

## Editorial

Wer eine neue Fachzeitschrift herausgibt, muss angesichts der Flut von Zeitschriften, die dadurch weiter vermehrt wird, einen guten Grund dafür haben. Diese Selbstrechtfertigung ist längst zum Topos von Herausgebereditorials neuer Zeitschriften geworden und darf deshalb zumal in einer historischen Zeitschrift nicht fehlen. Die Herausgeber sind überzeugt, dass sich dieser Grund leicht nennen lässt: Eine derartige Zeitschrift existiert bislang noch nicht, wird aber dringend benötigt. Rechtskultur will sich also nicht in ein Marktsegment drängen, in welchem sie bestehenden Zeitschriften auf dem Gebiet der Rechtsgeschichte Konkurrenz macht, sondern will eine inhaltliche Lücke schließen und bestehende Journale ergänzen. Es sind drei Besonderheiten, die Rechtskultur ausmachen:

1) Rechtskultur ist eine Zeitschrift mit europäischem Charakter. Das wird bereits durch die Dreisprachigkeit des Blattes deutlich. Die Zeitschrift bietet also ein Forum für eine wirklich europäisch verstandene Rechtsgeschichte genauso wie für die Vergleichende Rechtsgeschichte. Sie möchte die nationalen Wissenschaften weiter aus ihrer Beschränkung herausführen und dabei helfen, Anknüpfungspunkte für grenzüberschreitende Zusammenarbeit auszuloten.

2) Rechtskultur ist strikt themenbezogen. Jedes Heft ist einem Oberthema gewidmet und gibt auf diese Weise die Möglichkeit, verschiedene Forschungsansätze auf einem Feld kennenzulernen. Jedes Heft wird am Ende einen rapport de synthèse enthalten, den ein ausgewiesener Wissenschaftler liefern wird und der die Verbindungslinien zwischen den einzelnen Beiträgen herstellt.

3) Rechtskultur ist transdisziplinär ausgerichtet; sucht also bewusst den Kontakt zu Nachbarwissenschaften, die sich mit verwandten Fragestellungen befassen oder identischen Quellenbeständen arbeiten. Jedes Themenheft enthält deshalb Beiträge von Wissenschaftlern verschiedener Disziplinen.

Auf die oft beschworene Krise der Rechtsgeschichte will das Blatt also mit der Herstellung eines europäischen Dialogs wie eines Dialogs mit Nachbarwissenschaften gleichermaßen reagieren. Dieser Vorschlag ist nicht neu und dieser Dialog wird zum Teil auch bereits gepflegt. Neu ist aber, dass nun ein eigenes Forum existiert, das diesen Dialog ermöglicht. Rechtskultur steht Autoren aller einschlägigen Wissenschaftsdisziplinen ohne Ansehen des universitären Status offen. Kriterien sind allein Themenbezug und Qualität eines Aufsatzes. Alle eingehenden Aufsätze werden von allen Herausgebern begutachtet und überdies einer externen und beiderseits anonymen Begutachtung unterzogen. Nur ein positives Votum sowohl der Herausgebermehrheit als auch des externen Gutachters führt zum Abdruck. Die Schriftleitung ist an der Forschungsstelle Rechtskultur an der Universität Regensburg angesiedelt, die am besten über Email [rechtskultur@ur.de](mailto:rechtskultur@ur.de) zu erreichen ist.

Die Herausgeber

Die nächsten Themenhefte der jährlich erscheinenden Zeitschrift werden folgende Themenfelder behandeln:

Methode der Rechtsgeschichte und ihrer Nachbarwissenschaften beim Umgang mit rechtshistorischen Quellen (2013)

Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte (2014)

Wirtschaftsrechtsgeschichte (2015)

Rechtsikonographie (2016)

Kolonialrechtsgeschichte (2017)

Redaktionsschluss ist jeweils der 1. Dezember des Vorjahres.

## Impressum

Verlag: Edition Rechtskultur in der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Pfälzer Str. 11, 93128 Regensburg

Herausgeber: Ignacio Czeguhn - Lukas Gschwend - Dirk Heirbaut - Martin Löhnig - Antonio Sánchez Aranda

Redaktion: Lehrstuhl Prof. Dr. Martin Löhnig, Universität Regensburg, [rechtskultur@ur.de](mailto:rechtskultur@ur.de)

Satz & Layout: Andreas Gietl, Thomas Hornberger (Regensburg)

Übersetzungen: Dr. Sylvie Brahy LL.M. (Regensburg), Alicia Rentmeister, Dr. Saskia Lettmaier, BA (Oxford) LL.M. (Harvard)

ISBN: 978-3-86646-409-4

Preis: 49,- Euro

Abo-service: [info@edition-rechtskultur.de](mailto:info@edition-rechtskultur.de); H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Pfälzer Str. 11, 93128 Regensburg, Tel.: +49 9402 9337 0, Fax: +49 9402 9337 24

## Editorial

There has to be a good reason for launching yet another learned journal when you know you are only adding to the many scholarly journals already around. Self-justification has become common practice for editors of new journals and is especially important when it comes to publishing another historical journal. The editors of “Rechtskultur” are convinced they have a very good reason: there is no other journal like this one available, and there is an urgent need for it. “Rechtskultur” is not being published to compete, but to close a gap and to complete existing legal history journals. The following three features make “Rechtskultur” unique:

1) “Rechtskultur” is a journal with a definite European character. It is multilingual and features the three major European languages. The journal offers a platform for European legal history in the true sense of the word from a shared as well as from a comparative perspective. Bringing together the various national disciplines and finding more ways of working together transnationally is the mission of this journal.

2) “Rechtskultur” is strictly by theme. Each issue is devoted to a single topic, providing the opportunity to get to know the various research methods in one specific field. At the end of each issue, there will be a summary by an expert on the topic, highlighting connections between the individual contributions.

3) “Rechtskultur” is a transdisciplinary endeavour. It is geared towards providing a forum for researchers from related areas of study trying to find answers to similar questions and working with the same sources. Each of the theme-oriented journals therefore features contributions by researchers from a variety of disciplines.

By establishing both a dialogue between the nations of Europe and between related disciplines, the journal wants to counteract the much invoked crisis of legal history. This is not completely new and there have been attempts to establish this kind of dialogue before, but never with a journal exclusively devoted to this. “Rechtskultur” is open to authors of all recognized areas of study irrespective of their university status. All that matters is that an article be of very high quality and in tune with the theme of the respective journal. All submissions are peer-reviewed, reviewers being the editors plus one external expert. The external review will be double-blind. To publish a contribution both the majority of the editors and the external reviewer have to be in favour of it. Editorship is at research center Rechtskultur at the University of Regensburg and best reached via email [rechtskultur@ur.de](mailto:rechtskultur@ur.de).

The Editors

Future topics of the annual journal will be:

Which methods do legal history and related areas of study use with their sources? (2013)

History of crime and criminal law (2014)

History of commercial law (2015)

Iconographic imagery in law (2016)

History of colonial law (2017)

The deadline for submissions is December 1st of the preceding year.

## Editorial

Au vu de la quantité de revues déjà présentes sur le marché, il faut avoir une bonne raison pour éditer une nouvelle revue spécialisée. Il est de coutume depuis longtemps de thématiser dans les éditoriaux de nouvelles revues une justification de leur existence ; elle ne peut donc pas faire défaut, encore moins lorsqu'il s'agit d'une revue historique. Dans le cas de Rechtskultur, cette justification est évidente aux yeux des éditeurs : une revue du genre n'existe en effet pas encore, alors qu'elle est grandement nécessaire. Rechtskultur ne cherche donc pas à s'imposer dans un segment de marché où elle ferait concurrence aux revues documentant l'histoire du droit ; bien au contraire, elle a pour objectif de pallier une lacune et de compléter les journaux existants. Rechtskultur se distingue par 3 caractéristiques :

1) Rechtskultur est une revue à caractère européen ; la parution de la revue en trois langues en est un signe évident. La revue est en réalité un forum, pour une histoire du droit qui sera vraiment comprise au niveau européen ainsi que pour l'histoire comparée du droit. Elle cherche à faire sortir les disciplines nationales de leurs limites et, par là, à contribuer à identifier les facteurs de rattachement d'une collaboration transfrontalière.

2) Rechtskultur est une revue thématisée de manière stricte. Chaque cahier est dédié à un thème général et offre ainsi la possibilité de découvrir différentes approches de recherche dans un domaine donné. Chaque cahier se terminera par un rapport de synthèse, qui sera rédigé par un expert scientifique reconnu et qui établira le fil conducteur entre les différentes contributions.

3) Rechtskultur est une revue axée sur une approche interdisciplinaire, qui cherche sciemment à établir un contact entre les disciplines connexes qui se penchent sur des questions similaires ou traitent de sources documentaires identiques. C'est pourquoi chaque cahier thématique rassemble des contributions d'universitaires spécialisés dans des disciplines différentes.

La revue Rechtskultur souhaite donc réagir à la crise si souvent annoncée de l'histoire du droit, en établissant un dialogue européen et, parallèlement, un dialogue entre disciplines connexes. Cette proposition n'est pas neuve et ce dialogue a, en partie, déjà lieu ; la nouveauté réside dans l'instauration d'une plateforme spécifique, ouverte à ce dialogue. Rechtskultur est destinée aux auteurs de toutes les disciplines scientifiques pertinentes, sans considération de leur statut universitaire. Les seuls critères sont le lien avec le thème du cahier et la qualité de l'article. Tous les articles proposés seront évalués par tous les éditeurs et, en outre, soumis à une expertise externe et anonyme. Un vote positif, tant de la majorité des éditeurs que de l'expert externe, sera nécessaire pour l'impression de l'article dans la revue. La rédaction est implantée au centre de recherche Rechtskultur à l'Université de Regensburg, qui est joignable au mieux via le courriel [rechtskultur@ur.de](mailto:rechtskultur@ur.de).

Les éditeurs

Les prochains cahiers thématiques de la revue annuelle traiteront des thèmes suivants :

Méthode de l'histoire du droit et des disciplines connexes quant au traitement des sources de l'histoire du droit (2013)

Histoire du droit pénal et de la criminalité (2014)

Histoire du droit économique (2015)

Iconographie judiciaire (2016)

Histoire du droit colonial (2017)

La date de clôture de rédaction est chaque fois le 1er décembre de l'année précédant celle de la parution.

# Der Kampf um die gerichtliche Selbstverwaltung in der Entstehungsgeschichte des GVG

Ulrike Müßig, Passau

*Die Garantie des gesetzlichen Richters in der nicht in Kraft getretenen Frankfurter Reichsverfassung und den folgenden Landesverfassungen gewährleistet das gesetzlich zuständige Gericht. Diese Gewährleistung betrifft nur den gerichtsexternen Bereich: Ihre Schutzrichtung wendet sich gegen Eingriffe der Exekutive und der Legislative. Der gesetzliche Richter garantiert einen Richter, der nicht von außen eingesetzt wird. Gegenbegriff ist das nach Belieben der Exekutive eingesetzte abhängige Ausnahmegericht.*

*Abstract: The guarantee of the lawful judge contained in the Frankfurt Imperial Constitution not coming into force as well as the following state constitutions ensures the legally responsible court. This guarantee only concerns the field exterior to the court: Its protection mechanism is only designed against infringement from the executive and legislative branch. The lawful judge guarantees a judge not imposed externally. The opposite term is the court of exception appointed by the executive at free will.*

*Résumé: La garantie du juge légal contenu dans la Constitution de Francfort qui n'est pas entrée en vigueur et les constitutions suivantes des Länder assurent le tribunal responsable par la loi. Cette garantie seulement concerne le domaine à l'extérieur du tribunal: la direction de protection se porte sur les interventions du pouvoir exécutif et législatif. Le juge légal garantit un juge qui n'est pas imposé par l'extérieur. L'antonyme est le tribunal exceptionnel instauré à la volonté de l'exécutif.*

## I. Einleitung

Die Garantie des gesetzlichen Richters in der nicht in Kraft getretenen Frankfurter Reichsverfassung und den folgenden Landesverfassungen gewährleistet das gesetzlich zuständige Gericht. Diese Gewährleistung betrifft nur den gerichtsexternen Bereich: Ihre Schutzrichtung wendet sich gegen Eingriffe der Exekutive und der Legislative. Der gesetzliche Richter garantiert einen Richter, der nicht von außen eingesetzt wird. Gegenbegriff ist das nach Belieben der Exekutive eingesetzte abhängige Ausnahmegericht. Ausnahmegericht par excellence ist die Justizkommission. Damit ist der gerichtsexterne Schutzgehalt des gesetzlichen Richters Komplementärstück zur richterlichen Unabhängigkeit: Der gesetzliche Richter verlangt das organisatorisch selbständige, gegenüber Exekutive und Legislative unabhängige Gericht. Diese Interpretation der 1848/49 formulierten Garantien des gesetzlichen Richters als Gewährleistungen des gesetzlich zuständigen Gerichts wird bestätigt durch Feuerbach, der in seiner Schrift „Kann die Gerichtsverfassung eines constitutionellen Staates durch bloße Verordnungen rechtsgültig geändert werden?“ 1830 als erster eine Definition des gesetzlichen Richters formuliert: „Juge naturel, natürlicher, ordentlicher Richter ist der gesetzliche, d.h. der vom Gesetz bezeichnete, mit anderen Worten, derjenige Richter, welcher jedem Unterthan vermöge des Gesetzes d.i. nach der gesetzlich angeordneten Gerichtsverfassung und in Kraft der Gesetze über Zuständigkeit (Competenz) der Gerichte zukommt; auf welchen der Staatsunterthan ein vollkommenes, aus förmlichen Ge-

setzen entsprungenes, von jeder Willkür unabhängiges, verfassungsmäßiges Recht hat.“<sup>1</sup> Die Schutzrichtung ist allein gerichtsextern konzipiert als Abwehr gegen Eingriffe der Exekutive oder der Legislative.<sup>2</sup> Vor 1877 gab es weder verschiedene Spruchkörper an den Gerichten noch eine der Selbstverwaltung der Gerichte übertragene gerichtsinterne Geschäftsverteilung.<sup>3</sup> Folgerichtig war die Differenzierung zwischen dem Gericht als organisatorischer Einheit und dem Richter als Spruchkörper unbekannt, wie der synonyme Gebrauch von Richter und Gericht bei Feuerbach belegt.<sup>4</sup> Demgegenüber liegt der späteren Diskussion der Ständigkeit der Spruchkörper bei den Vorarbeiten zum Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) die Konzeption der Spruchkörper als selbständige Gerichte zugrunde.<sup>5</sup>

## II. Die Defizite der nur gerichtsexternen Sicherung richterlicher Unabhängigkeit in den Beratungen zum Gerichtsverfassungsgesetz

Erst nach 1848/49 wurde erkennbar, dass diese nur gerichtsexterne Schutzrichtung der Garantie des gesetzlichen Richters die Unabhängigkeit der Justiz nicht ausreichend zu sichern vermochte. Die mit 1849 beginnende preußische Justizreform<sup>6</sup> dokumentierte, dass in der sich

<sup>1</sup> Von Feuerbach, in: Kleine Schriften vermischten Inhalts, S. 178, 206.

<sup>2</sup> Vgl. Von Feuerbach, in: Kleine Schriften vermischten Inhalts, S. 178, 209: „Denn, seiner Hauptansicht nach, ist jener Artikel, so wie ihn die oben benannten Constitutions-Urkunden geben, gegen den sonst althergebrachten Mißbrauch willkürlicher Macht gerichtet, vermöge dieselbe, um sicher, doch hinter einigem Rechtsschein, ihre ausersehenen Opfer zu fällen, diese mit Umgehung ihrer ordentlichen Gerichte, die zwar noch immer, nur nicht für den gegenwärtigen Fall, fortbestehend blieben - ausserordentlichen Spezial-Commissions-Gerichten überliefern.“ Ungenau Kühne (S. 353), der auch die innergerichtliche Zuständigkeitsordnung in den Schutzbereich des Art. X § 175 Abs. 2 einbezieht.

<sup>3</sup> Schorn/Stanicki, S. 11.

<sup>4</sup> Von Feuerbach, in: Kleine Schriften vermischten Inhalts, S. 178, 206.

<sup>5</sup> Bericht der Reichsjustizkommission, in: Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abteil., S. 953: „Da das Gericht nicht als solches, sondern in selbständigen Abtheilungen entscheidet, so ist die Bildung dieser Abtheilungen Bildung selbständiger Gerichte. Diese aber darf aus sich von selbst ergebenden Gründen nicht in dem Belieben der Verwaltung liegen, sondern muß auf festen gesetzlichen Regeln beruhen.“ Vgl. auch den Vorsitzenden der Reichsjustizkommission in der zweiten Plenumsberatung im Reichstag: „denn selbständig entscheidende Kammern und Senate sind selbständige Gerichte.“ (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abteil., S. 1220).

<sup>6</sup> Verordnung über die Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit und des eximierten Gerichtsstandes, sowie über die anderweitige Organisation der Gerichte vom 2.1.1849, Gesetzsammlung für die Königlichen Preussischen Staaten 1849, Nr. 1; Gesetz, betreffend die Zusätze zu der Verordnung vom 2.1.1849 über die Aufhebung der

ausbildenden Kollegialverfassung auch gerichtliche Sicherungen der richterlichen Unabhängigkeit erforderlich sind. Statt des ständigen Einzelrichteramtes führte die Reform wechselnde Kommissionen ein,<sup>7</sup> deren Zusammenstellung dem Justizminister oder dem Gerichtspräsidenten als Organen der Justizverwaltung oblagen.<sup>8</sup> So konnte der preußische Justizminister in den spektakulären Verfahren gegen den Demokraten und Paulskirchenabgeordneten Graf Reichenbach 1851 und gegen den Liberalen K. Twesten (1865) die Abstimmungsmehrheiten manipulieren.<sup>9</sup> Den Mitgliedern des Gerichts wurde kein Einfluss auf die Zusammensetzung der Spruchkörper eingeräumt, gerichtliche Selbstverwaltung war nicht vorgesehen. Während Gneist die Stoßrichtung dieser Reform auf „das Wesen der Gerichtsverfassung, die Ständigkeit der rechtsprechenden Organe“<sup>10</sup> durch die „flugsandartigen Kommissionen“<sup>11</sup> brandmarkte, war es Rudolf (von) Jhering, der vor der „Achillesferse“ der Einrichtung<sup>12</sup> warnte, die allein mit den Regeln über den Gerichtsstand und über die Kompetenz die ordentlichen Gerichte vor willkürlicher Bildung von ad hoc-Gerichten oder vor der Übertragung einer Rechtssache auf außerhalb der Justiz stehende Organe schützen sollte.<sup>13</sup> Denn, so erklärt Jhering, die „prozessualische Gebundenheit in bezug auf das Gericht kann ... paralysirt werden durch die administrative Befugnis in bezug auf die Wahl der Personen - die Staatsgewalt versetzt die ihr unbequemen Personen an ein anderes Gericht und setzt andere, ihr bequemere an deren Stelle. Dann hat sie das Gericht so, wie sie es will.“<sup>14</sup>

Kurz vor dem Erscheinen Jherings „Der Zweck im Recht“, 1877 hatten im Deutschen Reichstag die Beratungen des Entwurfes des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 29.10.1874<sup>15</sup> begonnen. Zuvor hatte das Gesetz zur Schaf-

fung des Bundesoberhandelsgerichts für die Staaten des Norddeutschen Bundes vom 12.6.1869<sup>16</sup> für diesen Vorläufer des Reichsoberhandelsgerichts die Besetzung der Senate dem Gerichtspräsidenten überlassen. Der Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes verkannte die von Jhering als „Achillesferse“<sup>17</sup> artikulierte Ergänzungsbedürftigkeit der gerichtsexternen Unabhängigkeit durch innergerichtliche Selbstverwaltung in Geschäftsverteilungsaufgaben. Die Entscheidung über die Zusammensetzung der Spruchkörper und die Geschäftsverteilung bei den Landgerichten und Oberlandesgerichten sollte der Justizverwaltung überlassen bleiben.<sup>18</sup> Nur für das zu schaffende Reichsgericht wurde entsprechend der Regelung für das Bundesoberhandelsgerichts eine feste Senatseinteilung durch den Reichsgerichtspräsidenten vorgeschlagen, wobei die Geschäftsverteilungsaufgabe, als Justizverwaltungsaufgabe konzipiert, aber der Weisungsgewalt der Justizverwaltung unterliegen sollte.<sup>19</sup>

Gegen das Fehlen fester Spruchkörper und gerichtsaufonomer Geschäftsverteilung im Entwurf des Bundesrates wandte sich wortführend der nationalliberale Abgeordnete Eduard Lasker. Er forderte in der ersten Plenumsberatung am 24. und 25. 11.1874 als „Bürgschaften für eine unabhängige und sorgfältige Rechtspflege ... eine völlige Bestimmtheit des Forums, vor welchem Richter man Recht nehmen müsse; völlige Unabhängigkeit des Richters gegen Einwirkungen von oben her; eine feste Gliederung derjenigen Kollegien, welche zum Rechtsspruch berufen sind.“<sup>20</sup> Denn, so Lasker weiter, sonst „werde faktisch das Gericht durch Verfügungen der Verwaltung gebildet; die Richter seien zwar an den Gerichten fest an gestellt und könnten nicht entfernt werden, innerhalb

Privatgerichtsbarkeit und des eximierten Gerichtsstandes, sowie über die anderweitige Organisation der Gerichte vom 26.4.1851 (Gesetzsammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1851, Nr. 181).

<sup>7</sup> Diese Kommissionen sind als innergerichtliche Spruchkörper nicht zu verwechseln mit den vor 1848 bekämpften außerordentlichen (=außergerichtlichen) Kommissionen.

<sup>8</sup> Die Bildung der Spruchkörper erfolgte in Zivilsachen von Jahr zu Jahr, in Strafsachen, insbesondere während des preußischen Verfassungskonfliktes, von Fall zu Fall.

<sup>9</sup> Dazu im einzelnen Jessen, S. 384; W. Schütz, S. 150 ff.; Vossieg, S. 146.

<sup>10</sup> Gneist, S. 227.

<sup>11</sup> Gneist, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, S. 527 f. Vgl. auch Reichenberger in der ersten Lesung des GVG-Entwurfes in der Reichsjustizkommission: „Denn er wüschte keine fliegenden Deputationen und wolle nicht, dass die Mißstände des gerichtlichen Deputationswesens fortdauern. Wenn die Regierung, wie in Preußen, die Mitglieder der Deputation beliebig wählen und beliebig abberufen könne, so gebe man der Justizverwaltung die Zusammensetzung des Gerichts in die Hand.“ (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abteil., S. 600).

<sup>12</sup> Von Jhering, S. 407.

<sup>13</sup> Von Jhering, S. 407 f.

<sup>14</sup> Von Jhering, S. 407. Zur Zusammensetzung der Strafsenate nach Ermessen des Justizministers für den Einzelfall, um dadurch die Judikative im Interesse der Regierung zu beeinflussen, vgl. auch Bockelmann, JZ 1952, 640 ff.

<sup>15</sup> Der Bundesrat stellte am 12.6.1874 den Entwurf des GVG fertig. Zur Vorgeschichte des Entwurfes ausführlich Kern, Eduard, Gerichtsverfassungsrecht, § 18, S. 86 ff. Zum fragmentarischen Cha-

rakter eines Reichsgerichtsverfassungsgesetzes wegen der Justizhoheit der Bundesstaaten vgl. beispielhaft die Charakterisierung des Entwurfes vom 29.10.1874 als „Stückwerk“ durch den preußischen Justizminister Leonhardt, bei: Hahn, Materialien zum GVG 1879, Bd. I, 1. Abteil., S. 24 f.; Tophoff, S. 5.

<sup>16</sup> § 8 II des Gesetzes zur Schaffung des Bundesoberhandelsgerichts (BGBl. 1869, S. 201) sah die Regelung der Senatsbesetzung im voraus für ein Jahr vor.

<sup>17</sup> Von Jhering, S. 407.

<sup>18</sup> Vgl. 4. und 7. Titel des Entwurfes (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abteil., S. 8 f., 14). Die Begründung des Regierungsentwurfes zum GVG vom 29.10.1874 dokumentiert allerdings die Grundhaltung, Eingriffe in die Landesjustizhoheit zu vermeiden.

<sup>19</sup> 8. Titel, §§ 97-112 des Entwurfes (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abteil., S. 14 f.).

<sup>20</sup> Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abteil., S. 206. Lasker (ibid., S. 207) formuliert gegen das in der preußischen Justizreform nach 1849 ausgebildete Deputations- und Kommissionswesen: „wer weiß es nicht, dass man dort in den Erörterungen über den politischen Prozeß anerkannt hat, dass zwar der einzelne Richter unbeugsam, aber durch die Zusammensetzung der Kollegien es ein Leichtes sei, die Personen so auszuwählen, wie es der Verwaltung dienlich erscheint für entsprechende Zwecke?“ Mit dem Beispiel der innergerichtlichen Versetzung zwischen Schwurgericht und Vormundschaftsabteilung illustriert Lasker (ibid., S. 207): „Haben wir keine Kompetenz, die Gerichte fest zu gliedern, haben wir keine Kompetenz, Schutz zu gewähren gegen den Mißbrauch, dass die Justizverwaltung jeder Zeit in der Lage ist, den Personenstand der Gerichte zu verändern, zwar nicht als Gerichtshöfe, wohl aber in ihren einzelnen Kollegien?“ Zusammenfassend formuliert Lasker sein Anliegen einer festen Strukturierung des Kollegialprinzips (ibid., S. 207): „dass wir einer Organisation nicht zustimmen dürfen, in welcher der Justizverwaltung die Befugnis anvertraut ist, den Personenbestand der Kollegien stetig oder periodisch zu verändern.“

# Die „Freiherren von Regensburg“: Eine Komödie über Justiz und Politik

Matthias Kradolfer, Zürich

1860 erschien in Bern das Büchlein „die Freiherren von Regensburg“, der erste Teil einer Serie von Schmähschriften aus der Feder des Advokaten Friedrich Locher. Dieser schildert darin vetternwirtschaftliche Zustände im jungen schweizerischen Rechtsstaat. Als justizhistorische Zeitzeugnisse dokumentieren die Pamphlete Lochers Konflikt- und Bruchlinien der schweizerischen Justizgeschichte des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Obschon 1848 mit der Bundesstaatsgründung normative Prinzipien der Gewaltenteilung und das Legalitätsprinzip verfassungsrechtlich verankert wurden, beherrschten danach persönliche Beziehungen das Rechtssystem. Dessen Exponenten erschienen als abgehobene Funktionselite, die nicht über die notwendige soziale Akzeptanz verfügte, um den neuen Rechtsstaat bürgernah zu repräsentieren.

*Abstract:* In 1860 the book „Die Freiherren von Regensburg“ written by the lawyer Friedrich Locher was published as the first part of several pamphlets. Locher describes nepotistic conditions in the Swiss constitutional state. The pamphlets can be regarded as a historical document representing legal history as well as Lochers personal conflict concerning the political elite of Switzerland. Although the establishment of the federal state was based on normative principles and the separation of powers, the legal system was dominated by personal relationships. However, the ruling elite did not have the social aptitude to represent the constitutional state in a citizen-oriented way.

*Résumé:* En 1860 parut à Berne l'opuscule „Die Freiherren von Regensburg“, le premier d'une série de libelles issus de la plume de l'avocat Friedrich Locher. Celui-ci y décrit la situation népotique dans le jeune Etat de droit suisse. Les pamphlets de Locher, véritables témoignages de l'époque illustrant l'histoire de la justice, documentent le conflit - et les lignes de fracture de l'histoire de la justice suisse de la fin du 19ème siècle. Bien que, lors de la création de l'Etat fédéral en 1848, des principes normatifs tels la séparation des pouvoirs et le principe de légalité avaient été ancrés dans la constitution, les relations personnelles continuaient de dominer le système juridique. Ses représentants faisant figure d'élite de fonction distante, dont l'acceptation sociale n'était pas suffisante pour représenter le nouvel Etat de droit dans un esprit de proximité vis-à-vis des citoyens.

## I. Einleitung

1866 erschien in Bern die knapp 150-seitige Schrift „Die Freiherren von Regensburg“. Der anonyme Autor verknüpfte darin verschiedene Erzählstränge zu einer schwankhaften Darstellung der Verwaltung und Rechtspflege im Zürcher Bezirk Regensburg und berichtete von raffgierigen Statthaltern, machtverliebten Gerichtsweltern, parteiischen Richtern. Zudem dokumentierte er einzelne rechtstaatlich zweifelhafte Vorfälle bis ins kleinste Detail; mit maliziöser Präzision wird das Bild einer lokalen Vetternwirtschaft gezeichnet. Verfasser des Pamphlets ost der Jurist und Advokat Friedrich Locher (1820–1911).<sup>1</sup> Dem Erstling von 1866 ließ Locher weitere Publikationen unter dem gemeinsamen Titel „Die

Freiherren von Regensburg“ folgen. 1867 veröffentlichte er „Die Freiherren vor Schwurgericht/Die grossen der Krone“, „Der Prinzeps und sein Hof“ und „Othello, der Justizmohr von Venedig“, 1868 die Schmähschrift „Die Prozesshexe“ und 1869 „Die neuesten Freiherren“.<sup>2</sup> Thema und Stil der Veröffentlichungen sind stets dieselben: Persönlichkeiten der Lokal- und Nationalpolitik werden attackiert, lächerlich gemacht oder rechtstaatlich bedenklichen Verhaltens bezichtigt. Mittels Vor- und Rückblenden, eingestreuter Aphorismen und Reimen lockerte Locher die Texte gekonnt auf und schmückte die manchmal langatmige Beweisführung mit giftigen Zwischentönen. Beispielsweise ließ er „Meister Häberlin“ – eine Persiflage auf den Ständerat und 1862 zum Bundesrichter ernannten Thurgauer Eduard Häberlin (1820–1884)<sup>3</sup> – zwischen zwei Abschnitten fröhlich ein Gedicht aufsaugen:

„O sacra justicia! (...) Ein Glück, dass ich mein Amt verstehe, und sapientissime Alles wend und drehe. Dass mein Ingrim Akten weiss zu schmieren, und das Concilium am Gängelband zu führen. Dass ich weiss zu bombardieren, zu rationieren und zu expectorieren, zu inspizieren, zu raisonnieren, zu echauffieren und zu maltraitieren (...). Auf ein Wort, man sieht mir an. Ich bin ad specimen ein ganzer Mann.“<sup>4</sup>

Die Blossstellung der „Mächtigen“ und die – wahren oder erfundenen – Geschichten über vetternwirtschaftliche Zustände im Kanton Zürich fanden beim Publikum grossen Anklang.<sup>5</sup> Wer nicht zum angeprangerten „System“ gehörte, also der Großteil der Bevölkerung, war für die abenteuerlichen Schilderungen empfänglich. Lochers Feder unterstützte die politische Opposition im Kanton Zürich, die sich 1868 mit einer Totalrevision der Verfassung gegen die herrschenden Liberalen durchsetzte. Kaum eine historische Darstellung der Umwälzungen jener Zeit lässt Locher unerwähnt, und keiner der Autoren

April 1911, Nr. 114; und die Autobiografie: Friedrich Locher, Republikanische Wandelbilder, Zürich/Leipzig 1901.

<sup>2</sup> Locher erachtete die einzelnen Teile der Regensberger-Serie – trotz zeitlicher Streuung – als Gesamtwerk: Locher, Fn. 1, 370.

<sup>3</sup> Vgl. BBl 1862 I 143; zur Biografie Erich Gruner, Die schweizerische Bundesversammlung 1818–1920, Band I, Biographien, Bern 1966, 698 f.

<sup>4</sup> Friedrich Locher, Die Freiherren von Regensburg, III. Theil: Die Freiherren vor Schwurgericht. Die Grossen der Krone, Bern 1867, 92 f.

<sup>5</sup> Locher berichtet von 30'000 abgesetzten Exemplaren der Regensberger-Serie; Locher, Fn. 1, 370.

<sup>1</sup> 1853–1898 Anwalt in Zürich, 1853–1867 Ersatzoberrichter, 1876–1883 Friedensrichter in Fluntern, 1878–1881 Herausgeber und Redaktor der Zürcher Nachrichten, 1868 Wahl in den Zürcher Verfassungsrat. Wiederholt in Ehrverletzungs- und Verleumdungsprozesse verwickelt. 1899 Emigration nach Paris. Dort starb er zwölf Jahre später. Vgl. den Nachruf in NZZ vom 25.

enthält sich einer Bewertung. Sowohl Lochers Agitationen als auch seine Person polarisieren – der Historiker Ernst Gagliardi (1882–1940) beispielsweise schätzte ihn als „kleinen Advokaten“ ein, der aus persönlicher Rachsucht publiziert habe;<sup>6</sup> für den Verfassungshistoriker Eduard His (1886–1948) entfesselten die „hässlichen“ Pamphlete die „niedrigsten Leidenschaften“ des Menschen und „beschmutzten“ geradezu die demokratische Bewegung.<sup>7</sup> Die gegenteilige Bewertung findet sich beim Juristen, Zeitungsredaktor und Politiker Theodor Curti (1848–1914), seines Zeichens auch Vordenker der juristischen Zeitgeschichte. Er bezeichnete die Pamphlete als „künstlerische“ und „volkstümliche“ Zeitdokumente; Locher erscheint als Geburtshelfer der demokratischen Bewegung.<sup>8</sup> Im Grundtenor schloss sich der englische Historiker Gordon A. Craig (1913–2005) diesem Urteil an: Der „Rundumschlag gegen das Justizsystem“ habe das politische Klima auf den anschließenden Verfassungskampf eingestimmt.<sup>9</sup>

Die nachfolgenden Ausführungen wollen weder die Person Lochers noch dessen Pamphlete verfassungshistorisch einordnen.<sup>10</sup> Der hier gewählte Zugang ist weniger ambitiös, dafür umso spielerischer: Die Schriften Lochers werden als Quellen der schweizerischen Justizgeschichte betrachtet. Mit der zeitgenössischen Justiz beschäftigen sich vorrangig die ersten drei Pamphlete, sie stehen folglich im Vordergrund. Freilich können sie nicht als neutrale Quellen ausgewertet werden. Um ihnen gerecht zu werden, müssen sie so behandelt werden, wie sie der zeitgenössische Leser konsumierte: Als komödiantische Inszenierung. Die Theatergattung der grotesken Komödie verfälscht bewusst die Realität. Dies weckt beim Publikum Erstaunen und Interesse. Die Steigerung des Möglichen zum grotesken Zufall, in den sich Figuren verheddern, dient als Stilmittel.<sup>11</sup> Nicht anders funktionieren die Pamphlete Lochers. Die von ihm geschilderten Zustände weichen eklatant vom Geltungsanspruch des jungen schweizerischen Rechtsstaats ab, und ob schon die Diskrepanz zwischen Sein und Sollen denkbar weit ist, entrückt sie das Geschilderte doch nicht dem Bereich des Möglichen. Deutet man die Schriften in diesem Sinn als „Komödie“, dann erübrigt sich die Frage nach dem Wahrheitsgehalt. Die Pamphlete können stattdessen als symbolische Zeitdokumente gedeutet werden. Als solche gewähren sie erstens Einblicke in den Rechtsall-

tag, die „klassische“ Quellen der Justizgeschichte, z.B. Gesetzestexte, nicht eröffnen; zweitens lassen sich an ihrer Entstehungs- und Wirkungsgeschichte weitergehende verfassungshistorische Folgerungen festmachen. Nachfolgend werden zuerst die Vorgeschichte der „Komödie“ (II.), ferner ihr Inhalt im historischen Rahmen (III.) und ihre Wirkung auf das Publikum dargestellt (IV.) Schließlich wird Lochers Inszenierung interpretiert und damit in den justizhistorischen Gesamtkontext gerückt (V.).

## II. Die Vorgeschichte

Der 1848 aus einem Bürgerkrieg hervorgegangene schweizerische Bundesstaat trug deutliche Züge eines „pragmatisch-kompromisshaften Werks“<sup>12</sup>. Die Zentralgewalt war vergleichsweise schwach ausgestaltet. Die Kantone blieben „souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist“<sup>13</sup>, womit namentlich das Projekt einer nationalen Rechtsvereinheitlichung in die Ferne rückte.<sup>14</sup> Gleichwohl wuchsen die Kantone 1848 in formeller Hinsicht zu einem Rechtsraum zusammen: Die Bundesverfassung gewährleistete in Art. 49 die interkantonale Freizügigkeit von zivilrechtlichen Urteilen.<sup>15</sup> Die politischen Behörden – Bundesrat und die beiden Kammern des Parlaments (Ständerat/Nationalrat) – wachten über die bundesrechtlichen Garantien. Die Bundesverfassung räumte dem Bundesrat in erster und der Bundesversammlung in zweiter Instanz die Befugnis ein, über Individualbeschwerden wegen Verletzungen bundesrechtlicher oder kantonalrechtlicher verfassungsmäßiger Rechte zu entscheiden. Das schweizerische Bundesgericht verfügte demgegenüber über marginale Kompetenzen. Der Bundesrat konnte dem Gericht Verfassungsbeschwerden überweisen, allerdings geschah dies bis zur Revision der Bundesverfassung 1874 nur einmal, im Fall „Dupré“.<sup>16</sup> Die 1848 gewählte Kompetenzverteilung zwischen den Bundesbehörden entsprach historisch tradierten Vorbehalten der Eidgenossen gegenüber „aristokratischen Gerichtshöfen“ und studierten Juristen; überdies fürchteten die Kantone 1848 ein zu starkes Zentralgericht.<sup>17</sup>

Kritische Stimmen jener Zeit würdigten die Konstruktion des Bundesstaats als rechtsstaatlich bedenklich.<sup>18</sup> So auch Locher. Die Motivation für seine publizistische Tä-

<sup>6</sup> Ernst Gagliardi, *Geschichte der Schweiz*, Band 2, 3. Auflage, Zürich 1937, 1557 f.

<sup>7</sup> Eduard His, *Geschichte des neuren Schweizerischen Staatsrechts*, Band 3: *Der Bundesstaat von 1848 bis 1914*, Basel 1938, 124.

<sup>8</sup> Theodor Curti, *Geschichte der Schweizerischen Volksgesetzgebung*, 2. Auflage, Zürich 1885, 215.

<sup>9</sup> Gordon A. Craig, *Geld und Geist. Zürich im Zeitalter des Liberalismus 1830–1869*, München 1988, 266.

<sup>10</sup> Weiterführend zur verfassungshistorischen Einordnung von Locher vgl. Martin Schaffner, *Die demokratische Bewegung der 1860er Jahre* (= *Basler Beiträge zur Geschichtswissenschaft*, Band 146), Basel/Frankfurt am Main 1982, 166 ff.; *Staatsarchiv des Kantons Zürich* (Hrsg.), *Kleine Zürcher Verfassungsgeschichte 1218–2000*, Zürich 2000, 61 ff.; Barbara Weinmann, *Eine andere Bürgergesellschaft* (= *Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft*, Band 153), Göttingen 2002, 293 ff.

<sup>11</sup> Zur grotesken Komödie im hier verstandenen Sinn: Friedrich Dürrenmatt, *Theaterprobleme*, Zürich 1955.

<sup>12</sup> Alfred Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern 1992, 611. Siehe zur Bundesstaatsgründung auch Andreas Kley, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, Bern 2008, 224 ff.

<sup>13</sup> Art. 3 der Verfassung von 1848, Dokument ediert bei Alfred Kölz, *Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern 1992, 447 ff.

<sup>14</sup> Vgl. dazu Pio Caroni, „Privatrecht“. Eine sozialhistorische Einführung (= *Das Recht in Theorie und Praxis*), Basel 1988.

<sup>15</sup> Vgl. Johann Jakob Blumer, *Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts*, Band 1, Schaffhausen 1863, 289 ff.

<sup>16</sup> Rudolf Eduard Ullmer, *Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden aus den Jahren 1848–1860*, Band 1, Zürich 1862, Nr. 375, 367–371.

<sup>17</sup> Ausführlich dazu Matthias Kradolfer, *Justitias „Emancipation“ – Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizerischen Eidgenossenschaft 1798–1848* (St. Gallen 2011), 31–49, 256–260.

<sup>18</sup> Gustav Vogt, *Eidgenössisches Rekurswesen und dessen Reform*, in: *ZBJV* 4 (1867/1868), 1–11, 37–47.

# Der Schutz feindstaatsangehöriger Zivilisten durch deutsche Militärgerichte 1939 - 1945

Christian Thomas Huber, Neustadt

*Der Beitrag beleuchtet die umstrittene Frage, inwiefern die deutschen Militärgerichte eigene Soldaten für Verbrechen insbesondere in der besetzten Sowjetunion strafrechtlich zur Verantwortung gezogen haben. Eine umfassende Auswertung der noch vorhandenen Aktenbestände, die Befragung von Zeitzeugen sowie eine kritische Auseinandersetzung mit vermeintlich gesicherten Erkenntnissen zeigen ein differenziertes Bild von der Tätigkeit der Militärgerichte, das sich in der europäischen Forschungskontext einfügt: Entgegen verbreiteter Auffassung war der Militärjustiz in vielen Fällen durchaus daran gelegen, die Verantwortlichen ihrer Strafe zuzuführen; offensichtliche Unrechtsurteile zugunsten deutscher Täter bilden die Ausnahme.*

*Abstract: The essay examines the controversial issue of prosecution of the German soldiers in the occupied Soviet Union. It deals with the question to what extent the German military court penalized its own soldiers. A comprehensive evaluation of the remaining files, interviewing contemporary witnesses and a critical examination of former research gives a differentiated picture concerning the activities of the military tribunals. In fact the military justice was quite interested to punish offenders turning judgment in favor of the German perpetrators into an exception.*

*Résumé: La présente contribution examine la question controversée de la mesure dans laquelle les tribunaux militaires allemands ont jugé de la responsabilité pénale de leurs propres soldats pour crimes commis en particulier dans l'Union soviétique occupée. Le résultat d'une analyse détaillée des sources documentaires encore existantes, combinée à l'interview de témoins de l'époque ainsi qu'à une réflexion critique portant sur les constatations prétendument acquises, est une image nuancée de l'action des tribunaux militaires, qui s'intègre dans le contexte européen de la recherche : contrairement à l'opinion répandue, la justice militaire avait à cœur, dans de nombreux cas, de sanctionner les coupables ; les jugements manifestement injustes, au profit de coupables allemands, constituent l'exception.*

## I. Einführung

65 Jahre nach Kriegsende ist ein abschließendes Urteil über die Spruchfähigkeit der deutschen Militärgerichte während des Zweiten Weltkriegs noch immer nicht möglich. War deren Beurteilung in den ersten Jahrzehnten nach dem Krieg noch ausgesprochen wohlwollend, so kam es in den 80er Jahren nicht zuletzt durch die Publikationen von Manfred Messerschmidt und Fritz Wüllner in der öffentlichen Meinung zu einem derartigen Umschwung, dass die Eignung von ehemaligen Wehrmacht-richtern zur Bekleidung öffentlicher Ämter zunehmend angezweifelt wurde. In der Debatte im Deutschen Bundestag über eine Aufhebung von Urteilen wegen Kriegsverrates<sup>1</sup> wies Messerschmidt als Gutachter darauf hin, dass ihm nur ein Urteil bekannt sei, „das sich um eine sachliche Behand[un]g der Frage der Feindbegünstigung bemüht“ habe.<sup>2</sup> Im Jahre 2009 wurden sodann un-

ter Beifall der Medien<sup>3</sup> pauschal alle entsprechenden Urteile aufgehoben.

Schon deshalb ist eine Auseinandersetzung mit den Abhandlungen dieser Autoren unerlässlich. Diese hatten selektiv viele Einzelfälle zutage gefördert, über deren Abscheulichkeit man nicht ernstlich streiten kann. Die Bilanz, die sie über die Wehrmachtjustiz zogen, war vernichtend. Ungerechtigkeit sei die „tägliche Norm“ gewesen, nur „sehr, sehr wenige Urteile“ hätten „zivilisierten Ansprüchen genügt“, Gerechtigkeit sei „fast überall auf der Strecke geblieben“.<sup>4</sup> Auch dass im Krieg gegen die Sowjetunion Übergriffe deutscher Soldaten geahndet wurden, wurde immer wieder in Abrede gestellt. „Wo sind denn diese vielen Beispiele? Wo sind denn Todesurteile oder sogar nur Zuchthausurteile zu finden wegen Mordes und Totschlags an Juden und Russen?“<sup>5</sup>, fragte Messerschmidts Koautor Wüllner, der sich infolge familiärer Betroffenheit speziell der Fahnenfluchtthematik in besonderer Weise angenommen hatte.<sup>6</sup> Messerschmidt selbst sprach hinsichtlich des besetzten Teiles der Sowjetunion sogar von einem „rechtsfreien Raum“<sup>7</sup> und stellte

---

sich um eine sachliche Behand[un]g der Frage der Feindbegünstigung bemüht hat[.]“.

[http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeerungen/34\\_ns/04\\_stellungnahmen/Stellungnahme\\_Messerschmidt.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeerungen/34_ns/04_stellungnahmen/Stellungnahme_Messerschmidt.pdf).

<sup>3</sup> <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,631412,00.html>.

<sup>4</sup> Zitiert nach Schwinge, Die Urteile der Militärstrafjustiz „offensichtlich unrechtmäßig“? in NJW 1993, S. 368.

<sup>5</sup> Wüllner, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung, S. 429.

<sup>6</sup> Wüllner beschrieb die besondere Bedeutung seiner Person und seiner Arbeit für die Wissenschaft mit folgenden Worten:

„Aber auch im weiteren Verlauf meiner Forschungsarbeit stieß ich immer wieder auf neue Einzelheiten und Zusammenhänge, die von der Wissenschaft bisher nicht beachtet oder nicht erkannt worden sind. Daraus ist dann schließlich, ohne dass dies vorher beabsichtigt war, sozusagen zwangsläufig ein Bericht über die Militärjustiz entstanden, wie es ihn so umfassend in Publizistik und Wissenschaft nicht gibt. Damit hat der Stand der Erforschung der Militärjustiz nunmehr soviel Breite und Tiefe erreicht, dass die zuständigen Wissenschaften – Historiker, Juristen, Soziologen – sich nun ebenfalls damit befassen können.“

„Die Sichtweise des Outsiders kann in manches eindringen, was dem Insider verborgen bleibt. Stringentem logischem Denken fällt es oft genug schwer, die Vieldimensionalität zu ‚sehen‘, die jeder Wirklichkeit innewohnt (vergl. Heideggers Wort vom ‚Sehen im Denken‘). Verknüpfendes und ‚vernetzendes‘ Denken sind unabdingbar, wenn die geschichtliche Wahrheit sich nur aus tausenden einzelnen Fakten unterschiedlichster Art erarbeiten lässt.“

Wüllner, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung, S. 843, 844.

<sup>7</sup> Messerschmidt, Der Minsker Prozess 1946 (in: Heer, Vernich-

<sup>1</sup> [http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeerungen/34\\_ns/04\\_stellungnahmen/Stellungnahme\\_Muller.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeerungen/34_ns/04_stellungnahmen/Stellungnahme_Muller.pdf).

<sup>2</sup> „Dieses Urteil ist nach meiner bisherigen Kenntnis das einzige, das



der deutschen Praxis die so genannten Minsker Prozesse der sowjetischen Justiz gegenüber, in denen von 93 deutschen Kriegsgefangenen 80 zum Tode und dreizehn zu 15- bzw. 20-jähriger Zwangsarbeit verurteilt worden waren. Das Minsker Verfahren habe theoretisch sogar mehr Rechtsgarantien geboten als die Kriegsstrafverfahrensordnung [KStVO].<sup>8</sup>

Angesichts des so genannten Barbarossa-Erlasses vom 13. Mai 1941 mag man Entsprechendes zunächst auch vermuten. So etwa beseitigte dieser Erlass für das Gebiet der Sowjetunion das Legalitätsprinzip, also die über § 147a MStGB auch strafbewehrte Pflicht, unter anderem bei strafbaren Ausschreitungen gegen die Zivilbevölkerung gerichtlich einzuschreiten. Damit einher ging eine unbeschränkte Ausweitung des Disziplinarbereiches. Auf Initiative des OKH<sup>9</sup> war dieser Erlass allerdings leicht abgeschwächt worden, indem man die Gerichtsherrn<sup>10</sup> zumindest ermutigte, ein gerichtliches Verfahren dann anzuordnen, wenn sich Taten als Ausdruck persönlicher Verwilderung oder geschlechtlicher Hemmungslosigkeit darstellten und einer verbrecherischen Veranlagung entsprangen. Aber auch dann sollte man bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Aussagen feindlicher Zivilbevölkerung „äußerste Vorsicht“ obwalten lassen und nur Urteile bestätigen, die „den politischen Absichten der Führung“ entsprächen.<sup>11</sup>

tungskrieg, Verbrechen der Wehrmacht 1941 bis 1944, S. 566).

<sup>8</sup> Schlussendlich führt er aus: „Dennoch wäre die sowjetische Führung gut beraten gewesen, wie in Nürnberg deutsche Anwälte zuzulassen, um noch eindeutiger zu zeigen, dass dieser Prozess anders als deutsche Kriegsgerichtsverfahren gegen sowjetische Gefangene verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden war.“ Messerschmidt, Der Minsker Prozess 1946 (in Heer: Vernichtungskrieg, Verbrechen der Wehrmacht 1941 bis 1944, S. 551, 559, 566).

<sup>9</sup> Oberkommando des Heeres. Soweit dem Heer die sog. vollziehende Gewalt (= summum imperium) in besetzten Gebieten übertragen war, wurde sie grundsätzlich vom Oberbefehlshaber des Heeres ausgeübt. Das OKH war weisungsbefugt gegenüber allen Heeresgruppen-, Armee- usw. Kommandos. Insbesondere war es aber auch dem OKW (Oberkommando der Wehrmacht) nicht nachgeordnet; letzteres stellte vielmehr eine Art „Führeradministration“ dar. Dies dürfte auch der Grund gewesen sein, warum Hitler dieses Amt nach v. Brauchitschs Abgang persönlich an sich zog. Da sich Hitler mit rein administrativem Tätigkeiten nicht beschäftigen wollte, kam es zu dem leicht missverständlichen Umstand, dass Keitel, der Chef des OKW, für den Chef des OKH zeichnete. Dies tat er aber nicht als Chef des OKW, sondern als Unterfertiger des Chefs des OKH.

<sup>10</sup> Die Institution des Gerichtsherrn ist ein rechtsgeschichtliches Relikt und lässt sich bis zu den frühen Germanen zurückverfolgen. Kaiser Maximilian I. richtete das erste Kriegsgericht in der deutschen Geschichte für seine Tiroler Miliz ein. Schon in der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg war der Gerichtsherr die in Preußen am zähesten verteidigte und in Bayern am heftigsten angegriffene Institution der Militärstrafgerichtsordnung.

Die Gerichtsherrn, und nicht etwa das Deutsche Reich, waren unmittelbar Träger der Militärgerichtsbarkeit. Alle Weisungen des militärisch Vorgesetzten bedurften daher der Transformation durch ihn. Die Gerichtsherrn waren die „Herren des Kriegsgerichtsverfahrens“. Sie ordneten u.a. das Ermittlungsverfahren an (§ 17 KStVO) oder setzten es aus (§ 20 KStVO), entschieden über die Verfügung einer Anklage (§ 47, 48 KStVO), bestimmten die personelle Zusammensetzung des Gerichts, legten Ort und Zeit des Hauptverfahrens fest, bestellten ggf. einen Verteidiger (vgl. § 49 I KStVO) und waren in den meisten Fällen für die Bestätigung des Urteils zuständig (vgl. § 79 KStVO).

<sup>11</sup> Die Zuständigkeiten im Bestätigungs- und Gnadenverfahren waren entsprechend der Befehlshierarchie (Divisionskommandeur, Armeeoberbefehlshaber, Oberbefehlshaber des Heeres und Hitler)

## II. Die Quellenlage

Die Frage, wieweit diese Vorgaben der NS-Führung von der Wehrmacht mitgetragen und umgesetzt wurden, lässt sich heute nur noch schwer beantworten, da die Quellenlage zum einen infolge Kriegseinwirkung oft sehr dürftig ist und zum anderen regimekritische Soldaten jeden Anlass dazu hatten, ihre Ansichten tunlichst nicht manifest werden zu lassen. Selbiges gilt natürlich umgekehrt auch für Amtsträger, die Gefahr liefen, mit für sie brisanten Akten den Alliierten in die Hände zu fallen.

Einige Generale wie etwa Guderian äußerten sich nach dem Krieg dahingehend, dass der Barbarossa-Erlass nicht überall weitergegeben worden sei.<sup>12</sup> Diese Frage wurde mittlerweile untersucht. In einem Stichprobenverfahren konnte die Weitergabe für die 16. Armee (Heeresgruppe Nord) bei sieben der ursprünglich elf Korps und Divisionen, bei der Panzergruppe 3 (Heeresgruppe Mitte) in acht von fünfzehn und für die 16. Armee (Heeresgruppe Süd) in sechs von acht Divisionen und Korps nachgewiesen werden.<sup>13</sup> Inwieweit der Barbarossa-Erlass dann letztlich von den Einheiten auch angewendet wurde, ließ der Autor offen, da hierfür eine „flächendeckende, komparative Auswertung der Fallakten der Kriegsgesichte des Osttheeres erforderlich“ sei. Genannt wurden allerdings für beide Extrema Beispiele, nämlich ein Todesurteil wegen Mordes gegen einen Offizier, aber auch eine Einstellungsverfügung wegen Geringfügigkeit, weil ein Feldgendarm „aus nichtigen Gründen eine Russin niedergeschossen hatte“.<sup>14</sup>

Ferner fällt auf, dass in vielen Ostbestandsakten<sup>15</sup> die nach dem Barbarossa-Erlass ausdrücklich erforderliche Anordnung des kriegsgerichtlichen Verfahrens durch den Gerichtsherrn gänzlich fehlte.<sup>16</sup> Dies ist ungewöhnlich, weil andere Dokumente wie Haftbefehle, Bestätigungsentscheidungen bzw. Bestätigungs- und Gnadenempfehlungen vom Gerichtsherrn oder seinem Vertreter im Kommando wie vorgesehen abgezeichnet waren. Die erhalten gebliebenen Akten beinhalten also viele Verfahren, die gerade nicht in Vollzug des Barbarossa-Erlasses durchgeführt wurden.

Einen weiteren Ansatz zur Eingrenzung eröffnet die

angelegt. Eine Übersicht über die Rechtslage geben die Übersichten am Ende dieses Beitrags.

<sup>12</sup> Er führte aus, dass der Barbarossa-Erlass in seinem Befehlsbereich schon deshalb nicht angewendet worden sei, weil die Gefahr einer Schädigung der Manneszucht nach seiner und seiner kommandierenden Generale übereinstimmenden Auffassung schon von vornherein gegeben gewesen sei. Er habe daher die Ausgabe des Befehls an die Divisionen verboten und seine Rücksendung nach Berlin angeordnet.

Guderian, Erinnerungen eines Soldaten, S. 138.

<sup>13</sup> Römer, Der Kriegsgerichtsbarkeitserlass im Osttheer (in: Vierteljahresshefte für Zeitgeschichte, Sonderdruck 1/2008, S. 62).

<sup>14</sup> Römer, Der Kriegsgerichtsbarkeitserlass im Osttheer (in: Vierteljahresshefte für Zeitgeschichte, Sonderdruck 1/2008, S. 95).

<sup>15</sup> Zum Begriff sogleich.

<sup>16</sup> So etwa findet sich umgekehrt auf der Anklageverfügung im Verfahren gegen den Unteroffizier Ludwig S. und den Gefreiten Karl L. wegen Plünderung und Hehlerei zum Nachteil einer Russin vorab eine eigens abgezeichnete Verfügung des Gerichtsherrn, in der den Vorgaben des Barbarossa-Erlasses Rechnung getragen wurde.

BA-ZNS-P 334 [Bundesarchiv-Zentrale Nachweisstelle-Signatur].

# Dissenting votes in the Norwegian Supreme Court 1965-2009: A legal cultural analysis

Jørn Øyrehagen Sunde, Bergen

Niklas Luhmann stresses in „Das Recht der Gesellschaft“ that the courts are the very engine in the legal system. This has historically been the case, and are increasingly important to acknowledge with the role the European Court of Human Rights and the European Court of Justice are taking in European law. The role of the courts in the legal system in general is often studied from the legal technical point of view of lawyers, and the political view of political scientists. In this article it is claimed that neither does justice to the complexity of the issue, and that a legal cultural angle ought to be applied instead. With turning legal culture from a phenomenon to an analytical tool, and then applying it to analyse dissenting votes in the Norwegian Supreme Court 1965-2009, the relevance of legal culture in legal studies are brought to the surface. The study show how a change in both law and practice on accepting appealed cases to the Norwegian Supreme Court during the 1990s, in cooperation with a series of five other factors, radically changed the practice of casting dissenting votes, and more in general the activity and nature of the Court.

**Abstract:** Niklas Luhmann betont in seiner Monographie „Das Recht der Gesellschaft“ die tragende Rolle der Gerichte. Seiner Auffassung nach, sind Gerichte der Motor eines Rechtssystems. Dies hat eine historische Relevanz, die jedoch heute auf Grund der Rolle des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, als auch der verstärkten Positionierung des Europäischen Gerichtshofes, zunehmend bedeutsamer werden. Die Rolle der Gerichte im Rechtssystem wird oftmals aus gesetzlich technischer Sicht der Juristen und politischer Ansicht der Politologen untersucht. Dieser Artikel stellt die Behauptung auf, dass die Komplexität des Rechts nur durch einen rechtskulturellen Winkel begutachtet werden kann. Die Umkehrung der Rechtskultur von einem Phänomen in ein analytisches Werkzeug werden mit Hilfe der „dissenting votes“ im norwegischen Supreme Court von 1965-2009 beleuchtet, sodass die Relevanz der Rechtskultur zum Vorschein kommt. Die Studie zeigt, wie eine Veränderung in der Gesetzgebung als auch in der Praxis die Entscheidungen und das Naturell des norwegischen Supreme Court in den 1990er Jahren radikal veränderte.

**Résumé:** Dans „Das Recht der Gesellschaft“, Niklas Luhmann souligne le fait que les tribunaux constituent le moteur même du système juridique. L'histoire en atteste déjà, et c'est aujourd'hui de plus en plus manifeste au vu du rôle que jouent en droit européen la Cour Européenne des Droits de l'Homme ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne. Le rôle des tribunaux dans le système juridique en général est souvent étudié du point de vue juridique technique des avocats et du point de vue politique des politologues. Le présent article affirme qu'aucune de ces deux approches ne rend justice à la complexité de la problématique et que le point de départ devrait plutôt être la culture juridique. Envisager la culture juridique non pas comme un phénomène mais bien comme un outil analytique, et l'utiliser pour analyser le système des votes divergents à la Cour suprême norvégienne 1965-2009, permet de mettre en lumière la pertinence de la culture juridique dans les études juridiques. L'étude montre comment un changement, en droit et en pratique, au niveau de la recevabilité des affaires en appel devant la Cour suprême norvégienne au cours des années 1990 a conduit, combiné à une série de 5 autres facteurs, à une modification radicale de la pra-

tique des votes divergents et, de manière plus générale, de l'activité et de la nature de la Cour.

## I. Preliminary discourse

The present Norwegian Supreme Court was established with the Norwegian Constitution of 1814. Art. 89 of the Constitution states: “In order to judge in the last instance a High Court of Justice shall be established as soon as possible, which must not consist of less than a chief judge and six members.”<sup>1</sup> By this, the tradition of the Danish-Norwegian Supreme Court from 1661 was carried on with one Supreme Court making final decisions in all civil and criminal cases.<sup>2</sup> The Norwegian Supreme Court was officially in session from 1815, and developed through its own case law a competence to also make final decisions in administrative and constitutional matters by performing judicial review.<sup>3</sup>

In a legal system with only two specialized courts next to the district courts in the first instance, only one specialized court next to the Courts of Appeal in the second instance,<sup>4</sup> and only one Supreme Court with general jurisdiction on top, the Norwegian court system is shaped as a pyramid.<sup>5</sup> the very organization of the court system gives the Norwegian Supreme Court a lot of judicial power, and leaves it in a prominent position in the legal sys-

<sup>1</sup> Kongeriget Norges Grundlov (The Norwegian Constitution) of 17.05.1814 art. 89 in “17 May 1814 English (translated pursuant to order of the Government)” available at [https://wiki.uio.no/prosjekter/textualizing\\_democracy/index.php/Constitutions](https://wiki.uio.no/prosjekter/textualizing_democracy/index.php/Constitutions).

<sup>2</sup> One significant difference was that the Danish-Norwegian king was a member of the Supreme Court tribunal, while the principle of separation of powers made such an arrangement impossible from 1814 on.

<sup>3</sup> In military cases in peace time, subscribing a penalty over 3 months in prison, the Supreme Court would originally make the final decision, but with a supplement of two high rank officers; see art. 90 in “17 May 1814 English (translated pursuant to order of the Government)” available at [https://wiki.uio.no/prosjekter/textualizing\\_democracy/index.php/Constitutions](https://wiki.uio.no/prosjekter/textualizing_democracy/index.php/Constitutions).

<sup>4</sup> See the overview in «Domstolene i samfunnet – Administrativ styring av domstolene. Utnevnelser, sidegjøremål, disiplinærtak. Midlertidige dommere», Norges Offentlige Utredninger (NOU) no. 19 1999:37-41.

<sup>5</sup> In the first instance you have the Land Consolidation Courts and The Labour Court as specialist courts. The Social Security board is an administrative organ acting much like a court. In the second instance only the Land Consolidation Courts have an appeal level, but this only deals with factual appeals and not appeals on the ap-  
pliance of law.

tem. But this is also due to the very late emergence and expansion of a Norwegian legal science. During the union with Denmark the Norwegians shared the only university that taught law in Copenhagen with the Danes, which became a legal institution of importance for the first time in 1736. A Norwegian university in Oslo was established in 1811 with a faculty of law. In 1969 there were only nine law professors in Norway. At the same time there were 18 judges in the Supreme Court. A second institution teaching and researching law was established at the university in Bergen in this year. In 1980 it became the first faculty of law outside the capital, while the third was established in Tromsø in 1997.<sup>6</sup> Nowadays there are about 90 professors of law while there are 19 judges and a Chief Justice in the Supreme Court. The Supreme Court is still a focal point in the Norwegian legal system, not only due to its pyramidal shape, but also due to the long absence of academic law that could compete with the practice of the Supreme Court as a source of insight into law; in 1969 students still had to read preparatory works and Supreme court decisions to prepare for their exams due to a lack of text books in law.

Due to these two factors, the rulings of the Norwegian Supreme Court have had the role of and have been studied as precedence.<sup>7</sup> Viewed as a legitimate norm producing body in the Norwegian legal system, the Supreme Court has also been studied as such. On one hand precedences with unanimous decisions have the largest weight and have been studied as a source of law. On the other hand judgments with dissenting votes have been given attention as keys to unlock the secret shrine of the Supreme Court as decision making body.<sup>8</sup> This article follows the second path. Decisions with dissenting votes will, therefore, serve as a starting point for examining the Norwegian Supreme Court from 1965 to 2009 from a legal cultural perspective. The aim is a wider contextualizing of the Court and its decisions to show how the fairly autonomous institution have responded to and influenced trends in Norwegian law for the last 45 years. By this central aspects of the recent history of the Supreme

Court, but also the general recent Norwegian legal history, will be revealed. Even more importantly, such a study will display why a wide context has to be taken into account when governing the future development of law.

In the following a brief description of the most important features of the Norwegian Supreme Court will be given as necessary backdrop for the study. Then statistical data on judgments with dissenting votes will be presented as the Archimedes fulcrum used in the study to contextualize the Court through a legal cultural study. But the actual contextualizing can only be done after a legal cultural model as an analytical tool has been presented.

## II. The Norwegian Supreme Court

There are good reasons to believe that the Constitution of 1814 aimed to make the Norwegian Supreme Court a nullity as state power by stating in art. 96 that “nobody may be judged but by virtue of a law, or be punished but pursuant to a judgment.” Art. 96 might very well have been inspired by Charles Montesquieu and his famous phrase: «les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi».<sup>9</sup> At least the courts were treated as a nullity or not even mentioned in several of the constitutional drafts.<sup>10</sup> In the first commentary to the Constitution, written in 1816 by one of its founding fathers, the courts were explicitly said to have no power.<sup>11</sup> This was a possibility because the same constitution in art. 94 stated that a new civil and criminal code was to be made within a few years. A criminal code was made in 1842, but already replaced by a statute in 1902, while the civil code-project was abandoned already in 1845.<sup>12</sup> Hence, the instrument to make the Supreme Court a nullity was never really activated and the Courts have been not only a third state power by name, but also in action.

Between 1965 and 2011 the Appeals Selection Committee at the Norwegian Supreme Court decided 37 434 civil and 68 447 criminal cases, all together 105 881 cases. The Chambers in the Supreme Court treated 3 575 civil and 9 769 criminal cases, all together 13 344 cases. The amount of individual cases with all their entangled legal questions can easily make the features of the Court itself disappear. But if we look behind them, the main features of the Court are as follows:

In peacetime the Supreme Court has general jurisdiction, with impeachment<sup>13</sup> and labour cases on collective bar-

<sup>6</sup> The Faculty of Law in Bergen was an Institute of Law from 1969 at the Faculty of Social Sciences, and the Faculty of Law in Tromsø was in the same position from 1987.

<sup>7</sup> Jørn Øyrehagen Sunde, “Fornuft og Erfarenhed” – Framveksten av metodisk medvit i dansk-norsk rett på 1700-talet (Universitetet i Bergen, Bergen) 2007: 232-234, 237, 257, 261-262, og 263-264, Lars Bjørne, Brytningstiden – Den nordiska rättsvetenskapens historia, 2. volume: 1815-1870 (Institutet för rättshistorisk forskning, Lund) 1998: 316-319, Lars Bjørne Den konstruktiva riktningen – Den nordiska rättsvetenskapens historia, 3. Volume: 1871-1910 (Institutet för rättshistorisk forskning, Lund) 2002: 317, and Lars Bjørne, Realism och skandinavisk realism – Den nordiska rättsvetenskapens historia, 4. Volume: 1911-1950 (Institutet för rättshistorisk forskning, Lund) 2007: 408-409. See also e.g. Marit Halvorsen, «Schweigaard, Aschehoug og prøvingsretten som forsvant: bidrag til utviklingen av læren om prøving av skjønnsmessige forvaltningsvedtak», Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2011: 71.

<sup>8</sup> See e.g. Henrik Østlid, Dommeratferd i dissenssaker, (Universitetsforlaget, Oslo) 1988, Asbjørn Kjønstad, “Trykderettigheter, Grunnloven og Høyesterett”, Lov og Rett 1997: 243-292, Gunnar Grendstad, William R. Shaffer, Eric N. Waltenburg, “Revealed Preferences of the Norwegian Supreme Court Justices”, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2010: 74-101, Gunnar Grendstad, William R. Shaffer, Eric N. Waltenburg, “When justices disagree. The influence of Ideology and Geography on Economic Voting on the Norwegian Supreme Court”, Retfærd 2011a: 3-22.

<sup>9</sup> Charles Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1. volume (Garnier, Paris) 1961: 171.

<sup>10</sup> Eirik Holmøyvik, *Maktfordeling og 1814* (Universitetet i Bergen, Bergen) 2011: 328, see also pp. 184-187, and see e.g. J.G. Adler, C.M. Falsen, *Udkast til en Constitution for Kongeriget Norge* (Christiania) 1814: 5-14.

<sup>11</sup> Christian Magnus Falsen, *Norges Grundlov, gjennomgaaet i Spøragsmaal og Svar* (R. dahls Enke og Søn, Bergen) 1816: 147-152.

<sup>12</sup> Jørn Øyrehagen Sunde, *Speculum legale – rettsspegele: Ein introduksjon til den norske rettskulturens historie* (Fagbokforlaget, Bergen) 2005: 288.

<sup>13</sup> *Kongeriget Norges Grundlov* (The Norwegian Constitution) of 17.05.1814 art. 88 and 86. The Norwegian impeachment cases have been: 1815-16 against cabinet minister Hexhausen, in 1821 against cabinet minister Fasting, in 1821-22 against cabinet minister count Wedel Jarlsberg, in 1827 against cabinet minister Collett, in 1836 against cabinet minister Løvenskiold, in 1845 against cabinet min-

# Überwachen und Strafen in einem bayerischen Zuchthaus des 19. Jahrhunderts

Katharina Theobaldy/Fabian Meyer

*Zuchthäuser des 19. Jahrhunderts sind eine Zwischenstufe auf dem Weg von mittelalterlichen Leibes- und Lebensstrafen hin zur heutigen Freiheitsstrafe. Diese Entwicklung beschreibt Michel Foucault in seinem Buch „Überwachen und Strafen.“ Wenn man heute historische Strafsysteme analysieren will, kommt man nicht umhin, dieses Standardwerk dafür heranzuziehen. Um Foucaults theoretische Überlegungen überprüfen zu können, wurden Einzelschicksale und der Alltag von Gefangenen des Zuchthauses Plassenburg untersucht.*

*Abstract: Penitentiaries of the 19th century mark an intermediate stage on the way from medieval corporal punishment to the deprivation of liberty that is practiced nowadays. The book “Überwachung und Strafe” written by Michel Foucault describes the development of punishment during the centuries. It is considered to be a standard reference analyzing historical penalty systems in order to examine Foucault’s theoretical considerations concerning prisoner’s fates of the penitentiary Plassenburg*

*Résumé : Les prisons du 19ème siècle constituent une étape intermédiaire dans l’évolution depuis les châtiments corporels du Moyen-Âge jusqu’aux actuelles peines privatives de liberté. Michel Foucault décrit cette évolution dans son livre „Surveiller et punir“. Il est aujourd’hui indispensable d’inclure cet ouvrage de référence dans toute analyse de l’histoire des systèmes de droit pénal. La présente contribution analyse les réflexions théoriques de Foucault à la lumière de destins individuels et du quotidien de prisonniers de la prison de Plassenburg.*

Eine Untersuchung des Zuchthausalltags im 19. Jahrhundert ist eine Analyse von Tatsachen. Will man der Untersuchung allerdings eine Erkenntnis über das System des Strafen der damaligen Zeit überhaupt abgewinnen, so muss zunächst einmal geklärt werden, warum das Zuchthaus in dieser Weise existierte, bzw. welcher Zweck damit verfolgt wurde. Eine mögliche Theorie über den Zweck von Zuchthäusern liefert Michel Foucault mit „Überwachen und Strafen“. Allerdings steht die theoretische Betrachtung von Zuchthaus und Gefängnis hier nicht allein, sondern ist in eine gesamtgesellschaftliche Analyse der sich entwickelnden Straf- und Überwachungsinstitutionen eingebunden.

Die Frage nach dem Alltag in einem Zuchthaus lässt sich nur scheinbar leicht beantworten. Die Zuchthausordnung schrieb vor, wie das Leben der Häftlinge auszusehen hatte. Aber die Zuchthausordnung allein kann noch kein Grund dafür sein, warum das Gefängnis als Institution und als Gebäude so gestaltet war, bzw. überhaupt existierte. Wäre die Ordnung und die ihr zugrunde liegenden Gesetze allein für das Zuchthaus konstituierend, so wäre die Gefängnisstrafe reiner Selbstzweck, Bestrafung um der Bestrafung willen. Dann allerdings wäre die Frage nach dem Sinn einer solch teuren, aufwendigen Institution durchaus berechtigt; andere Strafmaßnahmen (vor allem Leibesstrafen, die durch den Schmerz und die Stigmatisierung strafen) wären unter diesen Prämissen weitaus sinnvoller.

Foucault holt deswegen weit aus, um das Phänomen des

Gefängnisses zu erklären. Dreh- und Angelpunkt des Ganzen ist dabei der Begriff der Disziplin. Im Folgenden wird zunächst die Theorie Foucaults in den entscheidenden Zügen dargestellt; im Hauptteil wird der Zuchthausalltag anhand des Beispiels der Plassenburg geschildert, die als exemplarisch für ein Gefängnis des 19. Jahrhunderts gelten kann. Abschließend soll die theoretische Grundlage Foucaults mit den tatsächlichen Gegebenheiten abgeglichen und interpretiert werden.

## I. Disziplin und der Weg zur Gefängnisstrafe

Die Disziplin wird zunächst als ein militärisches Phänomen des 18. Jahrhunderts betrachtet. „Aus einem formlosen Teig, aus einem untauglichen Körper macht man die Maschine, deren man bedarf; Schritt für Schritt hat man die Haltungen zurechtgerichtet, bis ein kalkulierter Zwang jeden Körperteil durchzieht und bemeistert, den gesamten Körper zusammenhält und verfügbar macht und sich insgeheim bis in die Automatik der Gewohnheiten durchsetzt.“<sup>1</sup> Der Körper des Menschen wird durch die Disziplinierung als Gegenstand entdeckt und manipulierbar gemacht.<sup>2</sup> Was sich bei Soldaten machen lässt - Fügbarmachung für den Kriegsdienst - lässt sich in ähnlicher Weise auch bei straffällig gewordenen Menschen umsetzen, so die Idee. Der Körper ist dann gelehrig, er kann „umgeformt und vervollkommen“<sup>3</sup> werden.

Interessanterweise spricht Foucault von der Disziplin als einem Mehrebenenphänomen: von einem „anatomisch-metaphysischen Register“ und einem „technisch-politischen“.<sup>4</sup> Einmal wird der Körper physisch verfügbar gemacht, d.h. der Körper selbst wird in seinen Funktionen diszipliniert. Auf der anderen Seite bekommt der so unterworfenen Körper einen Nutzen zu einem bestimmten Zweck. Dies kann dann auch die Verfügbarmachung der Seele des Menschen für eine politische Macht genannt werden. Zusammengesetzt ergibt dies eine „politische Anatomie“ und „Mechanik der Macht“<sup>5</sup>, die den Menschen kontrolliert.

Wohlgemerkt, diese Disziplinierungsmechanismen treffen nicht allein auf das Gefängnis zu. Foucault erkennt darin eine gesamtgesellschaftliche Entwicklung. Vom Militär, über die Zuchthäuser, bis hin zu den Fabriken lassen sich immer wieder die gleichen Disziplinierungs-

<sup>1</sup> Foucault, Michel: Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses., übers. von Walter Seitter, Frankfurt a. M. 1994. S.173.

<sup>2</sup> Vgl. Ebd. S.174.

<sup>3</sup> Ebd. S.175.

<sup>4</sup> Ebd. S.174.

<sup>5</sup> Ebd. S.176.

strukturen erkennen. So kann natürlich auch das Zuchthaus des 19. Jahrhunderts nicht als Einzelding, sondern als gesamtgesellschaftliches Phänomen gesehen werden: die Fortsetzung der Überwachungs- und Disziplinierungskultur im Strafbereich.

### 1. Das Gefängnis als Überwachungseinheit

So setzt sich auch baulich die Disziplinierungsabsicht nicht nur im Gefängnis durch. „Bisweilen erfordert die Disziplin die Klausur, die bauliche Abschließung eines Ortes von allen anderen Orten.“<sup>6</sup> Dies betrifft eben auch die Kasernen des Militärs und die Fabriken. Nur auf diese Weise kann eine penible Ordnung, die auf enge Zeitpläne ausgelegt ist, überhaupt funktionieren.<sup>7</sup> Was folgt, ist die Unterteilung in möglichst kleine Bereiche, in der die Überwachung noch effektiver vonstatten gehen kann. „Es geht darum, die Anwesenheiten und Abwesenheiten festzusetzen und festzustellen; zu wissen, wo und wie man die Individuen finden kann; die nützlichen Kommunikationskanäle zu installieren und die anderen zu unterbrechen; jeden Augenblick das Verhalten eines jeden überwachen, abschätzen und sanktionieren zu können; die Qualitäten und die Verdienste zu messen. Es handelt sich also um eine Prozedur zur Erkennung, zur Meisterung und zur Nutzbarmachung.“<sup>8</sup>

Durch die baulichen Maßnahmen kann man jederzeit auf jeden Häftling Zugriff nehmen. Effektiv wird diese Vorkehrung allerdings erst mit der zusätzlichen Kontrolle der Zeit, also der „Festsetzung von Rhythmen, Zwang zu bestimmten Tätigkeiten, Regelung der Wiederholungszyklen.“<sup>9</sup> Die Kontrolle des Körpers wird damit erst umfassend. Jederzeit weiß die entsprechende Macht, wo man sich wie lange aufhält, und was man tut. Die disziplinarische Gleichschaltung und der äußerst genau geplante Tag führen zu einem möglichst geringen Maß selbstbestimmter körperlicher und geistiger Leistung, was wiederum den Körper und die Seele maximal möglich unterwirft.

### 2. Zucht und Gefängnis

Durch diese ausgeklügelten Kontrollmechanismen gelingt dem Strafsystem etwas, das zuvor nicht möglich war. Es straft nicht mehr im bisherigen Sinne. Es richtet keinen Körper zu, es verstümmelt ihn nicht oder stigmatisiert ihn. „Die Zuchtgewalt ist in der Tat eine Macht, die, anstatt zu entziehen und zu entnehmen, vor allem aufrichtet, herrichtet, zurichtet [...]. Sie legt die Kräfte nicht in Ketten, um sie einzuschränken; sie sucht sie allesamt so zu verbinden, dass sie vervielfältigt und nutzbar gemacht werden.“<sup>10</sup> Durch die Zucht wird der Mensch für einen Erziehungseffekt instrumentalisiert; dieser Effekt funktioniert sowohl in den Kasernen zur Ausbildung von Soldaten, sowie im Gefängnis zur Erziehung straffällig gewordener Menschen. Die Zucht ermöglicht es dabei,

den Menschen zu bestrafen, aber gleichzeitig als Strafe noch „menschlich“<sup>11</sup> zu bleiben.

Dabei hat sich die Gefängnisform zunächst außerhalb der Justiz entwickelt, „als sich über den gesamten Gesellschaftskörper jene Prozeduren ausbreiteten, um die Individuen anzuordnen, zu fixieren und räumlich zu verteilen und zu klassifizieren, um das Höchstmaß an Zeit und das Höchstmaß an Kräften aus ihnen herauszuholen, um ihre Körper zu dressieren, ihr ganzes Verhalten zu codieren, sie in einer lückenlosen Sichtbarkeit festzuhalten, rund um sie einen Beobachtungs- und Registrierungsapparat aufzubauen, ein sich akkumulierendes und zentralisierendes Wissen über sie zu konstituieren.“<sup>12</sup>

Das Gefängnis hat sich für Foucault vor allem deswegen als moderne Art zu Strafen durchgesetzt, weil es die einzige Strafe ist, die gesamtgesellschaftlich gleichmäßig angewandt werden kann. Die Haftstrafe entzieht das höchste Gut in einer modernen Gesellschaft: die Freiheit. Die Freiheit gehört allen gleichermaßen,<sup>13</sup> und sie ist noch in höchstem Maße egalitär.<sup>14</sup> Und zusätzlich verwirklicht die Haftstrafe einen Zweck: durch die Zucht, die bereits in der Gesellschaft Einzug gehalten hatte, den Menschen umformen zu können, auf dem Weg der Besserung zu begleiten. „Das Gefängnis ist eine etwas strengere Kaserne, eine unnachsichtige Schule, eine düstere Werkstatt, letztlich nichts qualitativ Verschiedenes.“<sup>15</sup>

Die Haftstrafe bietet der Justiz wie der Gesellschaft einen Vorteil: die Freiheitsberaubung ist eine maximal allgemeingültige Strafe, quantifizierbar<sup>16</sup> und damit für vielfältige Straftaten anpassbar. Auf der anderen Seite bietet sie durch die Institution des Gefängnisses die Möglichkeit der Resozialisierung der Straftäter.<sup>17</sup> Daraus erwächst durchaus ein Problem: das Gericht verurteilt den Straftäter; die Strafe ist Freiheitsentzug. Dieser Entzug kann aber nur innerhalb eines Gefängnisses erfolgen, d.h. die eigentliche Strafe, die angetreten wird, geht noch über die Verurteilung hinaus: „[...] in der Tatsache, dass man vom Gefängnis erwartet, >>nützlich<< zu sein, in der Tatsache, dass die Freiheitsberaubung, die ein gesetzliches Gut sein sollte, von Anfang an eine positive technische Rolle zu spielen hatte: Transformationen an den Individuen vorzunehmen. [...] Diese Disziplinarzugabe nennt man >>Besserungsstrafe<< oder >>Strafvollzug<<.“<sup>18</sup>

Der Strafvollzug innerhalb des Gefängnisses ist also nicht die eigentliche Strafe des Freiheitsentzuges, sondern hier wird die zusätzliche erzieherische Maßnahme auf dem Weg zu einem besseren Staatsbürger durchgeführt. Dies erklärt den großen baulichen und organisatorischen Aufwand der Zuchthäuser und Gefängnisse: der disziplini-

<sup>6</sup> Ebd. S.181.

<sup>7</sup> Vgl. Ebd. S.182 f.

<sup>8</sup> Ebd. S.184.

<sup>9</sup> Ebd. S.192.

<sup>10</sup> Ebd. S.220.

<sup>11</sup> Ebd. S.295.

<sup>12</sup> Ebd. S.295.

<sup>13</sup> Vgl. Ebd. S.296.

<sup>14</sup> Vgl. Ebd. S.297.

<sup>15</sup> Vgl. Ebd. S.297.

<sup>16</sup> Vgl. Ebd. S.313.

<sup>17</sup> „die Strafhaft [ist] zugleich Freiheitsberaubung und technische Umformung der Individuen.“ Ebd. S.298.

<sup>18</sup> Ebd. S.318.

# Die Beratungsorgane der spanischen Kolonialverwaltung 1863-1899

*Sánchez de Andrés, Michuacan*

*Die Bemühungen der liberalen Regierung, die Verwaltung der Überseegebiete zu zentralisieren, führte zur Entstehung mehrerer beratender Organe, die zwischen 1863 und 1899 die Arbeit des Überseeministeriums von Madrid aus ergänzten. Diese Organe hatten unterschiedliche Eigenschaften, manche waren zeitlich begrenzt, andere ständige Einrichtungen, insgesamt jedoch trugen sie entscheidend zur Verwaltung der am weitesten vom Mutterland entfernten und problematischsten Kolonien bei, wie den Philippinen und dem Golf von Guinea, ebenso wie zum Kodifizierungs- und Vereinheitlichungsprozess der Gesetzgebung, die die spanische liberale Regierung für die Gesamtheit der Überseegebiete erließ.*

*Abstract: The efforts of Spain's liberal government to centralise the administration of its overseas territories gave rise to the creation of several advisory bodies which complemented the Ministry for Overseas Affairs in its work from Madrid between 1863 and 1899. These advisory bodies had different characteristics, in some cases, they had permanent, in others, temporal character. However, on the whole, they contributed in a decisive way to the administration of those colonies which were the remotest and most problematical, as were the Philippines and the Gulf of Guinea, as well as to the codification and standardization of the legislation passed by the Spanish liberal government for the whole of the Overseas territories.*

*Résumé: Les efforts du gouvernement libéral visant à centraliser l'administration des territoires d'outre-mer ont conduit à la création de plusieurs organes consultatifs qui, entre 1863 et 1899, ont complété le travail du ministère d'outre-mer depuis Madrid. Ces organes présentaient, certes, des caractéristiques différentes, certains étant limités dans le temps alors que d'autres étaient des institutions permanentes, mais, dans leur ensemble, ils ont tous participé de manière déterminante à l'administration des colonies les plus éloignées de la métropole et les plus problématiques, comme les Philippines ou le Golfe de Guinée, ainsi qu'au processus de codification et d'uniformisation de la législation que le gouvernement espagnol libéral adoptait pour l'ensemble des territoires d'outre-mer.*

## I. Einführung

Zwischen 1863 und 1899 wurde das Überseeministerium bei seinen regelnden und juristischen Aufgaben von einer Anzahl beratender Institutionen unterstützt, die es ermöglichten, die großflächigen Kolonialgebiete von Madrid aus zu regieren. Diese beratenden Einrichtungen der zentralen Staatsverwaltung zu Themen, die die Kolonien betrafen, waren mit dem Prozess der Zentralisierung der Staatsverwaltung verbunden, der 1714 begann und 1863 von der liberalen Regierung mit der Schaffung des Überseeministeriums abgeschlossen wurde.

### 1. Die beratenden Organe der spanischen Zentralverwaltung zu Themen, die die Kolonien betrafen, 1714-1863.

Zwischen 1714 und 1718 wurden die alten Räte aus dem Zeitalter der Habsburger von einem neuen Regierungssystem abgelöst, welches die Umstellung der Regierungsform eines Kollegiums auf eine individualisierte Regierungsform nach sich zog, bei der die vorherige gemeinschaftliche Verantwortung beim Entscheidungs-

findungsprozess durch persönliche Verantwortung ersetzt wurde. Die Grundlage dieses neuen Systems wurde von den Kanzleisekretariaten gebildet, Keimzelle der zukünftigen Organisation von Ministerien, die im 19. Jahrhundert eingeführt wurden.

Der Großteil der alten Räte verschwand oder ihre Funktionen wurden auf reine Beratung in den verschiedenen Sekretariaten beschnitten. Im Falle der die Überseegebiete betreffenden Angelegenheiten kam diese Funktion dem Überseerat zu, der zwischen 1714 und 1718 die meisten seiner vorherigen Kompetenzen verloren hatte. Zu diesem Zeitpunkt wurde er auf die Funktion des Obersten Gerichtshofs für die Überseegebiete beschränkt und darauf, dem Monarchen bei Themen, die die Kolonien betrafen, beratend zur Seite zu stehen. 1809 wurde er abgeschafft, 1810 wieder eingeführt, 1812 wiederum gestrichen und 1814 erneut ins Leben gerufen, sowie 1820 und 1823 noch einmal, um dann endgültig 1834 gänzlich zu verschwinden<sup>1</sup>.

Er wurde durch den Königlichen Rat für Spanien und die Überseegebiete ersetzt, der im März 1834 geschaffen worden war und dessen siebte Abteilung – die Überseegebiete – alle Kanzleisekretäre um ein Gutachten bitten mussten, sobald es sich um diejenigen Kompetenzen handelte, die die Kolonien betrafen. Der Rat hing vom Kanzleisekretär für Außenbeziehungen ab, der der Regentin diejenigen Personen vorschlug, die am geeignetsten waren, die Ämter der für die verschiedenen Abteilungen zuständigen Ratsmitglieder auszuüben. Er wurde im Oktober 1836 wieder abgeschafft<sup>2</sup>, jedoch nicht durch eine anderes Beratungsorgan ersetzt, da die Verfassung von 1837 in ihren Artikeln keine Beratungsorgane vorsah. Jedoch führte die Notwendigkeit, über ein Organ dieser Art für Themen, die die Überseegebiete betrafen,

<sup>1</sup> Antonio Muro, *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano*, México, Porrúa, 1989, S.149-165. Zwischen 1809 und 1810 wurde dieser Rat durch den kurzlebigen Rat und Obersten Gerichtshof von Spanien und den Überseegebieten ersetzt, der vom Zentralrat geschaffen wurde, um die Räte von Kastilien, den Überseegebieten, der Finanzen und Befehle in sich zu vereinen; welcher zwischen 1812 und 1814 durch den Staatsrat ersetzt wurde, dem einzigen beratenden Organ, das in der Verfassung von 1812 vorgesehen war. Zur Geschichte beider Institutionen, s. José Sánchez-Arcilla, *Historia de las instituciones político-administrativas contemporáneas*, Madrid, Dykinson, 1994, S. 251-253.

<sup>2</sup> Aufgrund der Tatsache, dass er unvereinbar war mit Artikel 236 der Verfassung von 1812, die nach dem Aufstand von La Granja 1836 wieder eingeführt wurde. F. Arbizu, „El Consejo Real de España e Indias (1834-1836)“, in *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1974, S.387-408.

zu verfügen, zwei Jahre später zur Schaffung des Beirats zu den Regierungsgeschäften in Übersee, auch wenn die Zuständigkeiten der neuen Einrichtung sich darauf beschränkten, über diejenigen Themen zu informieren, die die Krone ihr vorschlagen wollte.

Diese Institution dauerte bis zum November 1840<sup>3</sup> und wurde im Juli 1841 durch den Kontrollrat für die Gesetze in Übersee ersetzt, dessen Hauptaufgabe es war, die Gesetzgebung der Kolonien zu aktualisieren, damit die Überseegebiete den im zweiten Zusatzartikel der Verfassung von 1837 vorgesehenen Gesetzesrahmen erhielten<sup>4</sup>. Diese Aufgabe wurde mit der Ausübung von Beraterfunktionen auf diesem Gebiet in Einklang gebracht und er übte diese bis zu seiner Abschaffung 1851 aus, obwohl ab 1845 die Beraterfunktion vom Königlichen Rat übernommen worden war.

Der Königliche Rat bildete die innere Struktur des einstigen Königlichen Rates für Spanien und die Überseegebiete nach, wobei die siebte Abteilung den Überseethemen gewidmet war. Diese Abteilung, deren Vorsitzender der zuständige Minister war, musste bei „allen Angelegenheiten, die diese Provinzen und deren Besonderheiten betrafen“ um ein Gutachten gebeten werden. Die Regierung der Gemäßigten stattete die neue Einrichtung mit weitreichenden Kompetenzen aus, die über den rein beratenden Charakter hinausgingen, da sie dem Königlichen Rat die Gerichtsbarkeit zugestand, um in letzter Instanz über die verwaltungsgerichtlichen Angelegenheiten der spanischen Halbinsel und der Überseegebiete zu entscheiden<sup>5</sup>.

Auch wenn diese Institution noch bis 1858 fortbestand, so wurde ihre Abteilung für die Überseeprovinzen durch den Königlichen Erlass vom 30. September 1851 abgeschafft und gleichzeitig der Existenz des Kontrollrates ein Ende gesetzt<sup>6</sup>. An seiner Stelle wurde eine beratende Einrichtung speziell für Überseeangelegenheiten geschaffen: der Überseerat<sup>7</sup>.

Der ursprüngliche Vorentwurf zur Schaffung dieser Einrichtung wurde im Sommer 1851 aufgesetzt und fügte diese dem Innenministerium des Königreiches hinzu<sup>8</sup>. Durch die Schaffung einer Hauptabteilung, die innerhalb der Präsidenschaftsabteilung des Ministerrates für den Großteil der Kolonialangelegenheiten zuständig war,

wurde eine Neuausarbeitung des Projektes nötig. Der Überseerat bestand aus acht ständigen Ratsmitgliedern und ebensovielen außerordentlichen Ratsmitgliedern und war als eine Hilfsinstitution der Hauptabteilung für Übersee konzipiert. Als solche wurde seine Funktion über einen rein beratenden Rahmen hinaus ausgebaut, er erhielt das Recht, durch Vermittlung der Regierungspräsidenschaft diejenigen Maßnahmen vorzuschlagen, die ihm als angemessen erschienen, um die Kolonien zu regieren. Die Regelungen der inneren Ordnung des Rates, die am 29. Oktober 1851 durch Königlichen Befehl angenommen wurden, bestätigten die wichtigen Kompetenzen, die hinsichtlich des Initiativrechtes diesem beratenden Verwaltungsorgan zugesprochen wurden<sup>9</sup>.

Die Übergabe des Vorsitzes der neuen beratenden Institution an den Präsidenten des Ministerrates und die Position als ständiges außerordentliches Ratsmitglied, die sich aus seinem Posten als Generaldirektor für Übersee ergab wurde, garantierten zudem die enge Kommunikation beider Einrichtungen der Zentralverwaltung<sup>10</sup>.

Die Umgestaltung der Hauptabteilung für Übersee, die im Januar 1853 durchgeführt wurde, ging auch am Rat nicht vorbei, in dem eine Überseesektion geschaffen wurde, die aus einem Vizepräsidenten und vier Ratsmitgliedern bestand, um über die Qualifizierung und Vorschläge zu Stellen, Titeln, Auszeichnungen und Sonderzugeständnissen, die mit Übersee in Verbindung standen, zu entscheiden<sup>11</sup>. Aufgrund dieser Umstrukturierung entstand eine neue beratende Einrichtung, da der Kammer für Überseeangelegenheiten des Obersten Gerichtshofes die Funktion einer beratenden Körperschaft der Präsidenschaft des Ministerrates zu den Überseeangelegenheiten hinsichtlich der Justizverwaltung übertragen wurde.

Der Überseerat wurde per Königlichem Erlass vom 21. September 1853 aufgelöst<sup>12</sup>, nachdem im Januar des gleichen Jahres der Mitarbeiterstab schon beschnitten worden war<sup>13</sup>. Dies geschah im Rahmen eines Versuchs der neuen Regierung unter Luis José Sartorius, die gesamte spanische beratende Verwaltung in einer einzigen Einrichtung zusammenzuführen. Das neue gemäßigte Kabinett war der Meinung, die übermäßige Spezialisierung des Überseerates sei schädlich für eine korrekte Analyse der Probleme in Übersee:

Da bei besagten Angelegenheiten nur der Überseerat befragt werden kann, bringt sich E.M. zu ihrer Regelung um die Zusammenarbeit und die Intelligenz anderer Beamter, die, obschon sie die kolonialen Interessen nicht so

<sup>3</sup> „Corporaciones que han intervenido en el gobierno y administración de las provincias de Ultramar“, in Biblioteca Nacional de España, Abteilung Manuskripte (in Folge B.N.), S. 17.

<sup>4</sup> Der Königliche Erlass seiner Schaffung datiert vom 3. Juli 1841, siehe „Corporaciones que han...“, op. cit., S. 18. Der Vorentwurf der Schaffung eines Obersten Regierungsrates für die Überseegebiete, damit „dieser nach der Überprüfung der Gesetze der Überseegebiete vorschläge, welche gültig bleiben sollten, welche entfernt werden oder entfallen sollten, da sie veraltet waren, außer Kraft gesetzt waren oder nicht stimmig, sowie diejenigen, die diese ersetzen sollen, alles mit dem Ziel, auf diesem Weg die vollständige Erfüllung des zweiten Zusatzartikels zur Verfassung von 1837 zu erreichen“ kann nachgesehen werden im Archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores (in Folge A.M.A.E.), leg. H/2892, exp. 36.

<sup>5</sup> J. Sánchez-Arcilla, op. cit., S. 258-259.

<sup>6</sup> Colección Legislativa de España (in Folge C.L.), Madrid, Ministerio für Gnade und Justiz, Bd. XLIV, S. 196.

<sup>7</sup> C.L., Bd. XLIV, S. 193.

<sup>8</sup> Archivo Histórico Nacional (in Folge A.H.N.), Ultramar, Leg. 2443, Akte 23, Dok. 40.

<sup>9</sup> Das Original dieser Anordnung befindet sich in A.H.N., Ultramar, leg. 2443, Akte 1, Dok. 28.

<sup>10</sup> Artikel 3 des Königlichen Erlasses vom 30. September 1851, in C.L., Bd. XLIV, S. 197. Dieser Punkt wurde von einem Königlichen Erlass vom 31. Dezember 1851 noch verfeinert, welcher anordnete, dass die Überseeabteilung eine Kopie derjenigen Anordnungen zu erhalten habe, die die Überseegebiete betrafen, mit dem Zweck, die Koordination der beiden Organismen zu erhöhen, siehe Presidencia del Consejo de Ministros, Consejo y Dirección de Ultramar, Madrid, Imprenta Nacional, 1853, S. 20.

<sup>11</sup> A.H.N., Ultramar, Leg. 2443, Akte 2, Dok. 37.

<sup>12</sup> C.L., Bd. LX, S. 121.

<sup>13</sup> C.L., Bd. LVIII, S. 95.

# Rapport de synthèse

*Jan Dirk Harke, Würzburg*

Der Schwerpunkt der Beiträge zur ersten Ausgabe von RECHTSKULTUR liegt auf der Unabhängigkeit der Justiz. Sie beschäftigt die Autoren dieses Heftes in einem doppelten Sinne, zum einen als rechtliches Konzept zur Abwehr externer Einflussnahme auf gerichtliche Entscheidungen, zum anderen als tatsächliches Phänomen, das durch die soziale und politische Stellung des Richters bedroht ist.

Der rechtlichen Seite widmet sich Ulrike Müßig (Passau). Sie schildert den zähen Kampf um die Zuständigkeit für die gerichtsinterne Geschäftsverteilung bei der Entstehung des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes von 1877 (S. 4ff). Dessen Entwurf sah noch vor, dass die Geschäftsverteilung bei Land- und Oberlandesgerichten völlig in den Händen der Justizverwaltung lag, beim Reichsgericht zumindest ihrer Weisungsbefugnis unterstand. Der dann vorgelegte und schließlich Gesetz gewordene Vorschlag einer Geschäftsverteilung durch ein richterliches Gremium stieß im Gesetzgebungsverfahren auf erheblichen Widerstand der Landesregierungen. Diese unternahmen auch nach Inkrafttreten des GVG noch Gesetzesinitiativen zur Rückverlagerung der Geschäftsverteilung auf die Justizverwaltung. Beseitigt wurde die Geschäftsverteilungsautonomie der Gerichte aber erst im Nationalsozialismus, um dann in der Bundesrepublik umso mächtiger, nämlich verstanden als Teil der verfassungsrechtlichen Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), wiederzukehren.

Der Frage, ob Richter tatsächlich neutral oder in ihrem Urteil durch politische Strömungen und soziale Prägung beeinflusst sind, gehen gleich vier Autoren nach, deren Untersuchungen sich auf vier verschiedene Justizsysteme des 19. und 20. Jahrhunderts verteilen:

Mathias Kradolfer (Zürich) beschäftigt sich mit der 1866 erschienenen Satire „Die Freiherren von Regensburg“ (S. 12). Mit ihr prangerte der Advokat Friedrich Locher die Vetternwirtschaft um den Züricher Politiker und Industriellen Alfred Escher an. Diese reichte nach Lochers Ansicht auch in die Justiz, der er in literarischer Verfremdung zahlreiche Fehlentscheidungen vorhielt und auf diese Weise sogar die Untersuchung ihrer realen Vorbilder provozierte. Kradolfers Urteil über Lochers Schrift ist zwiespältig: Einerseits hält er sie für eine berechtigte Kritik an einer tatsächlich aufgetretenen Verbindung von Justiz und Politik; andererseits sieht Kradolfer diese Kritik in Lochers Pamphlet mit Ressentiments gegenüber dem rationalen Rechtsstaat verquickt, die sein Anliegen zweifelhaft werden lassen.

Dem eigentlichen Verhalten der Richterschaft gilt der Aufsatz von Bruno Debaenst („Laborers in the courtroom: from a rock to a hard place? Two case studies from nineteenth century Belgium“ auf Seite 20). Er überprüft das Vorurteil der bürgerlichen „Klassenjustiz“ an zwei Beispielen aus der belgischen Justizgeschichte des 19. Jahrhunderts: zum einen an der Bestrafung von Arbeitern wegen Verstoßes gegen das Koalitionsverbot, zum

anderen an der Haftung von Arbeitgebern für Arbeitsunfälle. Der bis 1866 in Belgien gültige Straftatbestand der Koalitionsbildung galt zwar theoretisch für Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen; er war bei letzteren aber kaum dem Beweis zugänglich und traf daher praktisch ausschließlich Arbeiter, deren Zusammenschluss im Kampf um Arbeitsbedingungen sich leichter nachvollziehen ließ. War das Strafgesetz selbst damit durchaus arbeiterfeindlich, will den zu seiner Anwendung berufenen Richtern keine solche Tendenz attestieren. Vielmehr macht er in den Entscheidungen der Strafgerichte eine differenzierte und sogar zurückhaltende Anwendung des Straftatbestands aus. Bei der Arbeitgeberhaftung verfolgt Debaenst bis zu ihrer Ablösung durch ein System der Unfallversicherung im Jahre 1903 eine stetig steigende Zahl von Prozessen. Wegen der konstanten Erfolgsquote von nur etwa 25 % will Debaenst die wachsende Zahl der Verfahren aber entgegen dem ersten Anschein wiederum nicht als Anzeichen einer gewandelten, nunmehr arbeitnehmerfreundlichen Einstellung der Richterschaft werten und schreibt sie stattdessen der veränderten Wahrnehmung von Arbeitgeberverschulden schlechthin zu. Er entwirft damit das Bild des Richters als eines weitgehend neutralen Rechtsanwenders, dem man zwar keine Klassenjustiz, aber auch nicht bescheinigen kann, besondere Rücksicht auf die Interessen der Arbeiter geübt zu haben.

Im Ergebnis überraschend ähnlich, vom Thema her ungleich brisanter ist die Untersuchung von Christian Thomas Huber („Der Schutz feindstaatsangehöriger Zivilisten durch deutsche Militärgerichte 1939 - 1945“ auf Seite 30) zum Schutz der ausländischen Zivilbevölkerung durch deutsche Militärgerichte im zweiten Weltkrieg. Hubers Anliegen ist die Relativierung des von Messerschmidt und Wüllner geprägten negativen Bildes der deutschen Militärgerichtsbarkeit in den besetzten Gebieten der Sowjetunion. Die Behauptung, der durch das Militärstrafrecht zu gewährleistende Schutz der Zivilbevölkerung sei hier aus politischen Gründen nicht gewährt worden, sieht Huber durch die Auswertung der im ehemaligen Potsdamer Archiv eingelagerten Akten des sogenannten Ostbestands widerlegt. Huber kommt sogar zu dem Schluss, dass der „Barbarossa-Erlass“, mit dem für den Krieg im Osten der Verfolgungszwang für Taten von Wehrmachtsangehörigen gegen die Zivilbevölkerung eingeschränkt wurde, kaum praktische Konsequenzen gehabt habe: Huber kann keine Zurücksetzung der sowjetischen gegenüber französischen Opfern, und zwar weder bei der Verfolgungsdichte noch bei der Strafhöhe, ausmachen. Letztere erscheint Huber in der weit überwiegenden Zahl der Fälle auch nach heutigen Maßstäben schuldangemessen, die Begründung der Verurteilung jeweils keineswegs zu kurz und die Strafzumessungserwägungen entgegen anderslautenden Darstellungen auch nicht auf die „Aufrechterhaltung der Manneszucht“ kon-



zentriert. In einer nicht geringen Zahl von Fällen findet Huber in den untersuchten Urteilen sogar die Sorge um das Ansehen der Wehrmacht bei der Zivilbevölkerung in den besetzten Gebieten. Trifft Hubers Analyse zu, erweist sich der Richterstand also abermals und auch unter extremen Bedingungen als vergleichsweise unpolitisch.

Wie richterlicher Gestaltungswille ohne partei- oder allgemeinpolitisches Anliegen wirkt, zeigt Jørn Sunde („Dissenting votes in the Norwegian Supreme Court 1965-2009: A legal cultural analysis“ auf Seite 59) in seiner Untersuchung der Sondervoten zu den Entscheidungen des norwegischen obersten Gerichtshofs in der Zeit von 1965 bis 2009. Dass es seit Mitte der 80er Jahre des 20. Jahrhunderts zu einem Anstieg der Zahl der Minderheitsvoten gekommen ist, lässt sich nach Sundes Ansicht weder allein auf den wechselnden Arbeitsanfall noch auf die parteipolitische Nähe der jeweils in einer bestimmten Regierungszeit ernannten Richter zurückführen. Für ausschlaggebend hält er dagegen eine Veränderung des Selbstverständnisses der Richter des obersten Gerichtshofs, die er wiederum auf einen vorangehenden Wandel in der norwegischen Methodenlehre zurückführt. Diese habe die Gerichte erst seit den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts als rechtsschöpferisch tätige Organe angesehen, die nicht nur zur gerechten Entscheidung des Einzelfalls, sondern auch zur Fortbildung des Rechts berufen seien. Die in diesem Sinne ausgebildeten Richter hätten dann später die Sondervoten vor allem dazu eingesetzt, über die Schwächung der jeweiligen Mehrheitsentscheidung rechtsgestaltend zu wirken.

Nicht der Richterschaft, sondern den praktischen Problemen der Vollstreckung gilt der Beitrag von Theobaldy und Meyer („Überwachen und Strafen in einem bayerischen Zuchthaus des 19. Jahrhunderts“ auf Seite 74). Unter dem Titel „Überwachen und Strafen in einem bayerischen Zuchthaus des 19. Jahrhunderts“ verfolgt er den Erziehungsgedanken im Strafvollzug des 19. Jahrhunderts am Beispiel des Alltags im Zuchthaus auf der Plasenburg. Theobaldy und Meyer beschäftigen sich mit den Einzelheiten der Aufnahme und Entlassung der Häftlinge, der Ausgestaltung ihrer Arbeit nach Zeit, Art und Entlohnung, ferner mit den Maßnahmen ihrer Disziplinierung, ihrer Ernährung, Kleidung und Behandlung im Krankheitsfall sowie der Unterrichtung der Insassen und ihrer Religionsausübung. Das Ziel der Häftlingserziehung finden sie in der Unterdrückung von Identität, Freizeitbeschäftigung und persönlicher Kontaktaufnahme sowie durch kontinuierliche Auslastung mit Arbeit und ein differenziertes Disziplinar- und Anreizsystem. Erfolg können Theobaldy und Meyer dem Zuchthauswesen freilich nicht bescheinigen: Der Zweck, aus Straftätern funktionierende Lohnarbeiter zu machen, sei durch die Härte der eingesetzten Maßnahmen verfehlt worden. So sei es statt zur Wiedereingliederung der Häftlinge in die

Gesellschaft zu ihrem psychischen und physischen Verfall gekommen, der sich vor allem in der geringen Überlebensrate manifestiert.

Wiederum einen anderen Bereich, nämlich den der Rechtssetzung, beleuchtet Sánchez de Andrés („Die Beratungsorgane der spanischen Kolonialverwaltung 1863-1899“ auf Seite 97). Er führt den Leser in die verwirrende Geschichte der Beratungsorgane für die spanische Kolonialverwaltung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ein. Das zuständige Überseeministerium wurde von wechselnden Gremien beraten, die sich vor allem mit der Rechtssetzung und auf den Philippinen und im Golf von Guinea beschäftigten. Beide Gebiete hatten eher ein Schattendasein in der zunächst auf die Antillen konzentrierten Kolonialpolitik Spaniens geführt und waren ab 1863 Gegenstand der Beratung in zahlreichen Ausschüssen, die zumeist von kurzer Lebensdauer und zuweilen auch wenig effektiv, zuweilen jedoch Auslöser von Strukturveränderungen im Ministerium und der von ihm getragenen Überseegesetzgebung waren.

Die Vielfalt der behandelten Rechtssysteme in zeitlicher und örtlicher Hinsicht entspricht dem Programm von RECHTSKULTUR, trotz der Bindung an ein übergreifendes Thema Wissenschaftler aus ganz Europa und verschiedenen Disziplinen zu Wort kommen zu lassen. Die inhaltliche Leistung der Autoren wird der Forderung von Marcell Senn (Zürich) gerecht, der in seiner Stellungnahme gegen die Verschulung des juristischen Studiums („Wozu sind Juristen auszubilden? – Über den Sinn eines juristischen Studiums nach der Bologna-Reform“ auf Seite 109) durch die Bologna-Reform für eine rechtshistorische Forschung eintritt, die ohne Zweckbindung den Zeitbezug vergangenen Rechts aufdeckt. Dieses Vorhaben gilt es auch dann zu verfolgen, wenn man den kaum zu leugnenden Zusammenhang der modernen Privatrechtsordnungen mit dem römischen Recht anders als Senn nicht als bloßes „Konstrukt“ ansehen möchte. Denn die Geschichte rechtlicher Konzepte kann stets nur ein Teilbereich der rechtsgeschichtlichen Arbeit sein, die nicht minder oder sogar vorrangig dem praktizierten Recht gelten muss. Seine Erforschung vollzieht sich über aufwändige und mühsame Einzelstudien, die, wie die Beiträge von Sunde, Huber und Debaenst zeigen, nach Möglichkeit auch und gerade eine statistische Untersuchung einschließen muss. Gleichet man die hierbei erzielten Resultate mit dem allgemeineschichtlichen, insbesondere politischen und sozialen Hintergrund ab, mündet dies freilich nicht zwangsläufig in der Feststellung eines Ursachenzusammenhangs. Das Ergebnis kann auch sein, dass Juristen zuweilen vergleichsweise ungebunden agieren und sich als Richter schlicht an die vorgegebene Ordnung halten oder einen Wandel gerade aus rechtstheoretischen, also systemimmanenten, Erwägungen vollziehen.

# Wozu sind Juristen auszubilden? – Über den Sinn eines juristischen Studiums nach der Bologna-Reform

*Marcel Senn, Zürich*

## I. Standpunkte und Schieflagen<sup>1</sup>

So einfach die Beantwortung dieser Frage, wozu Juristen auszubilden seien, auf den ersten Blick erscheint, so verschieden werden die Antworten doch ausfallen.

Dies hängt zunächst einmal mit der Tatsache zusammen, dass die Vorstellungen darüber differieren, wer überhaupt als Juristin oder Jurist gelten kann. Nach allgemeinem Verständnis sind Juristen vor allem Praktiker, also Anwälte und Richterinnen. Diese Sicht greift aber mit Blick auf all jene zu kurz, die wie die Richter und die Anwältinnen ebenfalls über einen universitären Abschluss in der Rechtswissenschaft verfügen, sich jedoch in der öffentlichen Verwaltung oder in privaten Unternehmen mit Rechtsfragen befassen. Sind diese deshalb keine Juristen? Oder sind Leute, wie der Schreibende, die das Recht aus intellektuellem Erkenntnisinteresse und aus Sorge ums Recht theoretisch betrachten, etwa keine Juristen? Offensichtlich kann die Beantwortung der Ausgangsfrage vor dem Hintergrund verschiedener beruflicher Tätigkeitsfelder sowie verschiedener Erfahrungen und Interessen unterschiedlich ausfallen. Solche Heterogenität indessen gibt keine zuverlässige Definitionsgrundlage ab. Wer daher sachbezogen und lösungsorientiert denkt, kann sich der einfachen Erkenntnis nicht verschließen, dass die Frage, wer ein Jurist, eine Juristin sei, daher unabhängig von subjektiven Interessen und Erfahrungen sowie auch unabhängig von einem bestimmten Berufsbild beantwortet werden muss.

Ein Jurist, eine Juristin ist demnach, wer über einen universitären Abschluss in der Rechtswissenschaft verfügt. Diese Feststellung ist natürlich banal, und dennoch zeigt sie in ihrer Unverfänglichkeit das Wesentliche auf: Denn so wenig sich die Frage, wer Jurist sei, durch eine Praxis bestimmen lässt, so wenig kann die Frage nach der juris-

tischen Ausbildung aus Sicht eben dieser Praxis beantwortet werden. Die Ausbildung von Juristen darf jedenfalls nicht von den wechselhaften Vorstellungen betreffend Nützlichkeit und Verwertbarkeit einer Praxis abhängen. Somit kann keine Berufspraxis die Parameter für die Ausbildung von Juristen vorgeben, selbst wenn der universitär ausgebildete Jurist sich mit aller Wahrscheinlichkeit in der schnell sich wandelnden Praxis betätigen wird. Dies ist deshalb vorweg klar zu stellen, weil gegenwärtig eine Tendenz besteht, die praktischen Erfordernisse des Anwaltsberufes zum Maßstab für die akademische Ausbildung von Juristinnen und Juristen zu erklären.<sup>2</sup>

Die Zielsetzungen der universitären Ausbildung der Juristen und Juristinnen im universitären Bachelor- und Masterprogramm lassen sich folglich nicht von einem Berufsprofil her bestimmen; sie können nur aus dem Blickwinkel eines sinnvollen Studiums des Rechts selbst festgelegt werden. Ein sinnvolles Studium aber hat sich ebenso solide wie seriös an den Kontroversen über die Fachinhalte zu orientieren, wie an den ethischen Standards der Wahrhaftigkeit und Wissenschaftlichkeit sowie an der Notwendigkeit eines methodologischen Problembewusstseins. Es geht stets um ein umfassendes, vertieftes, aber auch kritisches Verständnis der Rechtskultur. Nur diese Standards, nur ein solches Problembewusstsein und auch nur die kontrovers diskutierten Fachinhalte lassen Folgerungen zu, wie und wozu Juristen und Juristinnen auszubilden seien, und was eine wirklich sinnvolle Juristenausbildung auf Ebene einer Universität zu beinhalten habe.<sup>3</sup>

Um noch eine Präzisierung anzubringen, weil wir gegen-

<sup>1</sup> Für die Beschaffung von Materialien sowie die kritische Lesung und die beherrzte Gegenrede danke ich meinem wissenschaftlichen Assistenten lic. iur. Mihai Vladescu und Frau stud. iur. Katharina Niederberger sowie Reglindis von Naumburg, die anders ich nicht nennen darf. Mit dieser Abhandlung schließe ich eine Reihe von Erörterungen zu Grundlagenfragen von Rechtswissenschaft und Rechtsstudium unter dem neuen Regime der so genannten Bologna-Reform ab, die ich aus unterschiedlichen Erkenntnisinteressen und Perspektiven heraus je eigenständig verfasst habe. Sie betreffen die Sicht einer Rechtsfakultät (Marcel Senn, Rechtswissenschaft nach der Bologna-Reform, in: Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung 1 (2010) Heft 2, S. 218–224), die Bedeutung der Geschichte, insbesondere der Wissenschaftsgeschichte, für das Rechtsdenken (Marcel Senn, Wissenschaftsgeschichte als Mittlerin zwischen Öffentlichkeit und Recht, in: Rechtsgeschichte 19, 2011 (Festgabe für Michael Stolleis zum 70. Geburtstag), S. 300–308, das Erfordernis einer reflexiven Grundhaltung für eine kritische Rechtswissenschaft (Marcel Senn, Rechtswissenschaft ohne reflexiven Habitus?, in: Rolf Sethe u. a. (Hg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern: Stämpfli, 2011, S. 913–928) sowie das Verhältnis von Ethik und Recht in der Gegenwart (Marcel Senn, „Jus ancilla ethicae?“, in: Lorenz Engi/ Julia Hänni/ Daniela Kühne (Hg.), *Ancilla Iuris*, 2011. Special Issue: International Law and Ethics, S. 9–35.

<sup>2</sup> Vgl. dazu die affirmative Untersuchung von Matthias Killian: Modelle der Juristenausbildung in Europa – eine Standortbestimmung, Bonn: Deutscher Anwaltsverlag, 2010, S. 134 ff., 165 ff., sowie die kritische Untersuchung von Jan Ischdonat: Die deutsche Juristenausbildung unter dem Einfluss des Bologna-Prozesses. Eine kritische Analyse der aktuellen Reformmodelle, Göttingen: Optimus, 2010 (Schriftreihe der Stiftung der Hessischen Rechtsanwaltschaft Bd. 1), insb. S. 29 f.

<sup>3</sup> Es lässt sich am Beispiel der Rolle des Richters in der geschichtlichen Entwicklung zeigen, wie diese sich im Laufe der Jahrhunderte von äusseren Einflüssen befreite und dadurch ihre magistrale Autorität und ihre operative Autonomie erlangte. Diese Professionalisierung bedeutete, dass sich die Richterschaft gerade von den kurzfristigen Alltagsinteressen emanzipieren konnte und sich fortan durch ihre intellektuelle Integrität ausweisen musste. Um diese Professionalisierung zu erreichen, wurde seit dem 16. Jahrhundert zunehmend verlangt, dass Richter im Rechtsdenken spezifisch ausgebildet waren, ja sogar selber als Lehrer an Universitäten gewirkt hatten. Die Theorie, nicht die Praxis wurde für diese Entwicklung somit entscheidend (vgl. dazu Kathrin Nehlsen-van Stryk, Artikel „Gerichtsverfahren“, Sp. 178–192 und Heiner Lück, Artikel „Gerichtsverfassung“, Sp. 192–219, in: Albrecht Cordes/ Heiner Lück/ Dieter Werkmüller (Hg.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, 2. A., 9. Lieferung, Berlin: Schmidt, 2009 bzw. die früheren gleich lautenden Artikel von Gerhard Buchda, in: Adalbert Erler/ Ekkerhard Kaufmann (Hg.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, 1. A., Bd. I, Berlin: Schmidt, 1971, Sp. 1551–1563 bzw. 1563–1576.).

wärtig in einer Gesellschaft leben, die sich fast nur noch über äußere Erfolge definieren will: Die Grundausbildung der Juristen lässt sich auch nicht nach dem Kriterium des beruflichen Erfolges gestalten.<sup>4</sup> Denn Erfolg wird letztlich – unserem Zeitgeist folgend – nach dem Kriterium des Geldes definiert.<sup>5</sup> Zwar ließe sich das Kriterium des Erfolges in Geld gewiss mittels des amerikanischen Theorieansatzes der Ökonomischen Analyse des Rechts, die von der Annahme ausgeht, die Beweggründe und das Verhalten der Menschen würden durch Gesichtspunkte eines grundsätzlich wirtschaftlich und effizient orientierten Vorteilstrebens bestimmt, noch mit fülligen Formeln unterfüttern und somit bekräftigen. Doch solches Denken nach Massgabe weniger, materialistischer Prinzipien ist, wie schon das Beispiel des Marxismus (aus der politischen Kontraperspektive) zeigte, allzu reduktiv. So wurde mit diesem ökonomischen Ansatz jüngst etwa darzulegen versucht, dass und wie die Entwicklung der Rechtsprechung durch die karrieremäßigen Interessen der Richter dominiert werde und somit von deren Vorteilstreben her zu erklären sei.<sup>6</sup> Dies mag in einzelnen Fällen zutreffen, doch wenn daraus eine Art der Gesetzmäßigkeit des Verhaltens von Juristen abgeleitet würde, dann wäre eine ökonomische Logik als Verhaltensmaßstab etabliert, wonach sich rational agierende Juristen vorteilsbeziehungsweise profitorientiert verhielten, ja sogar verhalten müssten, um überhaupt erfolgreich sein und gesellschaftlich etwas gelten zu können. Durch solches rein erfolgsorientiertes Verhalten würde die Autonomie des Rechtssystems selbst jedoch unterlaufen. Solch eine reduktive, sich auf scheinbare Faktizitäten beziehende Sicht überzeugt nie; sie ist im einfachsten Sinne naturalistisch und daher abzulehnen. Der Laie hat zur Bezeichnung solchen Verhaltens ein noch schlagkräftigeres Stichwort als die vorerwähnte Bezeichnung „naturalis-

tisch“: Er nennt dieses Verhalten – ich denke zu Recht – korrupt, weil solches Verhalten gegen jene selbstverständlichen Annahmen verstößt, die dem System des Rechts zur Konfliktregulierung zugrunde gelegt wurden. Diese Annahmen sind ethischer Natur.<sup>7</sup> Denn mit dem Begriff einer Rechtsordnung verbinden sich stets berechnete Erwartungen auf eine unabhängige richterliche Fallbeurteilung, die sich grundsätzlich nach den Prinzipien von Gerechtigkeit und Rechtsgleichheit richtet, und die vom Grundsatz ausgeht, dass das Recht die prinzipielle Gleichwertigkeit aller Menschen zum Ausgangspunkt, auch und gerade im Verfahren, habe. Auf solch vermeintlich klare und für sich Wissenschaftlichkeit beanspruchende Aussagen, wie sie etwa aus der vorerwähnten Ökonomischen Analyse des Rechts aktuell abgeleitet werden, folgen regelmäßig und zu Recht hartnäckige Nachfragen in Bezug auf allfällig unreflektierte Prämissen oder den Wahrheitsgehalt solcher Allgemeinaussagen, aber auch betreffend deren Kontextualität und den ihnen zugrunde liegenden Erkenntnisinteressen.<sup>8</sup> Daher lässt sich die Frage der Ausbildung der Juristen nicht unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Vorteilstrebens oder des beruflichen und monetären Erfolges abhandeln.

Was einen „guten“ Juristen, eine „gute“ Juristin ausmacht, und woraufhin er wie sie auszubilden sind, lässt sich nach meiner Ansicht alleine aufgrund der Kriterien der intellektuellen Redlichkeit, der analytischen Denkfähigkeit und des menschlichen Charakters beurteilen. Denn „gute“ Juristinnen und Juristen zeichnen sich neben den selbstverständlich vorausgesetzten fachlichen Qualifikationen auch und gerade durch bestimmte charakterliche Eigenschaften wie intellektuelle Redlichkeit und Zuverlässigkeit im Denken wie im Handeln, ethische Urteilsfähigkeit und Empathie sowie durch Integrität und Zivilcourage aus. Solche Eigenschaften drücken das juristische Ethos – die Selbstverpflichtung der Einzelnen – im Alltag erst konkret aus.<sup>9</sup> Bildet somit das Ethos und nicht ein durch selektive Interessen vorweg bestimmter und somit instrumentalisierter Vernunftbegriff – der meist auch einem aggressiv und zynisch motivierten Dominanzstreben entspringt – die Grundlage des intellektuellen Interessens am Recht, dann beziehen sich Denken, Sprechen und Handeln notwendig auf den Menschen als solchen, weil das Recht selbst sich letztlich auf den Menschen bezieht.<sup>10</sup> Daher hat sich eine solide juristische Ausbildung neben der Vermittlung der fachlichen Kompetenzen auch darauf zu konzentrieren, was den Zusammenhang zwischen Recht und Mensch im Kern ausmacht, und sie hat diese Einsicht zu lehren.

<sup>4</sup> Ich denke, dass ohnehin zwischen einem rein faktischen, unverdienten und einem legitimen Erfolg zu unterscheiden wäre, insoweit der faktische nicht auch notwendig der legitime Erfolg ist. Damit drängen sich Fragen nach der Rechtmäßigkeit und Gerechtigkeit in den Vordergrund des Interesses. Was dies konkret bedeutet, lässt sich im Bereich des heute stark kommerzialisierten Sports beobachten: Ein Erfolg, der mit ungerechtfertigten Methoden erzielt worden ist, verliert seine Bedeutung; eine verliehene Auszeichnung wird wieder aberkannt. Dies wird allgemein als richtig und gerecht angesehen. Der Grund dafür liegt darin, dass allgemein und grundsätzlich nur jene Formen von Erfolg geachtet und geschätzt werden, die durch eine Leistung verdient und somit gerechtfertigt sind. Daher muss mit Blick auf die Materie des Rechts folgerichtig auch zwischen dem legitimen und dem unverdienten Erfolg, der durch Zufall, betrügerisches Verhalten, Machtgebaren, Erschleichung oder dergleichen Umstände erzielt wurde, differenziert werden. Ist dieselbe Frage nach einem legitimen Erfolg nun mit Blick auf die Ausbildung von Juristen zu erörtern, dann kann der Aspekt der Nützlichkeit oder Verwertbarkeit von Wissen nicht im Zentrum stehen, sondern einzig das Erkenntnisinteresse und das intellektuelle Ringen um die Rechtsfragen.

<sup>5</sup> Marcel Senn, Geld – ein bündiger Ausdruck für alle Dinge. Gedanken zu einem profanen Thema der Rechts- und Gesellschaftsphilosophie von Baruch de Spinoza, in: Hans Ulrich Walder/ Tobias Jaag/ Dieter Zobl (Hg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich: Schulthess, 1994, S. 545–558.

<sup>6</sup> So etwa: Nicola Gennaioli/ Andrei Shleifer, Judicial Fact Discretion, Nber Working Paper Series 12679, November 2006, S. 31 f. (<http://www.nber.org/papers/w12679>, zuletzt besucht am 24.8.2011); Dies., Overruling and the Instability of Law, Nber Working Paper Series 12913, February 2007, S. 27 (<http://www.nber.org/papers/w12913>, zuletzt besucht am 24.8.2011).

<sup>7</sup> Vgl. hierzu: Marcel Senn, „Jus ancilla ethicae?“ (Anm. 1).

<sup>8</sup> In ihrem originellen Buch „Judgment Calls. Principle and Politics in Constitutional Law“ (Oxford: Oxford University Press, 2009) zeigen die beiden Autoren Daniel A. Farber und Suzanna Sherry konzis – und nicht ohne sanfte Ironie – die sachliche Fraglichkeit der Kriterien für die Richterauswahl durch Politik und Wissenschaft auf (S. 116 f., 125 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. dazu: Marcel Senn, Rechtswissenschaft ohne reflexiven Habitus?, in: Rolf Sethe u. a. (Hg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern: Stämpfli, 2011, III Ziff. 3 S. 923–926.

<sup>10</sup> Vgl. dazu: Senn, Jus ancilla ethicae? (Anm. 1), Ziff. 1 und 4.

# Bisher erschienen in den Rechtskultur-Reihen

## **Rechtskultur Wissenschaft**

Band 1; Martin Löhnig, Die Justiz als Gesetzgeber: Zur Anwendung nationalsozialistischen Rechts in der Nachkriegszeit; 2010; ISBN 978-3-86646-401-8; 29,90 Euro

Band 2; Martin Löhnig (Hrsg.), Zwischenzeit: Rechtsgeschichte der Besatzungsjahre; 2011; ISBN 978-3-86646-403-2; 39,00 Euro

Band 3; Lena Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung; 2011; ISBN 978-3-86646-404-9; 39,00 Euro

Band 4; Ricardo Gómez Rivero, Die Königliche Sanktion der Gesetze in der Verfassung von Cádiz; 2011; ISBN 978-3-86646-405-6; 39,00 Euro

Band 5; Czeguhn/Sánchez Aranda (Hrsg.), Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts: Zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert; Del servicio al Rey al servicio de la Justicia: el cargo de juez en el siglo decimonónico ; 2011; ISBN 978-3-86646-406-3; 39,00 Euro

Band 6; Geisenhanslüke/Löhnig (Hrsg.), Infamie - Ehre und Ehrverlust in literarischen in juristischen Diskursen ; 2012; ISBN 978-3-86646-407-0; 30,00 Euro

Band 7; Heiß, Dr. Karl Friedrich Ritter von Heintz - Königlich Bayerischer Staatsminister der Justiz 1848/49 Leben und Wirken, 1. Auflage 2012 ISBN: 978-3-86646-408-7, Preis: 49,00 EUR

## **Rechtskultur Dogmatik**

Band 1; Florian Weichselgärtner, Das AGG im Sport: Diskriminierungen im Sport; 2011; ISBN 978-3-86646-402-5; 39,90 Euro

## **Edition Rechtskultur**

Harald Derschka, Rainer Hausmann, Martin Löhnig (Hrsg.); Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag; 2009; ISBN: 978-3-86646-400-1; 198,00 Euro