärt, was insoweit fair ist (exklusiver Rechtspositivismus).

Aufgabe 2b)

Hart ist ein Vertreter des inklusiven Rechtspositivismus. Das sollten die Studierenden knapp erläutern und anschließend die Kompatibilität der Aussage des Zitats mit der Anerkennungsregel Harts darstellen.

Zum zweiten Teil der Veranstaltung *Neuere Rechtstheorie und Rechtsphilosophie* (50% von Aufgabe 2):

Aus Ulfrid Neumann, *Wahrheit im Recht*, 2004, S. 38-40:

„Dworkin [vertritt] die Auffassung, die Entscheidung des Richters sei durch Rechtsnormen selbst in schwierigen Fällen („hard cases“) vollständig determiniert. Zwar ergebe sich diese Entscheidung nicht notwendig aus den rechtlichen Regeln, wohl aber aus der Gesamtheit der Rechtsnormen, zu denen neben den Regeln auch die Prinzipien des Rechts zählen. Diesem Modell einer rechtlich vollständig determinierten Entscheidung entspricht die Vorstellung einer nach rechtlichen Maßstäben einzig richtigen Entscheidung. (...)

Dworkin illustriert diese These durch ein Bild von hoher suggestiver Kraft. Ein Richter mit übermenschlicher Fähigkeit, den Dworkin Herkules nennt, wäre den Zweifeln eines minderbegabten Richters – Herbert – nicht unterworfen. Aber die suggestive Kraft dieses Bildes ist höher als sein Beweiswert. Denn auch ein Herkules kann (...) seine Aufgabe nur dann erfüllen, wenn diese Aufgabe hinreichend präzise formuliert ist (und wenn die Objekte des ihm auferlegten Handelns tatsächlich existieren). Mit anderen Worten: Das Bild des juristischen Herkules illustriert die Idee der einzig richtigen Entscheidung, trägt aber zu ihrer Begründung nichts bei. Jedenfalls schultert Dworkins Herkules nicht die Begründungslast, die mit der These der einzig richtigen Entscheidung verbunden ist. Diese Last wiegt schwer. Denn die Möglichkeit einer einzig richtigen Entscheidung setzt voraus, dass sich all die kontroversen Präjudizien

und Rechtsprinzipien einer Gesellschaft zu einem ausgewogenen Ganzen fügen, dass also nicht nur alle relevanten Argumente feststehen, sondern auch ihr genauer Stellenwert vorgegeben ist. Das aber setzt wiederum eine Gesellschaft voraus, in der eine unterschiedliche Gewichtung von Rechtsprinzipien nicht möglich ist. (...)

Das bedeutet nicht, dass die Idee der einzig richtigen Entscheidung aus dem Arsenal von Rechtstheorie und juristischer Methodenlehre ersatzlos zu streichen wäre. Denn sie entspricht zwar nicht dem „objektiven“ rechtstheoretischen Befund, wohl aber der Perspektive des Richters, der nach der einzig richtigen Entscheidung zu suchen, nicht aber zwischen mehreren vertretbaren Entscheidungen zu würfeln hat. Anders formuliert: Die rechtstheoretische Einsicht, dass jedenfalls in zahlreichen Fällen unterschiedliche Entscheidungen mit guten Gründen vertreten werden können, taugt nicht als Maxime richterlichen Handelns. Der Richter sollte in seiner Entscheidungspraxis so verfahren, als ob in jedem Fall nur eine Entscheidung richtig wäre. Von den Argumenten, die sich dafür anführen lassen, sei hier zunächst das der Gleichbehandlung genannt. Soweit Gerichte – wie in Deutschland – grundsätzlich (d.h.: mit wenigen Ausnahmen) nicht gehalten sind, sich an der Rechtsprechung anderer Gerichte zu orientieren, kann Gleichbehandlung nur über die Idee gewährleistet werden, dass von zwei einander widersprechenden Entscheidungen notwendigerweise eine falsch sein muss. (...)

Gewichtiger noch sind die Konsequenzen, die sich hinsichtlich der richterlichen Entscheidungsfindung und -begründung ergeben. Zur Maxime richterlicher Urteilstätigkeit erhoben, würde das Prinzip der Vertretbarkeit unterschiedlicher Entscheidungen zur Methode aleatorischer Rechtsfindung tendieren: Geht der Richter davon aus, dass mehrere alternative Entscheidungen in gleicher Weise (!) vertretbar sind, so erübrigt sich die Suche nach der richtigen Lösung. Die Entscheidung kann dann nur im Wege der Dezision getroffen und müsste in der Urteilsbegründung entsprechend ausgewiesen werden.“

Fragen:

- c) Pointieren Sie in wenigen Sätzen Neumanns Kritik an Dworkins Vorstellung von einer einzig richtigen Entscheidung.
- d) Neumann will trotz seiner Kritik die Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung nicht verabschieden. Erläutern Sie knapp, weshalb das so ist, und analysieren Sie, welchen Stellenwert die Vorstellung von der einzig richtigen Entscheidung dann hat, so man Neumann folgt.

Lösungshinweise:

(Anmerkung: Das Zitat ist relativ lang, die Antworten können knapp und pointiert ausfallen.)

Zu c):

Erstens sei das Bild des Richter Herkules, das Dworkin als Begründung für die Auffindbarkeit von der einzig richtigen Entscheidung anführt, bloße Illustration der Behauptung, nicht aber die Begründung der behaupteten Vorstellung.

Sucht man zweitens nach einer echten Begründung, ist die Begründungslast für die Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung, so Neumann, jedenfalls hoch: man müsste nämlich angeben können, was die in der jeweiligen Rechtsfrage relevanten Argumente sind und auch, was ihr jeweiliger Stellenwert ist. Das ist selbst in einer Gesellschaft weitgehend homogener Rechtsansichten schwer vorstellbar. In einer pluralistischen Gesellschaft ist diese Sichtweise kaum aufrecht zu erhalten.

Zu d):

Die Idee der einzig richtigen Entscheidung soll laut Neumann in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis nicht als Existenzbehauptung (nicht „ontologisch“) zu deuten sein. Sie sei vielmehr als „regulative Idee“ anzusehen. *(Die zitierten Charakterisierungen können nicht vorausgesetzt werden, finden sich an anderer Stelle im besprochenen Text von Neumann).*

Es treffe rechtstheoretisch zu, dass in vielen Fällen unterschiedliche Entscheidungen gut begründbar sind. Gleichwohl taugt diese theoretische Einsicht, taugt das Paradigma der Vertretbarkeit nicht als *Maxime* für die Tätigkeit einer RichterIn/eines Richters. Er/Sie muss in ihrer Entscheidungspraxis vielmehr so tun, als ob es eine richtige Entscheidung gäbe. Weshalb ist das so? Neumann führt verschiedene Gründe an: Dies sei so, um rechtliche Gleichbehandlung zu gewährleisten. Außerdem sei es offenkundig problematisch, wenn eine Urteilsbegründung laute, dass andere Entscheidungen als gleichermaßen vertretbar angesehen worden seien. Denn dann nähere sich richterliches Entscheiden dem Würfeln an.

Neumann greift hier also auf eine „rechtspraktische“ Argumentation zurück (so Neumann wenig später selbst explizit). Auch wenn die Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung auf rechtstheoretischer Ebene nicht haltbar sei, sei doch aus rechtspraktischen Überlegungen an ihr festzuhalten. Der Status, den die Vorstellung der einzig richtigen Entscheidung zukommt, ist bei Neumann also rechtspraktisch begründet, es ist der einer Fiktion.

Aufgabe 3

Zur Veranstaltung *Theorien des Gesellschaftsvertrags* (50% von Aufgabe 3):

Auszug aus Locke, *The Second Treatise of Government*, Chapter XVIII:

“Where-ever Law ends, Tyranny begins, if the Law be transgressed to another’s harm. And whosoever in Authority exceeds the Power given him by the Law, and makes use of the Force he has under his Command, to compass that upon the Subject, which the Law allows not, ceases in that to be a Magistrate, and acting without Authority, may be opposed, as any other Man, who by force invades the Right of another.”

Übersetzung: "Wo immer das Gesetz endet, beginnt Tyrannei, wenn das Gesetz zum Schaden eines anderen überschritten wird. Und wer immer in Ausübung von Amtsgewalt seine gesetzlichen Kompetenzen überschreitet und von der unter seinem Befehl stehenden Gewalt Gebrauch macht, um den Untertanen etwas aufzuzwingen, was das Gesetz nicht erlaubt, hört damit auf, Obrigkeit zu sein. Er handelt ohne Autorität, und man darf sich ihm widersetzen wie jedem anderen Menschen, der gewaltsam in die Rechte anderer eingreift."

Aufgaben:

Der Passus thematisiert das Widerstandsrecht ("Right of resisting") gegen staatliche Autorität.

- a) Stellen sie Lockes Konzeption des Widerstandsrechts in Grundzügen dar.
- b) Nehmen Sie kritisch zu dieser Konzeption Stellung: Teilen Sie Lockes Auffassung vom Widerstandsrecht?

Lösungshinweise:

Zu a) Locke entwickelt in der Frage des Widerstandsrechts eine vergleichsweise radikale Position: Schon in geringeren Fällen berechtigt rechtswidriges Staatshandeln zum Widerstand – und zwar nicht nur die Betroffenen, sondern auch diejenigen, die sich deren Sache annehmen (möglicherweise aus Sorge, es könnten solche Akte einmal auch gegen sie selbst gerichtet sein). Dass es nicht ratsam ist, wegen jeder staatlicherseits zu verantwortenden Rechtsverletzung (der nicht auf dem Rechtsweg abgeholfen werden kann) den Aufstand zu proben, ist Locke zufolge lediglich ein pragmatischer Aspekt, berührt aber nicht das Recht der Bürgerinnen und Bürger zum Widerstand. Darüberhinaus anerkennt Locke – ebenfalls sehr weitgehend – nicht nur ein Widerstandsrecht im Falle aktuellen Staatsversagens, sondern bereits ein präventives Widerstandsrecht dann, wenn zu besorgen ist, dass es zu rechtsverletzendem oder interessenschädigendem Handeln der Regierung kommen könnte.

Zu b) Auch hier sind Argumentationsspielräume eröffnet, für die es keine Musterlösung geben kann. Bei anderen klassischen Autoren (Hobbes, Rousseau, Kant) findet sich jedenfalls noch nicht einmal im Ansatz ein derartiges Recht zum Widerstand gegen den Staat oder die Regierung, zum Teil wird der Gedanke eines solchen Widerstandsrechts sogar komplett zurückgewiesen. Mag diese Zurückweisung auch ihrerseits zu weit gehen, erscheint es andererseits auch nicht vernünftig anzunehmen, dass es – was Locke aber behauptet – gegen den Staat genauso ein Widerstandsrecht wie gegen private Übergriffe gibt, wobei es selbstverständlich eine schwierige Frage ist zu bestimmen, in welchen Fällen fehlerhaftes Staatshandeln aus dem Gesichtspunkt des Allgemeininteresses hinzunehmen ist.

Zur Veranstaltung *Strafrechtsgeschichte* (50% von Aufgabe 3):

Aufgaben:

- c) Bitte zeichnen Sie die Auffassungen von Cesare Beccaria und von Immanuel Kant zur Todesstrafe nach.
- d) Wie entwickelt sich die Gesetzgebung zur Todesstrafe im 19. und 20. Jahrhundert?

Lösungsskizze zu Aufgabe a

Die maßgeblichen Textstellen, die unten abgedruckt sind, wurden in der Vorlesung behandelt. Selbstverständlich wird keine wörtliche und ausführliche Wiedergabe verlangt:

- Beccarias Sichtweise (Textauszug aus: Cesare Beccaria, Von den Verbrechen und von den Strafen [Dei delitti e delle pene] [1764], in: Vormbaum, Moderne italienische Strafrechtsdenker, Heidelberg 2012, S. 3 f., 13 ff.):

„Wie kann das Recht, Seinesgleichen zu töten, beschaffen sein, das die Menschen in Anspruch nehmen? Mit Sicherheit ist es nicht jenes Recht, aus dem Souveränität und Gesetze sich ableiten. Denn diese sind nichts anderes, als die Summe der kleinsten Anteile der persönlichen Freiheit eines jeden; diese stellen den gemeinen Willen dar, der aus den einzelnen Willen zusammengesetzt ist. Wer hätte jemals anderen Menschen die Befugnis, ihn zu töten, einräumen wollen? Wie kann jemals im kleinsten Opfer der Freiheit eines jeden das Opfer des größten aller Güter, des Lebens, enthalten sein? Und sollte dies der Fall sein: wie verträglich sich ein solcher Grundsatz mit jenem anderen, dass der Mensch nicht der Herr über sein eigenes Leben ist? Denn er müsste es doch gewesen sein, wenn er es einem anderen oder der ganzen Gesellschaft hätte übertragen können.

Die Todesstrafe ist also kein Recht, denn ich habe ja gezeigt, dass sie ein solches nicht sein kann, sondern sie ist ein Krieg der Nation gegen einen Bürger, weil diese die Vernichtung seiner Existenz für erforderlich oder nützlich hält: Werde ich aber nachgewiesen haben, dass dieser Tod weder nützlich noch notwendig ist, so werde ich für die Menschlichkeit einen Streit gewonnen haben.

[...] Der Tod eines Bürgers wird [...] notwendig [...] in der Zeit der Anarchie, wenn Unordnung die Stelle der Gesetze einnimmt. Während der ruhigen Herrschaft der Gesetze aber [...] sehe ich keinerlei Notwendigkeit, einen Bürger zu vernichten, solange nicht sein Tod das wirkliche und einzige Hindernis wäre, andere von der Begehung von Verbrechen abzuhalten – was der zweite Grund ist, aus dem man die Todesstrafe für gerecht und notwendig halten könnte.

[...] Es ist nicht die Härte der Strafe, was die stärkste Wirkung auf das menschliche Gemüt ausübt, sondern ihre Dauer, denn unser Empfinden wird einfacher und dauerhafter durch sehr kleine, aber sich wiederholende Eindrücke als durch einen starken aber vorübergehenden Anstoß bewegt. [...] Das stärkste Hindernis gegen Verbrechen ist nicht das schreckliche, aber vorübergehende Schauspiel der Tötung eines Verbrechers, sondern das lange und andauernde Beispiel eines der Freiheit beraubten Menschen, der, zum Lasttier geworden, mit seiner Mühsal die Gesellschaft entschädigt, die er verletzt hat.“

- Kants Entgegnung (Textauszug aus: Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten. Rechtslehre [1797], in: Vormbaum, Moderne deutsche Strafrechtsdenker, Heidelberg 2011, S. 42 ff.):

„Richterliche Strafe [...] kann niemals bloß als Mittel ein anderes Gute zu befördern für den Verbrecher selbst oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann niemals bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wiewohl ihm seine angeborne Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann. Er muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ, und wehe dem! welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, um etwas aufzufinden, was durch den Vorteil, den es verspricht, ihn von der Strafe, oder auch nur einem Grade derselben entbinde nach dem pharisäischen Wahlspruch: „Es ist besser, daß ein Mensch

sterbe, als daß das ganze Volk verderbe“; denn wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben. [...]

Welche Art aber und welcher Grad der Bestrafung ist es, welche die öffentliche Gerechtigkeit sich zum Prinzip und Richtmaße macht? Kein anderes, als das Prinzip der Gleichheit (im Stande des Züngleins an der Waage der Gerechtigkeit), sich nicht mehr auf die eine, als auf die andere Seite hinzuneigen. Also: was für unverschuldetes Übel du einem anderen im Volk zufügst, das tust du dir selbst an. Beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; bestiehlst du ihn, so bestiehlst du dich selbst; schlägst du ihn, so schlägst du dich selbst; tötest du ihn, so tötest du dich selbst. Nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis) aber, wohl zu verstehen, vor den Schranken des Gerichts (nicht in deinem Privaterteil), kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle anderen sind hin und her schwankend und können anderer sich einmischenden Rücksichten wegen keine Angemessenheit mit dem Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit erhalten. [...] – Was heißt das aber: „Bestiehlst du ihn, so bestiehlst du dich selbst“? Wer da stiehlt, macht aller anderer Eigentum unsicher; er beraubt sich also (nach dem Recht der Wiedervergeltung) der Sicherheit alles möglichen Eigentums; er hat nichts und kann auch nichts erwerben, will aber doch leben; welches nun nicht anders möglich ist, als daß ihn andere ernähren. Weil dieses aber der Staat nicht umsonst tun wird, so muß er diesem seine Kräfte zu ihm beliebigen Arbeiten (Karren oder Zucht-hausarbeit) überlassen und kommt auf gewisse Zeit, oder, nach Befinden, auch auf immer, in den Sklavenstand. – Hat er aber gemordet, so muß er sterben. Es ist keine Gleichartigkeit zwischen einem noch so kummervollen Leben und dem Tode, also auch keine Gleichheit des Verbrechens und der Wiedervergeltung, als durch den am Täter gerichtlich vollzogenen, doch von aller Mißhandlung, welche die Menschheit in der leidenden Person zum Scheusal machen könnte, befreieten Tod. – Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmigkeit auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke haftet, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat, weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann. [...]

Hiegegen hat nun der Marchese Beccaria, aus teilnehmender Empfindelheit einer affektierten Humanität (compassibilitas), seine Behauptung der Unrechtmäßigkeit aller Todesstrafe aufgestellt; weil sie im ursprünglichen bürgerlichen Verträge nicht enthalten sein könnte; denn, da hätte jeder im Volke einwilligen müssen, sein Leben zu verlieren, wenn er etwa einen anderen (im Volk) ermordete; diese Einwilligung aber sei unmöglich, weil niemand über sein Leben disponieren könne. Alles Sophisterei und Rechtsverdrehung.

Strafe erleidet jemand nicht, weil er sie, sondern weil er eine strafbare Handlung gewollt hat; denn es ist keine Strafe, wenn einem geschieht, was er will, und es ist unmöglich gestraft werden zu wollen. – Sagen: ich will gestraft werden, wenn ich jemand ermorde, heißt nichts mehr, als: ich unterwerfe mich samt allen übrigen den Gesetzen, welche natürlicherweise, wenn es Verbrecher im Volk gibt, auch Strafgesetze sein werden. Ich, als Mitgesetzgeber, der das Strafgesetz diktiert, kann unmöglich dieselbe Person sein, die, als Untertan, nach dem Gesetz bestraft wird; denn als ein solcher, nämlich als Verbrecher, kann ich unmöglich eine Stimme in der Gesetzgebung haben (der Gesetzgeber ist heilig). [...]

Lösungsskizze zu Aufgabe b

- Die Todesstrafe war im 19. Jahrhundert nicht abgeschafft. Allerdings ist im Laufe des Jahrhunderts eine Abnahme der Körper- und Todesstrafe und eine Zunahme der Freiheitsstrafe zu verzeichnen.
- Bei der Beratung um die Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs (1871) entbrannte eine Diskussion um die Reichweite der Todesstrafe. Hintergrund dieser Diskussion war der Umstand, dass die Todesstrafe in einigen Territorien des in der Entstehung begriffenen Kaiserreichs bereits abgeschafft waren. Diskutiert wurde ein Antragsentwurf, der im Ergebnis eine uneinheitliche Geltung der Todesstrafe vorgesehen hätte: Danach hätte in denjenigen deutschen Staaten, in denen Todesstrafe bereits abgeschafft war, anstelle der (andernorts geltenden Todesstrafe) eine lebenslange Zuchthausstrafe gegolten. Dieser Vorschlag wurde aber wegen fehlender Erfolgchancen fallengelassen. Im Ergebnis einigte man sich auf einen anderen Kompromiss: Die Todesstrafe wurde nicht vollständig abgeschafft, jedoch inhaltlich beschränkt auf vollendeten Mord (im Allgemeinen) sowie auf vollendeten und versuchten Mord an Bundesoberhaupt oder Landesherrn.
- Im Dritten Reich wurde die Geltung der Todesstrafe extrem ausgeweitet.
- Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde die Todesstrafe für abgeschafft erklärt (Art. 102 GG).

Aufgabe 4

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, [Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische teutsche Gesetzgebung] Vorrede in: [Johann] Nepomuk Borst, Ueber die Beweislast im Civilprozeß, Stuttgart 1816; hier zitiert nach der 2. Auflage Leipzig 1824:

„Die Rechtswissenschaft, da sie die Gesetze des äußeren Tuns zu ihrem Gegenstand, die Bestimmung der rechtlichen Art des gesellschaftlichen Zusammenlebens und Ineinanderwirkens zu ihrem unmittelbaren Zweck, folglich als eine Wissenschaft für das Handeln in ihrer praktischen Beziehung, in ihrer Tüchtigkeit und Brauchbarkeit für thätige Anwendung ihren höchsten, ich möchte sagen, einzigen Werth zu suchen hat – ist gleichsam schon von Natur dem ausübenden Rechtsgelehrten zur Pflege und Erziehung in den Schoß gelegt. [...] Der Gelehrte als solcher, befangen in jener von Papieren und Büchern umstellten Mauerwelt, [...] [erkennt] das gelehrt ergründete Recht [...] nur durch den Begriff, der dem todtten Worte des todtten Buches abgezwungen ist. [...] so wird auch jene Kunst, mit Rechtsbegriffen zu rechnen, [...] nur im thätigen Leben durch Rechtsübung, wo nicht erworben, doch entwickelt. (S. VIII f.)

Diese Einheit des Denkens und Handelns, der Wissenschaft und ihrer Ausübung, die stete Eintracht und Wechselwirkung zwischen dem Allgemeinen und Besondern, ist bei uns, leider, aufgelöst [...] wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit unserer Rechtsquellen, über welche nicht von unten hinauf, sondern nur von oben herab eine entscheidende Aenderung zu bewirken möglich ist. Der zur Pflege berufene Rechtsgelehrte, von den Massen des zu verarbeitenden Stoffs an die Beschränktheit menschlicher Kräfte gemahnt, zieht sich, je höher er sein Ziel gestellt, desto weiter

von den Geschäften der Rechtsanwendung auf das Gebiet der reinen Gelehrsamkeit zurück: [...] (S. X f.)

Bekanntlich wurde unser Zeitalter, - nachdem man demselben die Fähigkeit, sein geltendes Recht, gereinigt von alterthümlichen Ueberfluß und neuen Mißbräuchen in einem sich selbst übereinstimmenden Gesetzbuche darzustellen, geradezu abgesprochen hatte, - mit seinen Erwartungen und Wünschen von der gesetzgebenden Gewalt hinweg an die Rechtsgelehrten gewiesen, welcher [...] nach reingeschichtlicher Methode, ausschließend berufen seyn, im Laufe einer nicht zu bestimmenden Zeit allem Bedürfnissen abzuhelpen. Das Recht werde überall (und dies ist wahrlich ganz unbestreitbar) aus dem Geiste des Volks geboren, falle aber, sobald es zu gewissen Jahren und Kräften gekommen, den Rechtsgelehrten [...] anheim (S. XIII)

Können die Pfleger der deutschen Rechtsgelehrsamkeit [...], eben das und eben so uns werden, was und wie es der Römer seinem Volke war? [...] Um jenes zu werden, müßte erst unsere Rechtswissenschaft aufgehört haben, zu seyn was sie ist, - eine historisch-antiquarische Wissenschaft; und damit diese etwas anderes seyn könnte als sie es ist, müßten wir erst gerade eben dasjenige besitzen, dessen Besitz uns, wie gesagt wird, durch fortgesetztes historisch-antiquarisches Forschen entbehrlich gemacht werden soll: - ein einheimisches, den Bedürfnissen der Zeit anpassendes, in sich selbst übereinstimmendes, mit gesetzlicher Kraft ausgestattetes Rechtsbuch. Ein solches hatte der Römer in seinen XII Tafeln, späterhin in seinem Edict. Und eben weil er es hatte, [...] konnte dieses [...] zu jenem kräftigen Stamm [...] wachsen“ (XXII f.)

Aufgabe:

Analysieren Sie den Textausschnitt im historischen Kontext. Orientieren Sie sich dabei besonders an folgenden Fragestellungen:

- a) Wie verhält sich die Rechtswissenschaft zu Theorie und Praxis des Rechts – oder wie sollte sie es tun?
- b) Wird nach Feuerbach die historische Schule der Aufgabe der Rechtswissenschaft gerecht?
- c) Erreicht nach Feuerbach die historische Schule ihre selbst gesteckten Ziele?

Lösungshinweise:

Die Kandidaten sollten mindestens die Einordnung in den Kodifikationsstreit erkennen:

In der hier zu analysierenden Quelle von 1816 bezieht Feuerbach erstmalig Stellung in der zwischen Savigny und Thibaut entbrannten Kontroverse um die Notwendigkeit einer einheitlichen Gesetzgebung für Deutschland. Savigny und Thibaut erstrebten die Bereinigung des verworrenen deutschen Rechtszustandes; nur unterschieden sie sich dabei in der verfolgten Methode. Thibaut vertrat die Ansicht, dass eine einheitliche zivilrechtliche Kodifikation für ganz Deutschland zur Linderung der Gebrechen des deutschen Rechtszustandes unumgänglich gewesen sei. Savigny war der entgegengesetzten Ansicht, da die derzeitige Rechtswissenschaft noch nicht über den Beruf zu dieser Aufgabe verfügt hätte. Feuerbach folgte in diesem Kodifikationsstreit der Auffassung Thibauts. Zudem äußerte er sich kritisch gegenüber der von Savigny mitbegründeten „Historischen Rechtsschule“ und der von ihr verfolgten Methode zur Verbesserung des deutschen Rechtszustandes.

1. Rolle der Rechtswissenschaft für Theorie und Praxis

Feuerbach beschreibt zuvorderst die aus seiner Sicht unerlässliche Einheit von Theorie und Praxis. So meint er, nur die Übung in der Praxis führe zur Schulung der Kunst mit Rechtsbegriffen „rechnen“ zu können. Insofern greift er eine von Savigny verwendete Formulierung auf und gibt dem wissenden Leser zu erkennen, dass er Savignys Ansicht für praxisfern hält, denn sonst wäre Feuerbachs Hinweis auf die notwendige Übung in der Praxis zur Schulung der Kunst entbehrlich gewesen. Im Umkehrschluss ergibt sich, dass die Hist. Schule der reinen Theorie (zu) nahesteht. Zur Versinnbildlichung der notwendigen Einheit (von Theorie und Praxis) bediente er sich zuvor der Figuren des „Gelehrten als solchen“ und des „ausübenden Rechtsgelehrten“. Letztere verbinden Theorie und Praxis, also Denken und Handeln. Feuerbach rückt die Ansicht Savignys in die Nähe des Gelehrten als solchen. Die Bestimmung der rechtlichen Art des „Zusammenlebens“ ist dem Gelehrten als solchen aufgrund der Lebensferne seines Wirkungsbereiches jedoch verwehrt. Er vermag mithin den der Rechtswissenschaft von Feuerbach zugewiesenen Zweck nicht zu erfüllen. So verleiht Feuerbach dem Vorwurf Ausdruck, die historische Methode Savignys verfolge lediglich einen Selbstzweck, denn den Zweck der Rechtswissenschaft könne sie aufgrund ihrer Lebensferne nicht erfüllen. Feuerbach spricht dem Gelehrten als solchen gar die Beteiligung an der Rechtswissenschaft überhaupt ab. So beschreibt er die Rechtswissenschaft als etwas, das die Bestimmung der rechtlichen Art des Zusammenlebens zum Gegenstand habe, nur in der „thätigen Anwendung“ ihre Bestimmung finden könne. Die Rechtswissenschaft entspringt nach seiner Darstellung also dem Leben. Der Gelehrte als solcher entnehme aber nur „todten Bücher“ vermeintliche Erkenntnisse. Zudem verdeutlicht er dem Leser durch die Begriffswahl „Gelehrter als solcher“ und „ausübender Rechtsgelehrter“ die Entfernung des bloßen Theoretikers vom Gegenstand der Rechtswissenschaft – dem Recht.

Allerdings erhebt er den Vorwurf nicht nur gegenüber Savigny, sondern gegenüber der gesamten „Rechts“wissenschaft. So bezeichnet er innerhalb der Forderung nach einem „Rechtbuch“ die Rechtswissenschaft als eine historisch-antiquarische „Wissenschaft“. Sie ist also keine wirkliche Rechtswissenschaft mehr. Auch hier zeigt er auf, dass sich die derzeitige Rechtswissenschaft nach seinem Dafürhalten von ihrem wissenschaftlichen Gegenstand entfernt hat.

2. Fehlende Eignung der Historischen Rechtsschule zur Beseitigung der zeitgenössischen Gebrechen des Rechtszustandes – Historische Schule führt zu Widerspruch in sich und rechtlichem Stillstand
Zudem gibt Feuerbach zu verstehen, dass die derzeitigen Quellen schlichtweg keine geeignete Grundlage für eine Rechtswissenschaft mehr bieten, weil sie das Recht nicht erkennen lassen. Sie seien eben nur historisch-antiquarisch. Als Voraussetzung für die Anwendung zu einer Rechtskenntnis müsste nach Feuerbach die Orientierung an den gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnissen („Leben“) erfolgen. Doch gerade die streng historische Methode von Savigny könne dem eben nicht nachkommen, denn sie orientiere sich nur an den antiquierten Rechtsquellen und trage so eher das Leid der Wissenschaft in die Praxis hinein als dass sie helfe. Sie könne diesen Missstand der Rechtsquellen durch fortwährendes historisch-antiquarisches Forschen per se auch nicht beheben, denn gerade diese Rechtsquellen seien das Problem. Dadurch erklärt Feuerbach Savignys Versuch, die vorhandenen Rechtsquellen auf ihre Tauglichkeit zu untersuchen, als von vornherein zum Scheitern verurteilt. Zudem offenbart Feuerbach, dass er Savignys Methode für gar nicht neuartig hält, denn im Grunde habe die Rechtswissenschaft ja bereits zuvor historisch-antiquarisch gearbeitet. Dies sei aber gerade das zu tilgende Übel. Sie bewirkt aus seiner Sicht also eher einen rechtlichen Stillstand.

3. Historische Rechtsschule verfehlt selbstgestecktes Ziel – die Ergründung des Volksgeistes – aus sich heraus

Feuerbach scheint mit Savigny einer Meinung, dass das Recht überall aus dem Geist des Volkes geboren würde. Allerdings könne die historische Methode Savignys, einzig der Rechtsgeschichte und Ergründung der römischen Gesetzestexte, der „todten Bücher“ zugewandt, das volkstümliche „geborene Recht“ gar nicht ausfindig machen. Damit erhebt er den Vorwurf, dass Savignys Methode ihre

selbst gesteckten Ziele nicht erreichen könne. Seines Erachtens missachte seine Methode den notwendigen Zusammenhang von gesellschaftlichen Verhältnissen und der Geschichte des Rechts, indem sie sich auf die Ergründung der „todten Buche“ beschränke. Angesichte der immer wieder zu vernehmenden Betonung des „Lebens“ in seinem Rechtsbegriff lässt dies darauf schließen, dass Feuerbach bei der Ergründung des Volksgeistes vor allem die gegenwärtigen wirklichen Gesellschaftsverhältnisse einzubeziehen verlangt und die Suche gerade nicht auf die gegebenen Rechtsquellen begrenzt. Zudem stehe der Volksgeist auch der Gesetzgebung nicht im Wege, denn die für Savigny die Vorbildfunktion einnehmenden Römer hätten auch Gesetzgebung betrieben, insbesondere ein solches „Rechtsbuch“ ins Werk gesetzt, wie Feuerbach es forderte.

Aufgabe 5

Die Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern vom 26. Mai 1818 enthält in ihrem „Titel VI.“ Regelungen, die „Von der Stände-Versammlung“ übertitelt sind:

§ 1. Die zwey Kammern der allgemeinen Versammlung der Stände des Reichs sind:

- a) die der Reichs-Räthe,
- b) die der Abgeordneten.

§ 2. Die Kammer der Reichs-Räthe ist zusammengesetzt aus

1. den volljährigen Prinzen des Königlichen Hauses;
2. den Kron-Beamten des Reichs;
3. den beyden Erzbischöfen;
4. den Häuptern der ehemals Reichständischen fürstlichen und gräflichen Familien, als erblichen Reichs-Räthen, so lange sie im Besitze ihrer vormaligen Reichständischen im Königreiche gelegenen Herrschaften bleiben;
5. einem vom Könige ernannten Bischoffe und dem jedesmaligen Präsidenten des protestantischen General-Consistoriums;
6. aus denjenigen Personen, welche der König entweder wegen ausgezeichneter dem Staate geleisteter Dienste, oder wegen ihrer Geburt, oder ihres Vermögens zu Mitgliedern dieser Kammer entweder erblich oder lebenslänglich besonders ernennt.

§ 7. Die zweyte Kammer der Stände-Versammlung bildet sich

- a) aus den Grundbesitzern, welche eine gutsherrliche Gerichtsbarkeit ausüben und nicht Sitz und Stimme in der ersten Kammer haben;
- b) aus Abgeordneten der Universitäten;
- c) aus Geistlichen der katholischen und protestantischen Kirche;
- d) aus Abgeordneten der Städte und Märkte;
- e) aus den nicht zu a) gehörigen Landeigenthümern.

Der folgende „Titel VII.“ handelt „Von dem Wirkungskreise der Stände-Versammlung“

- § 2. Ohne den Beyrath und die Zustimmung der Stände des Königreichs kann kein allgemeines neues Gesetz, welches die Freyheit der Person oder das Eigenthum des Staats-Angehörigen betrifft, erlassen, noch ein schon bestehendes abgeändert, authentisch erläutert oder aufgehoben werden.
- § 3. Der König erholt die Zustimmung der Stände zur Erhebung aller directen Steuern, so wie zur Erhebung neuer indirecten Auflagen, oder zu der Erhöhung oder Veränderung der bestehenden.

Aufgaben:

- a) Skizzieren Sie die Struktur und Zusammensetzung der Stände-Versammlung. Lässt sich die Ständeversammlung als ein Zwei-Kammer-Parlament qualifizieren, wie es parlamentarische Demokratien kennen?
- b) Erläutern Sie die Rechtssetzungsbefugnisse der Ständeversammlung!
- c) Wird die Ständeversammlung der Bundeakte aus dem Jahre 1815 gerecht, die in ihrem Art. 13 den Erlass landständischer Verfassungen gefordert hatte?

Lösungshinweise:

1. Zu Frage a):

Die Bearbeiterinnen und Bearbeiter sollen herausarbeiten, dass die Ständeversammlung zwar erste Formen repräsentativer Teilhabe an politischer Macht ermöglicht, mit einem modernen Zwei-Kammer-Parlament aber nicht vergleichbar ist und nicht in den Kategorien der Volkssouveränität denkt. In der ersten Kammer, der Kammer der Reichs-Räthe sind, beginnend mit den „Prinzen des königlichen Hauses“, der (Erb-)Adel und der Hohe Klerus vertreten. Die Zugehörigkeit zur Kammer bestimmt sich durch Geburt oder Amt, sie wird nicht durch einen Wahlakt vermittelt. Schon deshalb hat sie keinen parlamentarisch-demokratischen Charakter. Auch die zweite Kammer wird nicht durchgängig durch Wahlakte konstituiert, mit den Abgeordneten der Universitäten, der Städte und Märkte finden sich aber erste Vorläufer demokratischer Repräsentation. Repräsentiert wird aber nicht das ganze Volk, repräsentiert werden vielmehr Gruppen, deren Mitwirkung an staatlicher Herrschaft eine gewisse Relevanz zugeschrieben wird. Die „Repräsentationslücken“ – etwa der ärmeren Landbevölkerung – sind rasch greifbar. Ganz im Sinne der Restauration stellen sich die Verfassungen im deutschen Frühkonstitutionalismus gegen die Idee der Volkssouveränität, wie Sie die Amerikanische Revolution durchgesetzt und die Französische Revolution jedenfalls eingefordert hat. Rein rückwärtsgewandt sind die frühkonstitutionellen Verfassungen indes nicht. Sie behalten das monarchische Prinzip bei, überwinden jedoch den monarchischen Absolutismus und greifen erste Ansätze liberalen Gedankenguts auf.

Zu Frage b):

Die Bearbeiterinnen und Bearbeiter sollen erkennen, dass die Mitwirkung der Ständeversammlung an der Rechtssetzung nicht umfassend ist. Auch das unterscheidet sie von einem Parlament in der modernen Demokratie. Beteiligt werden muss die Ständeversammlung, wenn Einschränkungen von Freiheit und Eigentum in Rede stehen. Ideengeschichtliches Vorbild ist die etwa bei Locke entwickelte Trias von „life, liberty, property“. Von zentraler Bedeutung sind weiterhin die Vorformen eines Budgetrechts, das oft als „Königsrecht“ eines Parlaments apostrophiert wird. Die Mitwirkung bei der Steuerbewilligung und in Haushaltsfragen war schon eines der wesentlichen Ziele der Amerikanischen Revolution („no taxation without representation“). Such an den Kontext zur Französischen Revolution ist zu denken. Das stetig wachsende strukturelle Defizit des französischen Staatshaushalts machte 1789 die Einberufung der Generalstände erforderlich, die seit 1614 nicht mehr einberufen worden waren (solche Detailkenntnisse sind natürlich nicht zu erwarten, wichtig ist nur ein Kontextverständnis. Am 16. Juli 1789 hatte das Parlament von Paris erklärt, dass allein die Generalstände legitimiert seien, neue Steuern zu erheben. Aus eben diesen Generalständen ging die erste französische Nationalversammlung hervor. Im vorrevolutionären Frankreich war der Adel von der Steuerpflicht befreit. Auf diesen status quo ante wollte auch die Restauration nach dem Wiener Kongress nicht zurückkehren. Mit Blick auf den englischen Parlamentarismus könnte noch an die Petition of Rights (1628) erinnert werden, was freilich auch von sehr guten Bearbeiter:innen nicht erwartet werden kann. Die Petition of Rights räumte dem Parlament das Recht ein, über die Art und die Höhe von Steuern verbindliche Beschlüsse zu fassen.

Zu Frage c):

Der Begriff der landständischen Verfassungen wird von der Bundesakte bewusst nicht definiert. Er umfasst vom Fürsten oktroyierte ebenso wie mit den Ständen ausgehandelte Verfassungen. Diesem Standard genügt die bayerische Verfassung ohne Zweifel. Sollten sich die Bearbeiter:innen an dieser Stelle intensiver mit dem Begriff der Stände auseinandersetzen, so ist das positiv zu bewerten.

Hinweise zur Bearbeitung:

Die fünf Aufgaben werden gleichmäßig gewichtet. Bitte beachten Sie dies auch bei Ihrer Zeiteinteilung (etwa 60 Minuten je Aufgabe).

Bitte beantworten Sie die Aufgaben knapp und präzise. Einige Sätze zu jeder Frage reichen aus. Eine besonders gelungene Bearbeitung einer Frage kann Mängel bei der Bearbeitung einer anderen Frage kompensieren.